

**MANUEL ORTELLS RAMOS**

CATEDRÁTICO DE DERECHO PROCESAL

UNIVERSITAT DE VALÈNCIA (ESTUDI GENERAL DE VALÈNCIA)



**ESTUDIOS  
DE DERECHO PROCESAL**

**PARTE GENERAL Y OTROS ESTUDIOS I**

© Manuel Ortells Ramos

<https://www.bubok.es/libros/187483>

ISBN: 978-84-614-1751-3



**ESTUDIOS  
DE DERECHO PROCESAL  
GENERAL Y OTROS ESTUDIOS I**

1977_	Origen histórico del deber de motivar las sentencias	03
1978_	Asociación y sindicación de jueces	30
1984_	Aproximación al concepto de potestad jurisdiccional en la constitución española	35
	_Recensión a la obra de Sassani, Bruno, Note sul concetto di interesse ad agire, Maggioli. Editore, Rimini, 1983, 199 páginas	69
1990_	Código tipo y reforma del proceso entre derecho común y derecho uniforme en América latina	72
	_ La acción (Un intento de aclaración conceptual)	106
1996_	Exclusividad jurisdiccional para la restricción de derechos fundamentales y ámbitos vedados a. La injerencia jurisdiccional	131
1997_	Doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional sobre la tutela judicial cautelar en materias no penales (1981-1996)	164
1998_	El juez español ante el Convenio Europeo de Derechos Humanos y ante las sentencias del TEDH	194
1999_	Profesiones jurídicas, formación jurídica y litigiosidad de una sociedad en evolución: el caso de España	225
2002_	Sobre la competencia legislativa de la Generalitat Valenciana en materia procesal	269
	_ Incidencia de las nuevas tecnologías en el proceso jurisdiccional. Especial análisis de las cuestiones referentes a la prueba, a las medidas cautelares y a las comunicaciones procesales	290

**ORIGEN HISTÓRICO DEL DEBER DE MOTIVAR LAS SENTENCIAS<sup>(\*)</sup>**

MANUEL ORTELLS RAMOS  
Profesor Adjunto interino de Derecho Procesal  
Universidad de Oviedo

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. LA PROHIBICIÓN DE FUNDAR LAS SENTENCIAS. TENDENCIAS AL ESTABLECIMIENTO DEL DEBER DE MOTIVACIÓN EN LAS CORTES DE CÁDIZ. LA MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS POR LOS TRIBUNALES DE COMERCIO (CÓDIGO DE COMERCIO 1829)---5. HASTA EL ESTABLECIMIENTO DEL DEBER DE MOTIVAR LAS SENTENCIAS PENALES: A) Nuevos intentos para imponer la motivación.-6. B) La motivación de las sentencias civiles y el recurso de nulidad (Real Decreto de 4 de noviembre de 1838)---7. EL DEBER DE MOTIVAR LAS SENTENCIAS PENALES (REGLAS PARA LA APLICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL DE 1848)--8. LA MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS CIVILES (INSTRUCCIÓN DEL MARQUÉS DE GERONA Y LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE 1855).-9. FORMA DE LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA CIVIL Y RECURSO DE CASACIÓN. -10. EL ESTABLECIMIENTO DEL RECURSO DE CASACIÓN EN MATERIA PENAL Y LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA: A) Preliminares---11. B) «Hechos probados» e intervención de Jurado-12. C) «Hechos probados» y apreciación en conciencia de la prueba---13. D) «Hechos probados» y delimitación de la parte de la sentencia que no es revisable en casación-14. Conclusiones.

---

<sup>(\*)</sup> Publicado en Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, N° IV, octubre-diciembre 1977, pp. 899-932.



## 1. INTRODUCCIÓN

Presentamos, en este trabajo, algunos datos sobre los antecedentes históricos inmediatos del deber de los órganos jurisdiccionales de motivar las sentencias. El período histórico que enmarca la consideración del tema, es el del prolongado proceso de la codificación procesal española, que abarca la casi totalidad del siglo XIX.

Recogemos, por una parte, las opiniones doctrinales y político-legislativas emitidas en torno al establecimiento de aquel requisito de la sentencia. De otra parte, intentamos explicar las circunstancias que condicionaron, en concreto, el establecimiento del deber de motivar. Este condicionamiento se produjo en un doble sentido: determinando el mantenimiento, hasta tiempos relativamente tardíos, de la prohibición de la motivación y dando lugar -apenas se dio el cambio de circunstancias- a que se estableciera, simultáneamente, la motivación.

Nos ocupamos, finalmente, de un aspecto parcial de la motivación. Se trata de la notable diferencia existente entre la forma<sup>1</sup> de la sentencia civil y la de la penal por lo que se refiere a la motivación, determinada por la existencia en la segunda y no en la primera, del «resultando de hechos probados». Esta diferencia es calificada de sorprendente en un trabajo que -precisamente- se titula «El resultando de hechos probados en lo civil»<sup>2</sup>. La distinta forma de motivación puede ser explicada desde un punto de vista histórico, aunque solo en parte. Hay datos que permiten demostrar el por qué de los «hechos probados» en la sentencia penal, pero no la razón de que similar declaración esté excluida en la sentencia civil.

## 2. LA PROHIBICIÓN DE FUNDAR LAS SENTENCIAS

Aunque vayamos a estudiar el establecimiento del deber de motivación, debemos exponer, brevemente, la situación anterior. Hay que tener en cuenta que, salvo los Tribunales de Comercio que debieron motivar sus sentencias a partir de 1830, aquel deber no se establece de modo general hasta mediados del siglo XIX.

Incluso con anterioridad a la Real Cédula de Carlos III de 23 de junio de 1778, no existía en Castilla el deber de motivar las sentencias.

Según LALINDE, ello obedecía a una práctica que, en la Edad Moderna, empezaron a observar los altos Tribunales castellanos y que terminó imponiéndose en los Tribunales inferiores<sup>3</sup>. Lo que, en definitiva, puede constatarse es que las leyes castellanas ni prohibían expresamente la motivación, ni la imponían.

---

<sup>1</sup> Por "forma" se entiende, en este lugar, no los requisitos generales para la manifestación externa de la actividad procesal, sino el modelo legal al que deben ajustarse las declaraciones que contiene la sentencia. En artículos 370 a 371 de la Ley de Enjuiciamiento civil, se utiliza el término "fórmula", sobre el que véase GUASP, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, I, Madrid, 1943, pág. 1.017, nota 2, pág. 1.022, nota 2. FAIRÉN ha hablado de "formato de sentencia" en *Problemas del proceso por peligrosidad sin delito*, Madrid, 1972, pág. 179.

<sup>2</sup> El trabajo es de POLAINO ORTEGA, L., y está incluido en sus *Estudios de Derecho procesal*, Sevilla, 1967, págs. 127-165; especialmente en pág. 159, el autor manifiesta su extrañeza sobre que no deban declararse expresamente los hechos probados en la sentencia civil, cuando ello está dispuesto para la laboral y penal.

<sup>3</sup> LALINDE ABADÍA, J., *Derecho histórico español*, Barcelona, 1974, páginas 553-554.

Las disposiciones que cita MENÉNDEZ PIDAL para demostrar su afirmación de que «nuestro derecho histórico es rico en preceptos sobre la motivación de las sentencias...»<sup>4</sup>, se refieren a lo que hoy llamaríamos formación interna de la sentencia, pero no a la manifestación exterior de aquel *iter* formativo o de sus pasos más importantes. Así lo entendió la práctica y se deduce de las exposiciones de los autores. MENÉNDEZ PIDAL cita, entre otras, la Partida III, tít. XXII, ley III<sup>5</sup>, que también puede verse citada por HEVIA BOLAÑOS<sup>6</sup>, sin que al mismo tiempo haga ninguna referencia a la motivación de las sentencias.

En Aragón y Cataluña, el deber de motivar las sentencias estaba expresamente establecido.

En el Libro IV, Título III, II de *Constitucions y altres drets de Cathalunya*<sup>7</sup>, se recoge el capítulo LV de las Cortes celebradas en Monzón por Fernando 11, en 1510, en el que se dispone:

«Mes avant statuim, e ordenam ab loatio, e approbatio de la present Cort, que tots los Judges qui daran sentencias difinitivas en lo present Principat de Cathalunya, e Comtats de Rosello, y Cerdanya, en quansevol Cort, o Consistori que sien, encara que fossen en nostra Reyal Audiencia, o de nostre Loctinent General, hajan, e sien tenguts de exprimir en las ditas sentencias diffinitivas los motius quels hauran moguts per aixi declarar, e diffinitivament sentenciar».

Una disposición de similar contenido se encuentra en los Fueros y Observancias del Reino de Aragón<sup>8</sup>. El Fuero *Ut iudices, Consilarii & Assessores motum suorum votorum exprimere teneant* (Cortes de Monzón, 1547) en el Libro VII, rúbrica *De sententia, & re iudicata*, dispone:

«Otro si, porque por pronunciar los Jueces las sentencias diffinitivas sin dezir por donde se han fundado a darlas, las partes quedan suspesas, y dudosas en la causa, y fundamento por do los Jueces se movieron, y de aqui se siguen apelaciones y otros recursos, con multiplicación de pleytos y processos: y para esto evitar se hiziesse provision oportuna. Por ende su Alteza de voluntad de la Corte statuece y ordena, que todos los Consejeros y Assessores que han de aconsejar, y los Jueces que han de juzgar, sean obligados al tiempo que votaren, de dezir las causas y fundamentos principales, assi de Fuero, como de derecho, assi en lo civil, como en lo criminal, por donde se mueven a dar sus votos...».

---

<sup>4</sup> MENÉNDEZ PIDAL Y DE MONTES, J., *Sobre la motivación de las resoluciones judiciales*, en RDPr., 1953, págs. 12-13. También RODRÍGUEZ-AGUILERA, C., *La sentencia*, Barcelona, 1974, pág. 47, parece dar a entender que la falta de motivación se produce desde la prohibición de 1778, mientras que antes tendría -según él- una firme tradición en España.

<sup>5</sup> Disponía que el juicio debe ser "cierto e derecho segund mandan las leyes de nuestro libro, e catada, e escodriñada, e sabida la verdad del fecho deue ser dado todo el juyzio...".

<sup>6</sup> HEVIA BOLAÑOS, Juan de, *Curia Philipica*, Madrid, MDCCXCVII, página 94, nota e, y, en general, todo el párrafo XVIII de la parte I, tomo I.

<sup>7</sup> Utilizamos la siguiente compilación: *Constitucions y altres drets de Cathalunya compilats en virtut del Capítol de Cort LXXXII de las Corts. per la S. C. y R. Majestat del Rey don Philip IV. nostre Senyor celebradas en la ciutat de Barcelona any MDCCII*, Barcelona, 1704.

<sup>8</sup> Manejamos una edición de los "Fueros y observancias del Reino de Aragón" mandada formar en 1667, sin fecha ni lugar de edición.

Incluso después de los Decretos de Nueva Planta, debieron seguir observándose en Aragón, Cataluña y Mallorca<sup>9</sup>, las disposiciones relativas a la motivación de las sentencias. En el Auto Acordado dado por Felipe V, en Madrid, el 11 de diciembre de 1717, se resolvieron las dudas planteadas por la Audiencia de Mallorca respecto al Decreto de Nueva Planta, una de ellas referida a la forma de dictar las sentencias:

«Resolución. Sobre esta duda he resuelto que las referidas Sentencias, Decretos i Provisiones, assi difinitivas como interlocutorias, se escriban en lengua castellana, i expresando motivos, como se ha mandado practicar, i se observa en Barcelona...»<sup>10</sup>.

Sobre esta situación va a incidir la Real Cédula de Carlos III, de 23 de junio de 1778, incluida como Ley VIII del Título XV, Libro XI de la Novísima Recopilación. Esta disposición eleva lo que era una práctica en los Tribunales de Castilla, a norma obligatoria para todos los Tribunales de la monarquía. Establece la prohibición de motivar las sentencias, que permanecerá vigente hasta la imposición paulatina de la norma contraria, en los diferentes órdenes procesales, durante el siglo XIX<sup>11</sup>. Así se disponía en la citada Real Cédula:

«Para evitar los perjuicios que resultan con la práctica, que observa la Audiencia de Mallorca, de motivar sus sentencias, dando lugar a cabilaciones de los litigantes, consumiendo mucho tiempo en la extensión de las sentencias, que vienen a ser un resumen del proceso, y las costas que a las partes se siguen; mando cese en dicha práctica de motivar sus sentencias, ateniéndose a las palabras decisorias como se observa en el mi Consejo y en la mayor parte de los Tribunales del Reyno; y que a exemplo de lo que ha prevenido a la Audiencia de Mallorca, los Tribunales ordinarios, incluso los privilegiados, excusen motivar las sentencias como hasta aquí, con los *vistos y atentos*, en que se refería el hecho de los autos y los fundamentos alegados por las partes; derogando como en esta parte derogo, el auto acordado 22, tít., 2, lib. 3, duda 1, de la Recopilación, u otra cualquiera resolución o estilo que haya en contrario».

Si se compara esta Real Cédula con el Fuero aragonés antes reseñado, se observará la coincidencia de argumentos que llevan, sin embargo, a fundar disposiciones contrarias: la satisfacción psicológica de las partes<sup>12</sup> y consideraciones

---

<sup>9</sup> En el Derecho de Mallorca debía existir una disposición similar a las que hemos indicado antes, a juzgar por el Auto Acordado de Felipe V al que nos referiremos en el texto. En las bibliotecas de las Facultades de Derecho de Oviedo y Valencia, no hemos podido encontrar ninguna edición de las *Ordinacions i sumari del privilegis, consuetuds i bons usos del regne de Mallorca*.

<sup>10</sup> *Tomo tercero de autos acordados, que contiene nueve libros por el orden de títulos de las Leyes de Recopilación*, Madrid, MDCCLXXII, Libro 3.º, título 2.º, auto XXII, duda I.

<sup>11</sup> VICENTE Y CARAVANTES, José de, *Tratado histórico, critico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de enjuiciamiento*, I, Madrid, 1856, págs. 114-115; GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J. M., *Tratado académico-forense de procedimientos judiciales*, I, Madrid, 1848, pág. 304.

<sup>12</sup> Satisfacción en el sentido de la acepción 10.ª del verbo satisfacer: "aquietarse y convencerse con una eficaz razón de la duda o queja que se había formado". Según el profesor FAIRÉN, *El proceso como función de satisfacción jurídica*, en "Temas del Ordenamiento Procesal", I, Madrid, 1969, páginas 366-369, una de las características de la satisfacción procesal es la de ser razonada. MONTERO AROCA, J., *Introducción al Derecho procesal*, Madrid, 1976, pág. 110, mantiene la misma característica, indicando que "la jurisdicción no puede limitarse a una mera declaración de voluntad, es preciso también el juicio, la inteligencia que convence".

sobre la duración del proceso<sup>13</sup>. Sin duda estas razones, al menos la primera de ellas, justifican mejor el deber de fundamentación que su exclusión.

Durante el período de prohibición de la motivación, la sentencia civil contenía, además de otros extremos, una alusión formularia a que el actor probó (o no probó) bien su acción y demanda, y el reo demandado no probó (o probó) sus excepciones y defensas<sup>14</sup>. En la sentencia penal, aquella alusión se hacía a la acción y querrela, defensas y excepciones<sup>15</sup>, o bien se expresaba sucintamente el hecho por el que se condenaba<sup>16</sup>.

Al constatar la falta de motivación de las sentencias y, específicamente, la inexistencia de una referencia en aquellas al Derecho material aplicado, sienta TOMÁS Y VALIENTE una acertada afirmación: «El arbitrio judicial se amparaba tras esta indeterminación procesal. A mi modo de ver ya que los reyes querían proteger su propio Derecho frente a la excesiva aplicación curial del romano, hubieran debido obligar a sus jueces a que fundamentasen expresamente en leyes reales o de Partidas todas y cada una de sus sentencias, estableciendo, por ejemplo, un recurso de nulidad contra los fallos no obedientes a tal precepto»<sup>17</sup>. Estas consideraciones pudieron justificar, en algún momento, la imposición del deber de motivación. Pero las mismas consideraciones empiezan a operar en sentido contrario, cuando la transformación ideológica, implícita en el paso del régimen absolutista al liberal, entra en colisión con un Derecho (antiguo) fundado en postulados distintos<sup>18</sup>. Ello puede explicar por qué el deber de motivación se establece en España de modo simultáneo, en casi todos los casos, al de la creación de un nuevo Derecho.

---

<sup>13</sup> Cuando se estableció el deber de motivación, los autores reclamaron, en algunos casos, la ampliación de los plazos (impropios) para dictar las resoluciones si éstas debían ser motivadas; véase SEIJAS LOZANO, M., *Dictamen fiscal emitido en el expediente reformado en el Tribunal Supremo de Justicia, con motivo del progresivo recargo en asuntos de casación*, en RGLJ, tomo 15, 1859, pág. 335; y, con referencia al proyecto de reforma de la casación civil de 4 de enero de 1863, ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., *Observaciones al proyecto de Ley presentado al congreso creando una sala de previo examen para el recurso de casación*, en RGLJ, tomo 22, 1863, pág. 135; MANRESA y NAVARRO, J. M., *Observaciones sobre la reforma de la casación*, en RGLJ, tomo 22, 1863, pág. 346.

<sup>14</sup> Véanse formularios en ELIZONDO, Francisco Antonio de, *Práctica Universal Forense de los Tribunales de España y de las Indias*, I, Madrid, MDCCLXXXIII, pág. 142; GÓMEZ y NEGRO, Lucas, *Elementos de práctica forense*, Valladolid, 1825, págs. 11-12, de los formularios.

<sup>15</sup> ELIZONDO, *Práctica...*, I, cit., pág. 315.

<sup>16</sup> GÓMEZ y NEGRO, *Elementos...*, cit., pág. 56, de los formularios; GUTIÉRREZ, J. M., *Práctica criminal de España*, II, Madrid, 1828, págs. 235-236; TOMÁS Y VALIENTE, F., *El Derecho penal de la monarquía absoluta*, Madrid, 1969, págs. 181-182, 413, 428-429, 438-439.

<sup>17</sup> TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal...*, cit., pág. 182.

<sup>18</sup> Véase, sobre esta explicación de la "crisis de la motivación", CALAMANDREI, P., *Processo e democrazia*, en "Opere giuridiche", I, Napoli, 1965, páginas 673-674.

### 3. TENDENCIAS AL ESTABLECIMIENTO DEL DEBER DE MOTIVACIÓN EN LAS CORTES DE CÁDIZ

En las Cortes de 1810, se va a plantear de modo explícito la conveniencia de imponer a los órganos jurisdiccionales, el deber de motivar sus fallos. Esta primera tentativa no se verá coronada por el éxito, ni en la labor legislativa de estas Cortes, ni en la de las del Trienio liberal.

El diputado cordobés José de CEA, presentó un proyecto de decreto del siguiente tenor:

«Para evitar todo resentimiento, agravio o queja de los litigantes contra los Tribunales, las Cortes generales y extraordinarias por ahora, y sin perjuicio de lo que se establezca en adelante, deseando quitar a la malicia, fraude y arbitrariedad todo pretesto, y asegurar en el público la exactitud, celo y escrupulosidad de los magistradas, han venido en decretar que en toda decisión, ya pertenezca a lo principal de la causa, ya a algún incidente, dada por cualquiera de los tribunales civiles, militares o eclesiásticos, en quienes residan legítimamente facultades para decidir, se expongan las razones, causas y fundamentos en que se apoyan; y mandan, para desviar enteramente toda sospecha, que las decisiones se funden, no sobre la nuda autoridad de los doctores, que con sus opiniones han alterado el derecho, constituyendo lo incierto y arbitrario, sino sobre el texto expreso de las leyes, ordenanzas o estatutos; y cuando no se encuentre ley expresa para el caso, acudan a V. M. para la interpretación o extensión, y así se cumpla y ejecute con derogación de cuanto sea contrario a este decreto»<sup>19</sup>.

El propio texto que CEA proponía para la correspondiente disposición, es expresivo de la justificación de la misma. Pero, además, el proyecto de decreto iba precedido de una exposición bastante extensa<sup>20</sup>, de la que referiremos los puntos fundamentales.

La necesidad de establecer el deber de motivación, era justificada por JOSÉ DE CEA en cuatro razones, la primera de las cuales debe considerarse la principal, a juzgar por la parte del discurso dedicada a su exposición.

La primera razón consiste en que la motivación exige referirse a la ley de la cual se hace aplicación, impidiendo que la decisión se funde en el arbitrio judicial, originador de la inseguridad jurídica de los ciudadanos: «...la potestad de imponer penas está entre los derechos inseparables de la Magestad. Solo las leyes pueden decretarlas en proporción a los delitos. La facultad de los jueces está reducida a examinar si el acusado ha contravenido o no, para absolverlo o condenarlo»; «... si se dejase al arbitrio de los magistrados imponerlas, derogarlas y alterarlas, se causarían innumerables males a la sociedad, la suerte de los ciudadanos sería siempre incierta...». El diputado entiende que la motivación contribuirá a evitar ese peligro: «Cuando sepa el juez que debe exponer los fundamentos de su sentencia, y que ha de deducir las razones de la misma ley; cuando sepa que no puede interpretarla<sup>21</sup> según su capricho, bajo los títulos de piedad o arbitrio, ¿con qué velo cubrirá su injusticia?»

---

<sup>19</sup> *Diario de sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*, II, número 183, sesión de 31 de marzo de 1811, págs. 802-803.

<sup>20</sup> *Diario de sesiones...*, II, n.º y sesión cit., págs. 801-802.

<sup>21</sup> Por cierto que CEA tenía una concepción muy estrecha de lo que la interpretación pueda ser. En un párrafo de su discurso afirma: "La equidad, interpretación o arbitrio son voces sinónimas..."



La segunda razón se refiere a que la motivación favorece una mayor perfección en el proceso interno de elaboración de la sentencia, en cuanto obliga «a los jueces a un diligentísimo estudio para no exponerse a aventurar a la censura de gente ilustrada sus deliberaciones...».

En tercer lugar alude a la función persuasiva o didáctica de la motivación: «...sabiendo (los litigantes) las causas y razones por donde pierden o ganan los pleitos, se convencerían...».

Y, por fin, destaca que la motivación facilita la labor de los órganos jurisdiccionales que conocen de las impugnaciones, porque se halla «en cada sentencia o provisión recapitulado todo lo que antecede, y manifiesta la razón porque obraron o decidieron».

El proyecto de CEA pasó a la Comisión de Justicia<sup>22</sup>, pero no fue recogido en el dictamen del proyecto de «Reglamento para que las causas criminales tengan su curso más expedito»<sup>23</sup>, aunque en la exposición que precede al dictamen se hacía referencia al mismo<sup>24</sup>.

En las Cortes del Trieno no se produce ninguna evolución de importancia respecto al tema que estudiamos. Un pequeño -mínimo- avance sobre la situación de partida, lo supone la forma de la sentencia del «procedimiento en negocios graves» que se establecía en el proyecto de Código de procedimiento criminal de 1821<sup>25</sup>. Este avance consistía en la necesaria mención en la sentencia del artículo de la ley del que se hacía aplicación para imponer la pena (art. 525)<sup>26</sup>. Aparte de esto, en la sentencia, ni debían expresarse las razones de haber estimado probado determinado hecho, como lógica consecuencia de la intervención del Jurado<sup>27</sup>, ni tampoco los argumentos sobre la calificación del hecho como constitutivo de un determinado delito, como consecuencia -esta vez ya no tan lógica- de venir atribuida al Jurado no sólo la apreciación de las pruebas, sino también la decisión sobre todas las cuestiones jurídicas excepto la determinación de la pena<sup>28</sup>. El que encontremos, ahora, esta mínima expresión de la motivación que supone la necesidad de citar la ley aplicada,

---

<sup>22</sup> *Diario de sesiones...*, III, n.º 183, sesión de 31 de marzo de 1811, página 801.

<sup>23</sup> *Diario de sesiones...*, II, n.º 200, sesión de 19 de abril de 1811, páginas 894-896.

<sup>24</sup> *Diario de sesiones...*, II, n.º y sesión cits., pág. 894.

<sup>25</sup> *Proyecto de Código de procedimiento criminal, presentado a las Cortes por la Comisión especial nombrada al efecto. Impreso de orden de las mismas*. Imprenta Nacional, 1821.

<sup>26</sup> Esta era la forma de la sentencia de condena según el artículo 525: "Habiéndose seguido en este juicio todos los trámites prescritos por la ley, y declarando los jueces de hecho que F. (su nombre) es culpable del delito (el delito y su grado cuando le tenga señalado por la ley), a nombre de la ley, y como órgano suyo, le impongo la pena (el nombre legal de ella), señalada por la ley (la cita de esta) para esta especie de delito; igualmente le condeno a la restitución de (se expresará lo que sea), y a los daños y perjuicios regulados por el jurado (si los hay). En su consecuencia mando: que la persona de F. sea restituida a la prisión, y entregada a la autoridad competente, para que lleve a pronto y cumplido efecto esta sentencia".

<sup>27</sup> El artículo 506 se encaminaba a eliminar el más mínimo vestigio de la prueba legal y a dejar clara la vigencia del principio de libre apreciación: "Los jueces de hecho, cualquiera que sea el número y calidades de los testigos, y la especie de prueba e indicios que hayan resultado, se guiarán única y exclusivamente para la calificación (entiéndase: veredicto) por lo que les dicte su convencimiento y conciencia". En el artículo 508 se completaba la anterior disposición, en el sentido de que a la cuestión de si "¿F. (aquí el nombre del acusado) es reo del delito que se le acusa? Cada juez de hecho contestará *sin expresar razón alguna*: si o no".

<sup>28</sup> Artículos 508 al 519 del proyecto.

puede estar en cierto modo relacionado con lo que se expresa en la exposición que precede al proyecto: «Han querido (las Cortes) que los españoles tuviesen un manual fijo y claro de sus deberes y obligaciones: han querido que el extravío de estos deberes se clasificara por un método claro, designando a cada delito penas proporcionadas, justas y nunca atroces ni excesivas...»<sup>29</sup>. Establecido un Código penal acorde con los nuevos tiempos, debe hacerse patente su aplicación, mediante la referencia a sus artículos en las sentencias.

#### 4. LA MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS POR LOS TRIBUNALES DE COMERCIO

El deber de motivar las sentencias es establecido, en primer lugar, en nuestro Derecho, durante el siglo XIX, en el Código de Comercio de 1829 y -ello es lógico- respecto a las sentencias que dictaban los Tribunales de Comercio.

Se disponía en su artículo 1.213: «Los tribunales de comercio fundarán todas las sentencias definitivas e interlocutorias que pronuncien en causas de mayor cuantía.

Los fundamentos se reducirán a establecer la cuestión de derecho o de hecho sobre que recae la sentencia, y hacer referencia de las leyes que le sean aplicables, sin comentarios ni otras exposiciones».

El artículo 88 de la Ley de enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio de 24 de julio de 1830, se remitía al reproducido artículo 1.213, al disponer el modo de redactar las sentencias.

La disposición de la motivación es completamente original del proyecto de SAINZ DE ANDINO, no estando incluida en el Título VII del proyecto de la Comisión Real, de cuya redacción estuvo concretamente encargado Bruno VALLARINO<sup>30</sup>.

La concreta coyuntura histórica en la que se produce la primera formulación del deber de motivar las sentencias, nos debe llevar si no a negar, sí a relativizar el alcance de una de las justificaciones políticas del deber de motivación. En la Exposición a las Cortes que precedía al proyecto de ley para la reforma de los procedimientos en los juicios civiles de 1855, se decía: «...Nuestras leyes prohíben fundar las sentencias. Sin entrar en el examen de los motivos que pudieron decidir en otras épocas a los legisladores a establecer este principio, es un hecho que en un sistema político de publicidad, persistir en lo antiguo, sería un verdadero anacronismo»<sup>31</sup>. ORTIZ DE ZÚÑIGA exponía, con mayor claridad: «Donde domina tan funesto sistema (el régimen absolutista), es también su consecuencia inmediata, que al legislador, al estatuir, y al administrar justicia el poder público, no da razón de sus preceptos, ni de sus actos: las leyes se promulgan sin previa discusión pública, sin exposiciones, ni preámbulos, los ordenamientos del Gobierno supremo y de la autoridad se comunican sin otras razones que las de ordeno y mando; y las decisiones judiciales llevan consigo la pérdida o la conservación de la fortuna de los ciudadanos, su honra o su infamia, su

---

<sup>29</sup> *Proyecto de Código...*, cit., pág. III.

<sup>30</sup> RUBIO, Jesús, *Sainz de Andino y la codificación mercantil*, Madrid, 1950, pág. 113, y el proyecto de la Comisión Real en el apéndice I, págs. 235-262.

<sup>31</sup> *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes (1854-1856)*, apéndice 2.º a la sesión de 31 de enero de 1855, n.º 73.

vida o su muerte, sin más fórmula que la del fallo, hasta el punto de prohibirse expresamente la fundamentación de las decisiones y sentencias judiciales»<sup>32</sup>. También ALCALÁ-ZAMORA indica que la existencia o no de fundamentación implica que los actos procesales sean de convencimiento o de vencimiento, exponentes, respectivamente, de autoritarismo o liberalismo en el proceso<sup>33</sup>. En abstracto, es una buena razón para explicar el establecimiento del deber de motivación, pero en concreto no es la causa que lo impuso en nuestro Derecho, al menos en la ocasión que ahora consideramos.

La causa del establecimiento del deber de motivación para los Tribunales de Comercio, hay que encontrarla en el designio de crear una condición de efectividad, una forma de control de la aplicación del nuevo Derecho material. Según RUBIO, el Derecho mercantil que se codifica no es distinto al que ya regía en ordenamientos fraccionados, no obstante lo cual la codificación tiene la finalidad de uniformar las fuentes, sistematizar las normas con un criterio racional y eliminar los últimos vestigios de la concepción de este Derecho como un ordenamiento gremial<sup>34</sup>. Para que pudiera constatarse la aplicación del nuevo Código, la fundamentación era, si no imprescindible, muy conveniente. Mantener la prohibición de la misma hubiera favorecido, que las sentencias hubieran continuado basándose, en realidad, en las antiguas Ordenanzas.

Otros órganos jurisdiccionales que intervenían en el enjuiciamiento mercantil en los grados de impugnación, no se entendieron obligados por la disposición del artículo 1.213 y no motivaban sus sentencias. Ello fue causa de desconfianza hacia las sentencias de estos Tribunales, en cuanto se sospechaba que no se basaban en la legislación mercantil. Así lo advertían GÓMEZ DE LA SERNA y REUS al comentar aquel artículo: «Agregábase a esto, que como en los Tribunales superiores y supremos no había comerciantes, ni exclusivamente se dedicaban los magistrados a la aplicación de las leyes mercantiles, se creyera que esto mismo exigía una demostración pública de que comprendían profundamente las cuestiones ante ellos debatidas y que no se dejaban llevar de la costumbre de aplicar el derecho civil, y que a sus prescripciones sacrificaban las leyes mercantiles»<sup>35</sup>.

La motivación permite, pues, constatar que los órganos jurisdiccionales hacen aplicación del Derecho vigente, lo cual explica su establecimiento simultáneo al de una normativa en cierto modo novedosa. Ahora bien, no se trata -o no se trata solamente- de facilitar un procedimiento jurídico de control de la aplicación de aquel Derecho: esta finalidad podría cumplirse por los medios de impugnación. La posibilidad de impugnación no es suficiente, como revelaban las palabras de GÓMEZ DE LA SERNA y REUS referidas, precisamente, a las sentencias de los Tribunales

---

<sup>32</sup> ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., *Fundamentación de las sentencias*, en RGLJ, 1966, tomo 29, pág. 114.

<sup>33</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Los actos procesales en la doctrina de Goldschmidt*, en "Estudios de Teoría general e Historia del proceso", I, México, 1974, pág. 75 y nota 120 en la misma página; del mismo, *Liberalismo y autoritarismo en el proceso*, en "Estudios de Teoría general...", cit., II, páginas 279-281.

<sup>34</sup> RUBIO, *Sainz de Andino y la codificación...*, cit., pág. 109 y, en general, sobre las circunstancias de la codificación mercantil, págs. 77-109.

<sup>35</sup> GÓMEZ DE LA SERNA, P. y REUS GARCIA, José, *Código de comercio concordado y anotado...*, 3.ª edición, Madrid, 1859, pág. 416.



que conocían de las impugnaciones. El control que la motivación facilita es de carácter social: ofrece la «demostración pública» a la sociedad en general o a un determinado grupo de la misma, de que la normativa vigente es aplicada.

5. HASTA EL ESTABLECIMIENTO DEL DEBER DE MOTIVAR LAS SENTENCIAS PENALES:

### **a) Nuevos intentos para imponer la motivación**

Hasta que, en 1848, se prescribe el deber de motivar las sentencias penales, se producen una serie de tentativas, algunas legislativas y las más prelegislativas, para imponerlo. Al mismo tiempo, concretamente en el ámbito del proceso civil, se establecen, de una parte un sucedáneo o sustitutivo de la motivación para las sentencias del Tribunal Supremo en los recursos de nulidad. Nos ocupamos por separado de estas dos líneas de evolución, empezando por la primera.

Ni el Reglamento provisional para la administración de Justicia en la Real Jurisdicción ordinaria de 1835, ni la Ley provisional para la sustanciación de los pleitos de menor cuantía de 10 de enero de 1838, dieron entrada a la norma sobre la motivación de sentencias.

Sin embargo, en varios proyectos de leyes procesales, elaborados en esta época, se tendía, en general, a establecer el deber de motivación.

El proyecto articulado de Instrucción provisional del Enjuiciamiento de Manuel García Gallardo, fechado el 15 de enero de 1840, contenía un artículo sobre la forma de las sentencias, según el cual, después de «sucinta indicación del punto de hecho y de derecho, aplicará las normas legales al pujito litigioso y la determinación decisiva»<sup>36</sup>.

Igualmente, en el proyecto de Código de procedimiento criminal de PEÑA AGUAYO, estaba prevista la motivación de la sentencia<sup>37</sup>.

Pero tal vez lo más notable de este período, en la sección de los intentos, sea la proposición de ley de Mauricio Carlos de ONIS. Se persigue, como ya hizo CEA en las Cortes de 1810, introducir una ley cuya única disposición es establecer la motivación de las sentencias.

La proposición fue presentada en el Senado el 12 de julio de 1841, y su texto era el siguiente:

«Artículo único. Queda derogada la ley 8.11, título 16, libro 11 de la Recopilación, y desde la publicación de la presente, todos los jueces de los Tribunales del Reino, sin excepción, motivarán las sentencias que dieren en las causas civiles y criminales, citando la ley o leyes de que hagan uso, pero compendiosamente y sin otras advertencias que las precisas para dar a conocer el fin y oportunidad de su aplicación. Lo mismo harán cuando en defecto de aquellas se valgan de la práctica, usos y demás razones supletorias a que da cabida el derecho en este caso.

La sentencia dada sin este requisito es nula y sin efecto»<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> *Crónica de la codificación española*, II, Madrid, 1972, págs. 30-32.

<sup>37</sup> *Crónica de la codificación española*, III, Madrid, 1975, pág. 102.

<sup>38</sup> *Diario de sesiones del Senado*, sesión de 12 de julio de 1841, n.º 48, página 593.

En la exposición que acompañaba a la proposición, se presentan similares argumentos a los utilizados por CEA, aunque se expresan con mayor claridad y perfección<sup>39</sup>.

Indica, en primer lugar, que la prohibición de la motivación es «uno de los absurdos más notables de nuestra legislación, y que más choca con el actual sistema de gobierno», siendo propia de una época en que «los magistrados, como lo eran de un gobierno absoluto, estaban dispensados de citar las leyes a que arreglaban sus dictámenes...». Ya hemos visto<sup>40</sup>, que este argumento tiene mucho de retórico: el legislador, sea un monarca absoluto o sea una cámara representativa, tiene el mismo interés en constatar que se aplica el Derecho por él establecido.

Alude también a que la motivación permite satisfacer psicológicamente a las partes, al valor persuasivo de la motivación: «Increíble parece que se pretendiese llevar el prestigio de los jueces hasta tal punto» de que «sus providencias fuesen recibidas y acatadas sin examen como los dichos de un oráculo incapaz de engañar y ser engañado». «Nadie ignora que al litigante que ha perdido el pleito no queda otro consuelo que el saber que su condena ha sido dictada por la ley, a que el mismo juzgador está sometido, y que en ella no ha tenido parte el capricho, la odiosidad, el interés u otro afecto personal capaz de ofuscar la justicia; ... ya quieren saber los hombres la razón por qué son absueltos o condenados, ... y si los jueces les administran justicia con la imparcialidad y acierto que tienen derecho a exigir de ellos».

Y, finalmente, mantiene la necesidad de la motivación para facilitar las impugnaciones y la decisión sobre las mismas: «...aún parece más increíble que siendo toda sentencia el tercer juicio, o la consecuencia de un silogismo formado de dos premisas indispensables, una, en que se asientan los hechos y sus circunstancias, cuales resultan del proceso, y la otra, en que se consideran las disposiciones de derecho que con ellos tienen relación, no expresándose estas ni explícita ni virtualmente en la sentencia, pueda esta calificarse de justa o injusta, pueda apelarse, revocarse o reformarse».

---

<sup>39</sup> *Diario de sesiones del Senado*, sesión cit. en nota anterior, págs. 592-593.

<sup>40</sup> Cfr. apartado 4 de este trabajo.

## 6. b) La motivación de las sentencias civiles y el recurso de nulidad

Precisamente el último argumento con el que el senador ONIS justificaba su proposición, nos pone sobre el camino de una de las causas que concretamente condujeron si no al establecimiento de la motivación, sí a la introducción de un sustitutivo de la misma, que suponía el reconocimiento de su necesidad.

La relación entre motivación e impugnación hay que matizarla. Como indica CALAMANDREI: «Motivación e impugnación son, en las legislaciones procesales, institutos en cierto sentido paralelos»<sup>41</sup>. Nosotros insistimos en que ello solo es *en cierto sentido*. Para las impugnaciones del corte de la apelación no resulta imprescindible que la resolución impugnada sea fundada: si, con este tipo de impugnaciones, se instaura una nueva fase de conocimiento sobre la relación controvertida, sobre la cual hay que decidir *ex novo*, en base a los datos antiguos o a los nuevos cuya aportación sea admisible<sup>42</sup>, ese nuevo juicio puede realizarse aunque se desconozcan los motivos de la resolución impugnada<sup>43</sup>.

La cuestión cambia cuando se trata del recurso de casación, por vicios *in iudicando* de la sentencia impugnada. «Puesto que -indica CALAMANDREI- el *error in iudicando* es un defecto de razonamiento que se produce en la mente del juez durante la actividad intelectual de la que la sentencia es la conclusión resultante, ese error no puede buscarse en el tenor de la decisión sino cuando esta sea motivada, esto es, cuando el juez haya referido, como justificación de la parte dispositiva, la historia sumaria del camino que su pensamiento ha debido realizar para llegar hasta aquél...»<sup>44</sup>. La casación por vicios *in iudicando* contra una sentencia inmotivada, exigiría determinar previamente, por vía de hipótesis, los hechos que se entendieron probados y las normas que fueron aplicadas, labor que el Tribunal de casación no puede realizar sin verse obligado a hacer, él mismo, una apreciación de las pruebas. La casación contra sentencias inmotivadas conduce a la desnaturalización del instituto.

Al regularse, en 1838, el recurso de nulidad -en el que pueden apreciarse los rasgos de la casación<sup>45</sup>- van a aflorar los problemas que indicamos.

Pasaron desapercibidas estas cuestiones a la comisión que dictaminó, el 22 de enero de 1838, el proyecto de ley sobre el recurso de nulidad<sup>46</sup>. GÓMEZ ACEBO advirtió el defecto, en cierto sentido, durante la discusión: «...yo desearía que se pusiese otra cosa, y es que la sentencia fuese razonada; pues efectivamente será más fácil hallar la verdadera idea de justicia o injusticia en el raciocinio...»<sup>47</sup>.

---

<sup>41</sup> CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, en "Opere...", I, cit., pág. 665.

<sup>42</sup> CHIOVENDA, G., *Principii di Diritto processuale civile*, Napoli, 1965, (ristampa anastática della terza edizione, 1923), pág. 976; GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho procesal civil*, I, Madrid, 1976, págs. 469, 471-472.

<sup>43</sup> Incluso, afirma GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho...*, I, cit., pág. 472, podría llegar a prescindirse del conocimiento del fallo, si este no fuera el punto de referencia para evitar la *reformatio in peius*.

<sup>44</sup> CALAMANDREI, P., *La casación civil*, I, 1, Buenos Aires, 1945, (sin indicación de traductor), pág. 192.

<sup>45</sup> FAIRÉN GUILLÉN, V., *Estudio histórico externo de la Ley de enjuiciamiento civil de 1855*, en "Temas...", I, cit., pág. 88.

<sup>46</sup> *Diario de sesiones del Congreso*, 1837-1838, I, apéndice 1.º al n.º 56, páginas 541-543.

<sup>47</sup> *Diario de sesiones...*, cit., sesión de 3 de febrero de 1838, pág. 767. La objeción de GÓMEZ ACEBO va dirigida, más que a evitar que deba hacerse una nueva apreciación de la prueba, a que el

El Real Decreto de 4 de noviembre de 1838 sobre recursos de segunda suplicación o injusticia notoria -así titulado oficialmente, cuando de sus 24 artículos, solo dedicaba 2 a aquellos recursos, mientras que, en los restantes, se regulaba el de nulidad-, sí que tuvo presente aquella problemática, a la que dio una solución realmente curiosa.

El Real Decreto de 4 de noviembre de 1838 no establece una norma para la motivación de las sentencias en general, no establece ni siquiera la motivación como normalmente se entiende esta -parte de la sentencia que precede y justifica el fallo-, sino que dispone que el tribunal a quo, una vez admitido el recurso de nulidad, remita al Tribunal Supremo, entre otros documentos, «un informe en que el tribunal manifieste los fundamentos de hecho y de derecho que tuvo presentes para dictar su fallo». (Art. 9, al final, del citado Real Decreto).

Nos encontramos, pues, no sólo con una motivación posterior al fallo, sino con una motivación que solo aparece cuando ha sido admitido un específico recurso. Difícilmente puede aparecer más clara la vinculación entre la motivación de las sentencias y las impugnaciones de carácter casacional<sup>48</sup>.

El artículo 17 del Real Decreto disponía que, en la sentencia en que se estimara o no el recurso, se expusieran «los fundamentos legales del fallo». Debían publicarse en la «Gaceta», según el artículo 23. Lógicamente, la función específica de esta motivación era la de formar una jurisprudencia unificadora de la interpretación de la ley<sup>49</sup>; jurisprudencia que integraría la doctrina legal a la que se alude, por vez primera<sup>50</sup>, en el artículo 7 del Real Decreto.

---

Tribunal Supremo pueda encontrar en la sentencia de instancia una orientación sobre la adecuación del fallo a la ley, pues, dado el *maremagnum* legislativo de la época, resultaba fácil invocar, en cualquier caso, la infracción de alguna norma.

<sup>48</sup> Lo advertía ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Fundamentación...*, cit., pág. 114, al referirse al recurso de casación: "...que exigía por su índole y trascendental objeto la condición imprescindible de motivarse los fallos de los Tribunales".

<sup>49</sup> ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Fundamentación...* cit., pág. 115.

<sup>50</sup> PRIETO-CASTRO, L., *Derecho procesal civil*, I, Madrid, 1968, pág. 693.

## 7. EL DEBER DE MOTIVAR LAS SENTENCIAS PENALES

La Ley provisional prescribiendo reglas para la aplicación de las disposiciones del Código Penal, promulgada el 19 de marzo de 1848 al mismo tiempo que aquel Código, contenía, en su regla 1.<sup>a</sup>, la siguiente disposición:

«Los Tribunales y Jueces fundarán las sentencias definitivas, expresando clara y concisamente el hecho y citando el artículo o artículos del Código Penal de que se haga aplicación».

Queda, desde ahora, establecido el deber de motivación de las sentencias penales, pero lo que importa destacar son las circunstancias de esta innovación legislativa: su aparición simultánea a la de un Código Penal acorde con la ideología de la época. Hasta tal punto debió considerarse importante el deber de motivación que, aún formulándose únicamente diez reglas relativas al procedimiento, una de ellas -la primera- tuvo por finalidad establecerlo.

Se demuestra, una vez más, que la imposición de la motivación dependió, en nuestra historia jurídica más reciente, de una circunstancia constante: la formulación de un Derecho material concorde con la ideología y necesidades de aquel momento histórico.

Las discusiones en las cámaras legislativas ilustran sobradamente esta conclusión.

Mientras no existe un Código Penal y resulta aplicable el antiguo Derecho, no sólo se tolera el arbitrio judicial, sino que en cierto modo se le protege, excluyendo normativamente el establecimiento de procedimientos para el control jurídico de la sumisión al principio de legalidad. Ese es el sentido del artículo 3 del proyecto sobre recursos de nulidad de 22 de enero de 1838<sup>51</sup> y del artículo 6 del Real Decreto de 4 de noviembre de 1848<sup>52</sup>: no había interés en que los fallos se ajustaran a la ley y, por tanto, no se permitía el recurso de nulidad para los que la infringían. Falta de interés en un control jurídico, sin duda debida a una carencia de interés socio-político en la aplicación de la ley. Esta situación no sólo no era propicia al establecimiento de la motivación, sino que resultaba favorecida con la prohibición de la misma.

En la discusión del artículo 3 del citado proyecto, dijo CALDERÓN COLLANTES: «Señores, ¿cuál es el estado de nuestra legislación, para permitir que se introduzcan recursos de nulidad en las causas criminales por injusticias o infracciones de ley? ¿Tenemos leyes claras que impiden a los jueces separarse de su espíritu y letra y den campo a que los reos reclamen esa nulidad? No... Cualquiera que sepa el estado de nuestra legislación, ...sabe bien que hay que dejar cierta especie de arbitrariedad a los jueces por la dureza de esa legislación, nacida en épocas de barbarie, y que por desgracia no hemos podido todavía reformar al modo que reclaman hoy día todas las instituciones sociales»<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> "Los recursos de que se trata en esta ley solo tendrán lugar *por ahora* en los asuntos civiles».

<sup>52</sup> (52) "No ha lugar al recurso de nulidad en las causas criminales..."

<sup>53</sup> *Diario de sesiones del Congreso* (1837-1838), I, sesión de 28 de enero de 1838, pág. 649. En idéntico sentido, las intervenciones de BENAVIDES, *Diario...*, cit., sesión de 31 de enero de 1838, págs. 717-718; y CORNEJO, *Diario...*, cit., sesión de 31 de enero de 1838, pág. 721: "Y siendo ciertos, como lo son, estos hechos, ¿podría fundarse, podría reclamarse una injusticia notoria, un fallo

Al discutirse en el Congreso la autorización al Gobierno para publicar el Código Penal y la Ley provisional para su aplicación, en 1848, la conveniencia de la motivación fue defendida en base a que permitía eliminar el arbitrio judicial en las sentencias penales ahora ya no justificado, por existir un Código claro y coherente con las exigencias del momento, que debía ser aplicado<sup>54</sup>.

En la nueva situación, establecer el deber de motivación de las sentencias era, de una parte, posible por estar claramente formulada la normativa a aplicar<sup>55</sup>, y, de otra parte, imprescindible para vigilar la aplicación de aquella<sup>56</sup>. Las palabras que GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN dedicaban al tema, son suficientemente expresivas: «Prohibían antes las leyes que la sentencia se fundara. Esta determinación, que en el estado antiguo del derecho penal, dependiente más que de la voluntad expresa del legislador del prudente arbitrio de los jueces, podía parecer a algunos útil y aún necesaria, sería hoy inoportuna, cuando un nuevo código penal ha dictado otras reglas más conformes al espíritu de la civilización y a las exigencias de nuestra época. Para que estas no caigan en desuso, para que se desarraigue la costumbre de no atenerse los jueces al derecho escrito, al mismo tiempo que para que su responsabilidad sea más efectiva, está prevenido que los tribunales y jueces funden sus sentencias definitivas...»<sup>57</sup>.

---

definitivo, como contrario a la ley expresa, a la ley que ha caído en desuso, a la ley que pugna con los sentimientos de humanidad?"

<sup>54</sup> *Diario de sesiones del Congreso* (1847-1848), II, sesión de 10 de marzo de 1848, pág. 303, con la intervención del conde de FABRAQUER; intervenciones todas en el mismo tomo del *Diario...*, cit., de CORZO, n.º 81, pág. 330; NOCEDAL, n.º 81, pág. 330-331; PIDAL, n.º 82, pág. 339; ALONSO, n.º, 83, pág. 345-346; SEIJAS, n.º 83, pág. 349; ARRAZOLA, por entonces Ministro de Gracia y Justicia, n.º 83, pág. 353.

<sup>55</sup> Esta idea la combatió RONCALI, *Diario de sesiones...* (1847-48), II, n.º 80, pág. 314: "...creo que hay reglas, sino tan claras y fijas como era conveniente..., reglas, sin embargo, de aplicación cierta y por las cuales no estaba permitido a los magistrados proceder *ex aequo et bono*, ni por arbitrio, ni menos..., por capricho. Y tanto es así que si se hubiera mandado a los Tribunales que fundaran sus sentencias lo hubieran podido hacer y lo hubieran hecho".

<sup>56</sup> La defensa del establecimiento del deber de motivación por el Ministro ARRAZOLA no fue en exceso brillante; en *Diario de sesiones...* (1847-48), II, sesión de 11 de marzo de 1848, pág. 312, se recoge el discurso que alude al tema incidentalmente: al faltar un Código penal, los tribunales juzgan según su conciencia, lo cual es causa de preocupaciones y temores en el ánimo de los magistrados, "pues este temor desaparecerá teniendo una regla a que atenerse y habiendo de fundar la sentencia, circunstancia que estaba prohibida por nuestras leyes y circunstancia que establece este Código, a mi modo de ver con mucha razón y ventajas. No hay cosa más descansada y fácil que pronunciar una sentencia, si se quiere leve, si se quiere algún tanto grave, y no alegar razón porque se hace; el nombre de la autoridad lo cubre todo; pero nadie podrá negar el bien que ha de resultar de que se funden las sentencias que se den".

<sup>57</sup> GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J. M., *Tratado académico forense de los procedimientos judiciales*, III, Madrid, 1853, pág. 208.



## 8. LA MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS CIVILES

Con el establecimiento del deber de motivación de las sentencias civiles, alcanza su culminación el proceso de progresiva imposición de aquel deber.

Contra lo que parece deducirse de las afirmaciones de algún autor<sup>58</sup>, el establecimiento del deber de motivar las sentencias civiles no se produce en la Ley de Enjuiciamiento civil de 1855, sino que es obra de la Instrucción del Marqués de Gerona.

El artículo 68 de la «Instrucción del procedimiento civil con respecto a la Real jurisdicción ordinaria» de 30 de septiembre de 1853, disponía:

«Los Tribunales y jueces fundarán siempre las sentencias definitivas y las interlocutorias de igual clase, cuando así lo reputen conveniente, exponiendo con claridad y concisión las cuestiones de hecho y de derecho, y citando las leyes o doctrina legal en que se apoyen. Las Salas nombrarán por turno riguroso ponentes que presten este trabajo dentro del término para dictar sentencia, expresando en ella su nombre».

Es de todos conocida la mala acogida que tuvo la Instrucción en los medios forenses<sup>59</sup>. Sin embargo, una de las disposiciones de la Instrucción que no sólo no fue objeto de crítica, sino que fue acogida con tono laudatorio, en el informe del Colegio de Abogados de Madrid, fue, precisamente, la de la motivación<sup>60 61</sup>.

Tras el corto período de vigencia de la Instrucción del Marqués de Gerona, el deber de motivación de las sentencias civiles va a quedar definitivamente establecido en la Ley de Enjuiciamiento civil de 1855.

El contenido de la base quinta de] «Proyecto de Ley para la reforma de los procedimientos en los juicios civiles» de 31 de enero de 1855, era ordenar que las sentencias sean fundadas<sup>62</sup>. A justificar esta disposición se dedicaban dos párrafos de la Exposición a las Cortes: «...Nuestras leyes prohíben fundar las sentencias. Sin entrar en el examen de los motivos que pudieron decidir en otras épocas a los legisladores a establecer este principio, es un hecho que en un sistema político de publicidad, persistir en lo antiguo, sería un verdadero anacronismo. La necesidad de fundar las

---

<sup>58</sup> MORÓN PALOMINO, M., *Problemática de la sentencia civil*, en RDPr. Iberoam-filip., 1964, págs. 60-61, nota 92.

<sup>59</sup> Véase, sobre la Instrucción y las reacciones frente a la misma, PRIETO-CASTRO, L., *La Instrucción del Marqués de Gerona para arreglar el procedimiento de los negocios civiles con respecto a la Real jurisdicción ordinaria*, en "Trabajos y orientaciones de Derecho procesal", Madrid, 1964, págs. 869-886; FAIRÉN, Estudio histórico externo..., en "Temas ... " I, págs. 90-97.

<sup>60</sup> Colegio de Abogados de Madrid, *Observaciones sobre la instrucción de procedimiento civil de 30 de septiembre de 1853*, en RGLJ, tomo 3, páginas 13-92: el artículo que se refiere a la motivación en general -el 68- ni siquiera es aludido en las *Observaciones...*, en cambio si que se comenta el artículo 77 --que ordenaba la motivación de los fallos dictados por el Tribunal Supremo en cuestiones de competencia-, en los siguientes términos: "Muy digna de aplauso considera la Junta la disposición contenida en el artículo 77 de que se funden por el Tribunal Supremo la resolución de las contiendas de jurisdicción..." pág. 74.

<sup>61</sup> En las Observaciones formuladas por la Audiencia de Oviedo (en Departamento de D. procesal de la F. de Derecho de Oviedo) fechadas el 5 de enero de 1854 y firmadas por el regente Sebastián Campos, tampoco fue objeto de crítica la disposición que establecía la motivación.

<sup>62</sup> El proyecto y la exposición a la que luego nos referimos pueden verse en *Diario de las sesiones de las Cortes constituyentes*, 1854-1856, apéndice 2.º al número 73.

sentencias obliga a los jueces a un estudio más detenido y concienzudo de todos los puntos que a su fallo se someten; les hace entrar en investigaciones profundas acerca del espíritu de las leyes y de su recta inteligencia; da al público una garantía de que la justicia se administra con imparcialidad y con arreglo a la ley, a la costumbre y a las doctrinas de derecho reconocidas universalmente; facilita el que se exija la responsabilidad a los jueces y magistrados que falten a sus deberes, fija el sentido e interpretación de las leyes, y concluye por uniformar la jurisprudencia en toda la Monarquía. Ante tan grandes ventajas no puede ser dudosa su aceptación».

A todas estas razones, GÓMEZ DE LA SERNA -que tan destacada intervención tuvo en la redacción de las bases y del texto articulado de la Ley de Enjuiciamiento civil de 1855- añadirá el también conocido argumento de la relación entre motivación e impugnación: «...se cortan tal vez apelaciones y recursos extraordinarios infundados, y se facilita su uso al que realmente está agraviado»<sup>63</sup>.

En la discusión, parlamentaria de la Ley de bases, solo hay dos referencias a la base quinta. La disposición que contenía no precisó de mayor defensa que la muy escueta que AGUIRRE, Ministro de Gracia y Justicia, hizo de la misma<sup>64</sup>. El acuerdo sobre la conveniencia de la motivación fue total en el plano parlamentario.

Sin embargo, a juzgar por las noticias que da AURIOLES en la discusión de la ley sobre la casación civil de 22 de abril de 1878, alguna oposición debió suscitar el precepto de la motivación, aunque no se manifestó -como hemos dicho- en el debate parlamentario. Se habrá observado que, al establecimiento del deber de motivar las sentencias civiles, no precedió, como en las tres ocasiones que hemos indicado en este trabajo, la formación de un cuerpo legal que reuniera el Derecho que generalmente aplican los tribunales civiles, es decir, del Código civil. Ahora bien, ello no desvaloriza nuestra tesis sobre la interdependencia, durante el siglo XIX, entre el establecimiento del deber de motivar y la formulación de un nuevo Derecho material. Precisamente, según refiere AURIOLES<sup>65</sup>, la objeción que se opuso al precepto sobre la motivación de las sentencias civiles, fue la de que era imposible realizarla dado el estado confuso y desordenado de la legislación civil. Ello demuestra que el establecimiento de una nueva legislación era considerado como factor condicionante de la introducción de la motivación, aunque, en esta ocasión, no llegó a impedir<sup>66</sup>.

Dos disposiciones que se dictan después de que, en el artículo 333 de la Ley de Enjuiciamiento civil de 1855, se hubiera establecido el deber de motivación, dan idea de una cierta reticencia del Tribunal Supremo de Justicia a aceptar las disposiciones

---

<sup>63</sup> GÓMEZ DE LA SERNA, P., *Motivos de las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos la Ley de enjuiciamiento civil*, Madrid, 1857, pág. 86. Parecen debidos a la misma pluma los párrafos dedicados a la motivación en la exposición a las Cortes y los que sobre aquella escribe GÓMEZ DE LA SERNA en esta obra.

<sup>64</sup> Ante la imposibilidad de consultar el correspondiente *Diario de sesiones*, vimos la discusión en la RGLJ 1855, tomo 7, págs. 310-436. En la sesión de 5 de mayo de 1855, pág. 325 de la cit. RGLJ, dijo AGUIRRE refiriéndose a la base 5ª: "si yo me detuviera a hablar sobre la importancia de esta base, sería hacer una injuria a las Cortes".

<sup>65</sup> *Diario de las sesiones del Congreso*, 1878, II, sesión de 16 de marzo de 1878, pág. 440.

<sup>66</sup> La razón de este resultado es difícil darla, sin una mayor profundización en el tema que ahora no podemos asumir. Se puede aventurar, sin embargo, una hipótesis: los defectos de la legislación civil eran más sistemáticos que ideológicos y, por lo tanto, podían superarse sin necesidad de elaborar un nuevo cuerpo legislativo; por el contrario, el absoluto desfase ideológico de la legislación penal, hizo imprescindible la elaboración de una nueva normativa, antes de imponer el deber de motivación.



que lo establecían. En ambos casos el Tribunal Supremo se basaba en interpretaciones literales de las normas, para eludir el deber de motivación.

El primer caso se refiere a las sentencias dictadas por las Audiencias y el Tribunal Supremo en asuntos mercantiles, que aquellos tribunales no motivaban, por entender que el artículo 1.213 del Código de Comercio refería únicamente el deber de motivación a las sentencias dictadas por los Tribunales de Comercio. Se dictó un Real Decreto, en 12 de enero de 1859, ordenándoles motivar las sentencias en asuntos mercantiles, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 333 de la Ley de Enjuiciamiento civil<sup>67</sup>.

El segundo, hacía referencia a la motivación de los fallos dictados por el Tribunal Supremo en cuestiones de competencia --establecida en el artículo 77 de la Instrucción del Marqués de Gerona y en el 111 de la Ley de Enjuiciamiento civil de 1855-, que el Tribunal Supremo pretendió eludir respecto a los asuntos pendientes antes de la Instrucción de 1853. La Real Orden de 17 de enero de 1857 impuso la motivación incluso para las resoluciones sobre aquellos asuntos<sup>68</sup>.

En el plano doctrinal, hay que destacar la oposición -parcial- a la motivación de un conocido procedimentalista: HERNÁNDEZ DE LA RÚA. Decía este autor: «...en nuestro sentir los Tribunales Supremos, o por mejor decir el Supremo, no debería motivar ni fundar las sentencias, primero, porque no conviene a su elevada posición dar la razón de sus providencias; y segundo porque no se conoce objeto para que lo hagan. En efecto, la explicación de sus actos, envuelve una satisfacción incompatible con la suprema autoridad que ejerce: y a más de esto, como ningún superior ha de pedirle cuenta de sus actos, la fundamentación es oficiosa...»<sup>69</sup>.

Otros comentaristas y tratadistas de la Ley de Enjuiciamiento civil de 1855, prestan particular atención a la motivación de las sentencias por el Tribunal Supremo, argumentando en favor de la misma. Así MANRESA, expresamente contra HERNÁNDEZ DE LA RÚA, expone: «Cabalmente la primera consideración abona en sentido inverso, cabalmente porque está colocado en tan elevada posición, y porque tras él no hay superior, es por lo que debe manifestar los motivos para obrar en la forma que lo hace. Exceptúese al Tribunal Supremo de esta obligación... y quedará convertido en legislador... ¿Qué no se conoce el objeto? ¿Cómo, sin fundar las sentencias el Tribunal Supremo, podrá uniformarse y establecerse la jurisprudencia?...»<sup>70</sup>. La necesidad de la motivación para la formación de la jurisprudencia es también mantenida por VICENTE Y CARAVANTES<sup>71</sup>.

---

<sup>67</sup> GÓMEZ DE LA SERNA y REUS GARCÍA, *Código de comercio concordado...*, cit., pág. 416.

<sup>68</sup> Los autores de la *Crónica de la codificación...*, II, deben haber sufrido un error (?) al reseñar, en pág. 80, el contenido de esta Real Orden, pues, siempre según ellos, "recuerda la obligatoriedad de fundar las sentencias aún en los asuntos anteriores a la Ley de enjuiciamiento civil". Véase el texto de la Real Orden, en *Colección legislativa de España*, primer semestre de 1857, tomo LXXI, Madrid, 1863, págs. 80-81: su contenido coincide con lo que expresamos en el texto.

<sup>69</sup> HERNÁNDEZ DE LA RÚA, V., *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil*, I, Madrid, 1856, pág. 96.

<sup>70</sup> MANRESA NAVARRO, J. M., MIQUEL, I., REUS, J., *Ley de enjuiciamiento civil comentada y explicada...*, II, Madrid, 1856, pág. 435.

<sup>71</sup> VICENTE Y CARAVANTES J., *Tratado histórico, crítico-filosófico...*, I, página 113: "...si no se expresan los fundamentos del fallo, si no se fijan las doctrinas aceptadas o desechadas, no

## 9. FORMA DE LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA CIVIL Y RECURSO DE CASACIÓN

La evolución histórica de la motivación, después de su establecimiento y hasta el tiempo presente, presenta una faceta interesante: la relación entre la forma de motivación de la sentencia y el recurso de casación por infracción de ley. Esta relación se pone especialmente de manifiesto en las modificaciones que se operan en la forma de motivar las sentencias penales, pero también respecto a la forma de la sentencia civil. Empezamos, ahora, ocupándonos de ésta.

El desarrollo de la base 5.<sup>a</sup> de la Ley para la reforma de los procedimientos en los juicios civiles, dio lugar al artículo 333 de la Ley de Enjuiciamiento civil de 1855, el cual regulaba -con más detalle que la regla 1.<sup>a</sup> de la Ley provisional de 1848- la forma de la sentencia. Su párrafo 2.<sup>o</sup> dedicaba dos reglas a la motivación:

«En su redacción se observarán las reglas siguientes: 2.<sup>a</sup> Consignará después lo que resulte respecto a cada uno de los hechos contenidos en los escritos de réplica y dúplica, y en los de ampliación si los hubiere habido, en párrafos separados, que principiarán con la palabra *Resultando*.

3.<sup>a</sup> A continuación hará mérito en párrafos separados también, que empezarán con la palabra *Considerando*, de cada uno de los puntos de derecho fijados en los mismos escritos, dando las razones y fundamentos legales que estime procedentes, y citando las leyes o doctrinas que considere aplicables».

El modelo de motivación configurado en el artículo 333, no parece que fuera comprendido por la mayoría de la doctrina, y, menos aún, observado en la práctica.

En el primer aspecto, MANRESA entendía que el tema de los resultandos debían ser los hechos fijados en los escritos de réplica y dúplica y en los de ampliación, aunque -no obstante pensar el autor que reflejar lo indicado en primer lugar era lo que correspondía al espíritu de la ley- también debían exponerse las pruebas practicadas<sup>72</sup>. VICENTE Y CARAVANTES mantenía parecida opinión<sup>73</sup>. Para ARRIETA, «objeto..., de los resultandos, la exposición desnuda y fiel de la parte importante del proceso, extraña a toda apreciación y a toda intervención, por así decirlo, de la inteligencia del juez; objeto de los considerandos, la aplicación de la reflexión y del juicio de este para apreciar debidamente las pretensiones, y, en su caso, las pruebas de las partes, y para decidir aquellas con arreglo a las leyes que les sean aplicables»<sup>74</sup>. A todos estos autores escapa la diferencia que hay entre consignar los hechos alegados por las partes y exponer lo que resulte respecto de aquellos hechos. Mejor intérprete del artículo 333, par. 2, regla 2.<sup>a</sup>, es ORTIZ DE ZÚÑIGA cuando dice: «...debe contener dos partes esenciales el razonamiento que precede a todo fallo; una es la exposición de los hechos que aparecen justificados, tales como conciba el

---

pueden llegar a conocimiento de las partes, puesto que a estas no les es dado penetrar las opiniones jurídicas del tribunal... ".

<sup>72</sup> MANRESA, MIQUEL, REUS, *Ley de enjuiciamiento...*, II, cit., pág. 437.

<sup>73</sup> VICENTE Y CARAVANTES, *Tratado...*, II, cit., pág. 294.

<sup>74</sup> ARRIETA, Laureano de, *Observaciones acerca de la exposición de motivos en las sentencias judiciales y sobre otras cuestiones con ella relacionadas*, en RGLJ, 1867, tomo 30, pág. 106.

juzgador, con un juicio crítico, recto e imparcial; y otra la aplicación del derecho a los hechos que la conciencia jurídica tiene por indubitados»<sup>75</sup>.

La motivación de las sentencias adolecía, en la práctica, de graves imperfecciones, apuntadas por ORTIZ DE ZÚÑIGA y ARRIETA. En unos casos, se hacía una relación prolija de todo el proceso, exponiendo en los resultandos un resumen de todas las actuaciones<sup>76</sup>. En otros, se exponían los trámites seguidos en el proceso y las peticiones formuladas por las partes, sin aludir al resultado de la prueba<sup>77</sup>. Era también frecuente la confusión entre las cuestiones fácticas y las jurídicas y la falta de claridad, en las sentencias de segunda instancia, sobre los hechos que habían resultado probados<sup>78</sup>.

Hay que partir de esta base, es decir, de los defectos que tenía en la práctica la motivación de las sentencias, para explicarse el fracaso de una norma que tenía la finalidad de agilizar el recurso de casación por infracción de ley: la de remitir únicamente al Tribunal Supremo la certificación de la sentencia impugnada.

La regulación del recurso de casación de la Ley de Enjuiciamiento civil de 1855, dio lugar a que el Tribunal Supremo no pudiera resolver en un plazo razonable los recursos que se interponían, lo que ocasionaba una acumulación, en progresivo aumento, de recursos pendientes. Como denunciaba el Fiscal del Tribunal Supremo: «La confusión que de uno y otro (casación y tercera instancia) se ha hecho en la Ley de Enjuiciamiento civil, reputándolos uno mismo o por lo menos de igual naturaleza, es precisamente la causa del mal que se lamenta»<sup>79</sup>. La Comisión de Codificación consideró que una de las modificaciones que contribuirían a reducir el recurso de casación -siempre por infracción de ley- a sus exactos límites, sería la de que no se remitieran los autos al Tribunal Supremo (artículo 1.033, de la Ley de Enjuiciamiento civil de 1855), sino el testimonio de la sentencia<sup>80</sup>.

En definitiva aquella modificación se produjo en el artículo 13 de la Ley provisional sobre reforma de la casación civil de 18 de junio de 1870:

«El que intentare interponer recurso de casación por infracción de ley o de doctrina legal, solicitará..., un testimonio de ésta (sentencia) y de la de primera instancia si en la segunda hubiesen sido aceptados y no reproducidos textualmente todos los resultandos y considerandos».

---

<sup>75</sup> VICENTE Y CARAVANTES J., *Tratado...*, II, cit., pág. 294.

<sup>76</sup> ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Fundamentación...*, cit., pág. 118.

<sup>77</sup> ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Fundamentación...*, cit., pág. 118.

<sup>78</sup> ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Fundamentación...*, cit., págs. 120-121; ARRIETA, *Observaciones...*, cit., págs. 106-109.

<sup>79</sup> SEIJAS, *Dictamen fiscal...*, cit., págs. 340-341.

<sup>80</sup> CÁRDENAS, F. de, *Memoria histórica de los trabajos de la Comisión de codificación*, en RGLJ, 1871, tomo 38, pág. 83: "...como su fallo ha de recaer precisamente sobre una cuestión de derecho, lo que debe juzgar en la sentencia es solo la parte de ella en que se aplica alguna ley, puesto que los hechos consignados en la misma dejaron de ser discutibles desde que tuvieron fuerza ejecutoria... ¿ Para qué habían, por lo tanto, de venir los autos? ¿De qué servirían como no fuese de peligrosa ocasión para que los litigantes y aun sus jueces se extraviarían..., en cuestiones extrañas al punto admitido a controversia,... ?".

En la exposición a las Cortes que precedía al proyecto de aquella ley, presentado el 15 de diciembre de 1869<sup>81</sup>, se manifestaba claramente la finalidad de la nueva normativa: «...basta con la sentencia para que el Supremo, que no tiene jurisdicción para alterar la apreciación de los hechos, debiendo atenerse a su calificación hecha por la Audiencia, pronuncie el fallo declarando la casación o rechazándola. Así se libra también de la tentación vehemente de casar, no por razones de nulidad, sino de injusticia cuando la encuentra al paso...».

Cuando solo era un proyecto el texto que contenía esta disposición, ya advirtió ORTIZ DE ZÚÑIGA: «El pensamiento es utilísimo..., pero más de una vez hemos reflexionado, que sería de imposible realización, si las sentencias hubieran de redactarse del modo que vemos, no todas ciertamente, pero sí algunas de las que se llevan al examen y revisión suprema de dicho Tribunal. Sin que se corrija este defecto, que desgraciadamente se observa algunas veces, creemos no sólo muy difícil, sino hasta imposible, que pueda fallarse con acierto un recurso de esta clase, sin tener a la vista el proceso»<sup>82</sup>.

En la discusión del proyecto de ley de autorización para promulgar como leyes provisionales una serie de proyectos, entre ellos el de reforma de la casación civil, se produjeron dos intervenciones contra la innovación a la que nos referimos. ORTIZ DE ZÁRATE indicó: «Sabido es... lo que es una sentencia, que por ella nadie puede juzgar de si es justo o no el fallo», existe «necesidad de que al testimonio o copia de la sentencia acompañen los antecedentes para juzgar con pleno conocimiento si aquella es ajustada a ley»<sup>83</sup>. En la intervención de VINADER, aparte de insistirse en que la práctica revela la insuficiencia de la sentencia para defender y decidir un recurso de casación, se presentan ejemplos concretos de los defectos de la motivación bajo esta perspectiva: «...puede ocurrir el caso de que se interponga un recurso de casación contra una sentencia por la razón de que no es conforme la sentencia con la demanda... El Tribunal Supremo leerá la sentencia, en la cual, tal vez por malicia, que esto también puede suceder; tal vez por descuido, que esto puede ser frecuente, la Audiencia no ha presentado la demanda entre los hechos... ¿qué importa que el abogado diga que la sentencia no es conforme con la demanda? Si el Tribunal Supremo no la conoce y el abogado no tiene medio de traerla a los autos». «Hay más: en muchísimas ocasiones la parte ha confesado, y la Audiencia puede haber omitido en la sentencia esta importantísima circunstancia»<sup>84</sup>. La falta, pues, de determinados datos en la motivación de la sentencia podía, en algunos casos, hacer imposible la decisión del recurso de casación.

No es extraño, pues, que en la ley de casación civil de 22 de abril de 1878, desapareciera aquella disposición. Según el texto del artículo 16 aprobado por el Congreso, debía remitirse al Tribunal Supremo, además de la certificación de la sentencia, el apuntamiento de los autos<sup>85</sup>. Admitido el recurso, y para decidir sobre su estimación, las partes podían solicitar y la Sala acordar el desglose y remisión de documentos y certificaciones de cualquier diligencia de prueba, cuando el

---

<sup>81</sup> *Diario de las sesiones de las cortes constituyentes*, 1869-1871, apéndice 2.º al número 185.

<sup>82</sup> ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Fundamentación...*, cit., pág. 121.

<sup>83</sup> *Diario de las sesiones...*, 1869-1871, n.º 282, pág. 8.024.

<sup>84</sup> *Diario de las sesiones...*, 1869-1871, n.º 283, pág. 8.057.

<sup>85</sup> *Diario de sesiones del Congreso*, 1878, II, sesión de 19 de marzo de 1878, págs. 489, 492.

apuntamiento y la sentencia fueran insuficientes para apreciar con exactitud su valor y sentido, y de cuya inteligencia pudiera depender la decisión del recurso<sup>86</sup>. SILVELA advirtió, en la discusión del primero de los artículos, que la reforma era contraria a los principios de la casación, pues la decisión del recurso debería basarse exclusivamente en la comparación entre dos partes de la sentencia<sup>87</sup>, aunque acababa por reconocer su necesidad...«ya que no se había hecho la reforma necesaria, indispensable, en la redacción de las sentencias»...<sup>88</sup>.

La forma de motivar las sentencias establecida en el artículo 372 de la Ley de Enjuiciamiento civil vigente, supone, en cuanto al contenido de los resultandos, un parcial avance y un también parcial retroceso respecto a lo que disponía el artículo 333 de la Ley de Enjuiciamiento civil de 1855. El avance consiste en la disposición de que se consiguen las pretensiones de las partes, lo que resulta necesario para comprobar la congruencia sin tener a la vista la demanda. El retroceso es, sin embargo, de mayor magnitud: así como en el artículo 333, par. 2, 2.a de la Ley de Enjuiciamiento civil de 1855, se disponía que debía expresarse lo que resultara acerca de los hechos alegados, el artículo 372, 2.0, par, 1, de la Ley de Enjuiciamiento civil vigente dispone que se consignen los propios hechos alegados. Legalmente no se dispone, por extraño que parezca, la expresión en las sentencias del resultado de las pruebas practicadas respecto a los hechos alegados. La Circular de la Presidencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1927, que dispone que «no se prescindirá de recoger también sucinta pero explícita exposición de la resultancia de la prueba practicada», es algo más que una interpretación del artículo 372, correctora de una viciosa práctica, es la integración de una inexplicable laguna<sup>89</sup>.

---

<sup>86</sup> Texto, aprobado por el Congreso, del artículo 40 que incluía una enmienda de GROIRZARD y otros; *Diario de las sesiones...*, 1878, II, sesión de 20 de marzo de 1878, pág. 514.

<sup>87</sup> *Diario de las sesiones...*, 1878, II, sesión de 19 de marzo de 1878, página 485.

<sup>88</sup> *Diario de las sesiones...*, 1878, II, sesión de 19 de marzo de 1878. página 486.

<sup>89</sup> Integración que, con menor autoridad, ya proponía MANRESA, en la primera edición de los *Comentarios* a la nueva Ley de Enjuiciamiento civil. En II, pág. 139 decía: "Y como no basta alegar los hechos, sino que es necesario probarlos, pues de otro modo no pueden servir de fundamento a las pretensiones, será preciso expresar *también* lo que resulte de los documentos presentados y demás pruebas aducidas por las partes..."



10. EL ESTABLECIMIENTO DEL RECURSO DE CASACIÓN EN MATERIA PENAL Y LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA:

**A) preliminares**

Así como en las leyes reguladoras de la casación civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente, no se intentó introducir modificaciones en la forma de motivar la sentencia, para que el documento que la contiene fuera suficiente para decidir el recurso de casación por infracción de ley, las reformas que se produjeron en la forma de motivación de las sentencias penales, tuvieron aquella finalidad.

La forma de la sentencia penal y, en particular, el «resultando de hechos probados», fueron establecidos en función de la introducción, en el proceso penal, del recurso de casación.

Antes de demostrar estas afirmaciones, debemos hacernos cargo de otras dos hipótesis sobre la razón de ser de los «hechos probados».

**11. B) «Hechos probados» e intervención de jurado**

Partiendo de la base de que la declaración de hechos probados es un punto de coincidencia entre las formas de la sentencia penal y la laboral<sup>90</sup>, cabría pensar que ello se debe a una causa común.

Esa causa común sería la intervención del Jurado en algunas regulaciones históricas de estos procesos<sup>91</sup>, de la cual derivaría la conveniencia de establecer una forma de la sentencia, uno de cuyos apartados fuera susceptible de ser integrado, indistintamente, por el veredicto del Jurado o por el resultado de la apreciación de la prueba realizada por el Juez técnico, cuando, por cualquier razón, el Jurado no hubiera intervenido. La declaración de hechos probados tendría, en tal caso, la función de sustituir al veredicto.

Para que ello fuera así, debería existir una equivalencia entre veredicto y declaración de hechos probados, en el sentido de que una misma fuera la cuestión que aquellos decidían: la cuestión de hecho.

Existía, sin duda, esa equivalencia en lo que se refiere a la sentencia del proceso laboral. El artículo 468 del Código del Trabajo disponía que las preguntas se refirieran a los hechos alegados por las partes y a las pruebas practicadas, «cuidando de omitir toda apreciación, calificación o denominación jurídica...». Los jurados debían decidir, exclusivamente, sobre las cuestiones de hecho<sup>92</sup>. La declaración de hechos probados aparece, entonces, sustituyendo al veredicto, cuándo, por no estar constituido el Tribunal industrial o no haberse reunido sus miembros en segunda convocatoria, juzgaba el juez de primera instancia: «De los artículos respectivos se consideran suprimidos los conceptos relativos al veredicto, y el Juez de primera instancia,

---

<sup>90</sup> Véase artículo 89, 2 de la LPL.

<sup>91</sup> Respecto al proceso laboral, hay que precisar que los Tribunales industriales en la Ley de 19 de mayo de 1908, no eran tribunales de jurados, sino de escabinos; véase MONTERO AROCA, J., *Los tribunales de trabajo (1908-1938) Jurisdicciones especiales y movimiento obrero*, Valencia, 1976, pág. 46.

<sup>92</sup> MONTERO, *Los tribunales...*, cit., pág. 58.

apreciando los elementos de convicción en los Resultandos de la sentencia, declarará los hechos que estime probados» (artículo 464, 2 a, Código del Trabajo). Disposiciones prácticamente iguales, e incluso más estrictas en orden a limitar la intervención del Jurado a la decisión de las cuestiones de hecho, se encuentran en los artículos 49, par. 9 y 60, par. 4 de la Ley de Jurados Mixtos de 27 de noviembre de 1931<sup>93</sup>.

Entre el contenido de la declaración de hechos probados y el veredicto del Jurado -en su regulación por la Ley provisional de enjuiciamiento criminal de 1872-, no existía, sin embargo, aquella equivalencia. La lectura de la fórmula de las preguntas que debían dirigirse al Jurado (artículo 750 de la Ley de Enjuiciamiento criminal de 1872), revela inmediatamente que éste no se limitaba a decidir sobre la cuestión de hecho, apreciando las pruebas, sino que calificaba jurídicamente los hechos. Como decía SANTARÉN, «las preguntas que según este artículo se han de dirigir a los Jurados encierran todo un programa de Derecho penal»<sup>94</sup>.

De ese modo, el veredicto del Jurado no sólo sustituía a la declaración de hechos probados, sino también a la calificación legal de los mismos. Si el contenido de los considerandos consistiera únicamente en afirmar que, dados los hechos, el supuesto de un determinado artículo del Código Penal se ha realizado, cuando hubiera intervenido el Jurado, se hubiera podido prescindir de los considerandos en la sentencia. Sin embargo, los considerandos no desaparecen, aunque quedan limitados a fundamentar la apreciación jurídica del Jurado<sup>95</sup>.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, no parece que la razón de ser de los hechos probados en la sentencia penal haya sido la de sustituir el veredicto del Jurado, en los casos de no intervención de éste.

Existe un segundo dato que lo demuestra, tal vez con mayor claridad: el hecho de haberse introducido la declaración de hechos probados con dos años de anterioridad (18 de junio de 1870) al establecimiento del Jurado en el enjuiciamiento criminal. Ello prueba que no fue esa la finalidad que se perseguía con determinar que en las sentencias penales se hiciera declaración de hechos probados.

---

<sup>93</sup> MONTERO, *Los tribunales...*, cit., pág. 157.

<sup>94</sup> SANTARÉN, N., *Observaciones acerca del Jurado*, en RGLJ, 1873, tomo 43, pág. 390. Esta fórmula de las preguntas que convertía a los jurados en jueces de derecho, fue criticada: véase, además del anterior, GÓMEZ RODRÍGUEZ, T., *El jurado. Observaciones al título cuarto y quinto de la Ley provisional de enjuiciamiento criminal*, en RGLJ, cit., págs. 147-148, 324-326. En la Ley del Jurado de 20 de abril de 1888 se opera un cambio muy notable en el modo de formular las preguntas: de su artículo 76 se deduce que estaban ceñidas a cuestiones estrictamente fácticas.

<sup>95</sup> Aún se dice en el artículo 88, 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872: "...los fundamentos legales para la aplicación de las leyes a los hechos que el Jurado hubiera declarado probados" cuando es lo cierto que si en esa calificación jurídica, el Tribunal de Derecho se apartaba del veredicto y dictaba una absolución, una condena o imponía una pena distinta a la que de aquél se deducía, se incurría en infracción de ley (art. 806, 2.º y 3.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal 1872).

## 12. C) «Hechos probados» y apreciación en conciencia de la prueba

Se ha intentado ver la justificación de la declaración de hechos probados en la vigencia del principio de libre apreciación de las pruebas. En tal sentido indican PRIETO-CASTRO y GUTIÉRREZ DE CABIEDES: «Esta fórmula se enlaza con el precepto del artículo 741, que no exige ninguna motivación de la convicción por el tribunal adquirida como efecto (principal) de las pruebas practicadas...»<sup>96</sup>.

La explicación sería válida en abstracto, aunque solo en un sentido, si no hay que exponer los razonamientos que han llevado a concluir que determinados hechos están probados, la cuestión de hecho ha de ser expresada en la sentencia, cuando menos mediante la declaración del resultado de aquellos razonamientos<sup>97</sup>.

Sin embargo, tampoco ésta es la explicación histórica del «resultando de hechos probados» en la sentencia penal. Mientras que la disposición del actual artículo 741 aparece en el artículo 653 de la Ley de Enjuiciamiento criminal de 1872, el «resultando de hechos probados» se establece en la Ley de 18 de junio de 1970.

Pero no es solo esto: en la misma Ley de 1870, se regula la apreciación de las pruebas de modo distinto al artículo 653 -Ley de Enjuiciamiento criminal de 1872- y 741 -Ley de Enjuiciamiento criminal vigente-. En su artículo 12 dispone que las pruebas serán apreciadas por las reglas del criterio racional y en el párrafo 2.º del mismo artículo se determinan incluso los requisitos de la formación de las presunciones. Esta disposición sobre apreciación de las pruebas hubiera podido inducir, más que las expresiones equívocas de los artículos 653 y 741 citados<sup>98</sup>, a que, al regular la forma de la sentencia en su artículo 13, se ordenara expresar el *iter* formativo de la convicción. No obstante, no se estableció que se manifestaran las razones de la convicción, sino solo el resultado al que se, había llegado tras la apreciación de las pruebas.

## 13. D) «Hechos probados» y delimitación de la parte de la sentencia que no es revisable en casación

La verdadera razón de ser histórica de la declaración de hechos probados en la sentencia penal es el delimitar, en el documento de la sentencia, aquella parte de la misma que no es susceptible de ser revisada en casación. Ello está sobradamente demostrado no sólo porque el recurso de casación y aquel requisito de la sentencia penal se introducen en nuestro Derecho simultáneamente, sino también por los antecedentes legislativos.

La Ley de 18 de junio de 1870 autorizaba al Gobierno a publicar como leyes provisionales una serie de proyectos que aquél había presentado. Por esta vía se

---

<sup>96</sup> PRIETO-CASTRO, L., GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *Derecho procesal penal*, Madrid, 1976, pág. 325.

<sup>97</sup> Lo inverso no podría afirmarse: la expresión de los motivos de convicción y de aquello de lo que el órgano jurisdiccional está convencido, pueden coexistir en la sentencia, como sucede en la laboral.

<sup>98</sup> GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho procesal penal*, Madrid, 1975, pág. 259, la considera equívoca porque lleva a pensar que la apreciación de las pruebas es una operación secreta de la que no hay que dar cuenta, mientras que el principio de libre apreciación no implica que los criterios de razón empleados no deban pasar a la motivación de la sentencia.



promulgaron la Ley provisional sobre el establecimiento del recurso de casación en los juicios criminales y, al mismo tiempo, la Ley provisional sobre reformas en el procedimiento para plantear el recurso de casación en los juicios criminales<sup>99</sup>. El título de la segunda es bastante expresivo de la finalidad de las disposiciones que incluía. Esta es la parte del texto que nos interesa de su artículo 13.

«Las sentencias se redactarán consignando en párrafos separados y numerados, que deberán empezar con la palabra resultando, los hechos que consten del proceso y sus circunstancias, y *declarando los que resulten probados*.

En párrafos también numerados, que principiarán con la palabra considerando, se consignarán los fundamentos de la apreciación legal de los hechos que se consideren probados».

La justificación del artículo figura en la exposición a las Cortes que precedía a este proyecto:

«La introducción de la casación hace necesarias algunas alteraciones en el modo de redactar la sentencia, para que puedan mejor decidirse y repararse los recursos, marcando la parte del fallo sobre que se interponen, y evitando que se desnaturalicen, convirtiéndose en una instancia ordinaria»<sup>100</sup>.

Aunque la elevación a norma del texto del artículo 13 tenga lugar en 1870, su origen y la idea que lo inspira son muy anteriores.

La primera formulación del mismo se encuentra en las «Disposiciones generales» del proyecto de Ley de Enjuiciamiento criminal, elaborado por la Comisión de Codificación en 1856, por encargo del Ministerio de Gracia y Justicia SEIJAS LOZANO. Aunque el texto de esta parte del proyecto no figura en los apéndices de la Memoria histórica, CÁRDENAS nos da cumplida cuenta del mismo: «Para preparar y facilitar en su caso el recurso de casación las sentencias definitivas habían de dividirse en dos partes: en la primera se consignaría el resultado de la causa con la declaración de la existencia del hecho penable, sus circunstancias y la participación que en él hubiera tenido cada uno de los acusados; y en la segunda, con exposición de las razones correspondientes, se declarararía el delito que, según la ley, constituyese el hecho afirmado en la primera parte, se haría la calificación legal que en el mismo hecho hubiera tenido cada uno de los procesados, y se señalaría la pena que a cada cual de estos correspondiera, según el artículo del Código que hubieran infringido. De este modo no se confundiría nunca la parte de la sentencia que podía ser impugnada como punto de derecho en el recurso de casación, con la que era firme e irrevocable como punto de hecho. En cuanto a la primera parte cabría error, pero nunca interpretación equivocada de la ley, puesto que ninguna tendría aplicación en ella; en la segunda es en la que podría falsearse la ley...»<sup>101</sup>.

Sin duda, la Comisión tenía muy presente el problema que estaba planteado en el Tribunal Supremo con el progresivo aumento de los recursos de casación en materia civil pendientes de resolución, y extremó las cautelas para que la introducción de la

---

<sup>99</sup> Los textos pueden verse en ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., *Práctica general forense*, II, Madrid, 1870, págs. 165-186.

<sup>100</sup> *Diario de las sesiones de las Cortes constituyentes*, 1869-1871, apéndice 7.º al n.º 185, sesión de 17 de diciembre de 1869.

<sup>101</sup> CÁRDENAS, *Memoria histórica...*, cit., en RGLJ, 1871, tomo 38, pág. 19.

casación en materia penal, no contribuyera a agravar la situación. Ciertamente, al llevar a la misma topografía del documento de la sentencia la distinción entre hechos y derecho, se eliminaba el riesgo de desnaturalización del recurso.

Desde aquel primer proyecto de 1853, la disposición modificadora de la forma de la sentencia para incluir en la misma la declaración de hechos probados, figurará en todos los proyectos para el establecimiento de la casación penal redactados por la Comisión: en el proyecto que presentó en mayo de 1863<sup>102</sup>, y en uno de los que desarrollaban la Ley de bases de 11 de abril de 1868<sup>103</sup>. El artículo 12 de este último proyecto es el que pasó a ser el 13 de la Ley de 18 de junio de 1870.

#### 14. CONCLUSIONES

En el establecimiento del deber de motivación de las sentencias, durante el siglo XIX, influyeron razones de naturaleza política y razones de carácter técnico-procesal.

No cabe despreciar, entre las primeras, aquella que considera que un régimen liberal es más propicio que uno autoritario, a que los actos de los órganos del Estado no sean puro mandato, sino mandato racionalmente justificado. Pero mucho más decisiva fue la razón de conseguir, a través de la motivación, un testimonio público de la aplicación del Derecho vigente, tanto más conveniente en cuanto que este Derecho era de nueva implantación y suponía una cierta ruptura con el ordenamiento jurídico antiguo.

La razón técnica fundamental, fue la de hacer viables impugnaciones de corte casacional, contra sentencias en las que se hubiera cometido infracción de ley.

La declaración de hechos probados en la sentencia penal, se introdujo para deslindar la parte de la sentencia no susceptible de ser revisada en casación.

---

<sup>102</sup> CÁRDENAS, *Memoria histórica...*, cit., págs. 88-89.

<sup>103</sup> CÁRDENAS, *Memoria histórica...*, cit., págs. 142-143. *Apéndice XIV* de la *Memoria histórica...*, cit., en RGLJ, 1872, tomo 40, págs. 133-136.

## ASOCIACIÓN Y SINDICACIÓN DE JUECES<sup>(\*)</sup>

MANUEL ORTELLS RAMOS  
Profesor Adjunto interino de Derecho Procesal  
Universidad de Valencia

En el último trimestre del pasado año, saltaban a las páginas de los periódicos las primeras manifestaciones del proceso de formación de asociaciones judiciales. No hay que olvidar, sin embargo, que este proceso recibe su impulso de un movimiento bastante anterior: Justicia Democrática. El cambio de las condiciones políticas empieza a permitir, no sin obstáculos -como se verá-, que nuestra judicatura se incorpore a un movimiento que ya tiene tradición en los países europeos.

Los intentos de constitución de asociaciones judiciales son, desde un punto de vista relativo, manifestaciones de un cambio tan radical que la resistencia frente a ellos se ha planeado inmediatamente. Contra la solicitud de inscripción del SAJC (Sindicato de la Administración de Justicia de Cataluña), el Ministerio Fiscal presentaba demanda en oposición; ignoro -y sin duda, el dato sería significativo- de que instancias provenían las instrucciones a las que se ajustó el Ministerio Fiscal, porque, como es sabido, este no determina autónomicamente su actuación, sino que se integra en una estructura jerárquica en cuya cumbre se halla el Gobierno.

### ANTECEDENTES DEL MOVIMIENTO ASOCIATIVO

Los antecedentes del asociacionismo judicial en nuestro país, son escasos. Se requeriría un estudio profundo para explicar si ello se debe a una determinada concepción ideológica, imperante en la magistratura, respecto a las exigencias del principio de independencia o, por el contrario, al escaso vigor con el que los jueces se enfrentaron a los obstáculos puestos por el Ejecutivo a la formación de asociaciones judiciales.

Sin duda, el intento más importante tiene lugar en los años 1923-24, con la creación de Unión Judicial. Surge Unión Judicial, según manifestación de sus fundadores, para defender los intereses de la carrera judicial. Constituía una reacción contra el bajo nivel cultural y técnico de los miembros de la judicatura, contra deficientísimas condiciones materiales para el desarrollo de su función y las bajas remuneraciones. La asociación tenía un matiz sindicalista, manteniéndose en ella una caja de resistencia para hacer frente al pago de haberes al sancionado con suspensión de empleo y sueldo. La Unión no tuvo amplia implantación entre la judicatura, que, al parecer, la considero como un movimiento de élites (AGUILAR, A., De la Administración de Justicia, en

---

<sup>(\*)</sup> Publicado en *Argumentos*, Año 2, N° 8, enero 1978, pp. 45-47.

Revista de Derecho Privado, 1926, p. 362). La Junta Organizadora del Poder Judicial, creada por el Directorio Militar, acabó con ella.

Efímera existencia tuvieron también las Hermandades Judiciales, creadas durante la República, a las que se enfrentó decididamente Elola, Fiscal del Tribunal Supremo.

Durante el franquismo, si dejamos la constitución y funcionamiento clandestino de Justicia Democrática, se registró algún intento individual que, por lo demás, no trascendió de la simple propuesta. El magistrado CABEZA MIRAVALLÉS, desde las páginas de la Revista de Derecho Judicial (enero-marzo, 1963, pp. 115-137), propugnaba la constitución de una asociación de jueces con finalidad de defensa de los intereses socioeconómicos de los miembros de la carrera, pero también de la integridad de la función judicial que les está atribuida. De los datos de un reciente estudio sociológico sobre la judicatura española (TOHARIA, José-Juan, *El juez español*, Madrid, 1975, pp. 87-88), se deduce que la mayoría de los jueces españoles son favorables a la creación de una asociación judicial.

#### OBJETIVOS DE LAS ASOCIACIONES JUDICIALES

El estado actual de la cuestión del asociacionismo de los jueces arranca de las conclusiones del primer Congreso Nacional de Justicia Democrática. En la discusión de la 2ª ponencia ("El futuro de Justicia Democrática"), ya se plantearon las diversas alternativas existentes respecto a la forma organizativa y objetivos de las asociaciones judiciales. Las posibilidades, desde el punto de vista de Justicia Democrática, eran tres: su continuación, con la estructura y objetivos originarios; su extinción para convertirse en sindicato y su permanencia unida a la promoción de un sindicato al servicio de objetivos diferentes a los de la organización Justicia Democrática. Se optó por la tercera posibilidad. Sin embargo, de hecho, Justicia Democrática ha sido desbordada y la constitución del SAJC, de un sindicato de la Administración de Justicia de Baleares y de otros sindicatos similares en otras regiones del país, se ha producido fuera de la órbita de J.D. y, en ocasiones, en abierta contradicción con los acuerdos de su primer Congreso.

Sindicato con fines reivindicativos y de defensa de los intereses socioeconómicos de sus miembros o asociaciones con objetivos distintos y más amplios: entre estas dos opciones o, tal vez, por ambas al mismo tiempo, deberán elegir los jueces.

El juez, al tiempo que titular de la potestad jurisdiccional, es funcionario del Estado. Las reivindicaciones de los jueces en cuanto funcionarios, que constituirían los objetivos de un sindicato al modo clásico, en poco podrían diferir de los fines propios de cualquier sindicato de funcionarios. La cuestión de las remuneraciones, de los ascensos -aunque el régimen de estos puede afectar al principio de independencia-, de la unificación de los diversos cuerpos de jueces, etc., entrarían en su campo de acción. Es posible que alguna asociación asuma estos objetivos estrictos.

Pero si atendemos a los primeros datos de este movimiento asociativo, se comprueba que aquellos objetivos se han considerado excesivamente estrechos y que junto a ellos se han propuesto otros que involucran el otro aspecto de la condición de juez al que nos referíamos.

Justicia Democrática ha entendido que un sindicato no satisface todas las aspiraciones que la asociación se propuso, de ahí que, en su primer Congreso, se acordara su mantenimiento con el objetivo de reivindicar y defender un Poder Judicial independiente y adecuado -en sus medios, organización y funcionamiento- a las exigencias de una sociedad Democrática.

También en los Estatutos del SAJC, junto a la defensa de los intereses profesionales, aparecen como fines generales del Sindicato la defensa de la independencia de los órganos jurisdiccionales en el ejercicio de su función, la exigencia de los medios adecuados para una prestación más perfecta y eficaz de la actividad jurisdiccional y la promoción de reformas legales en la organización judicial, el proceso y aquellos sectores del ordenamiento jurídico en que sea preciso afirmar y garantizar los derechos humanos.

Por otra parte, FERNÁNDEZ VIAGAS ha propuesto un programa para una asociación judicial que excluye la defensa de los intereses profesionales, y comprende desde la promoción de reformas orgánicas y procesales, hasta el compromiso de sus miembros en el proceso de consecución de las libertades reales y la democracia económica (¿Que as la Justicia Democrática?, Barcelona, 1977, pp. 75-77). Aunque el conocido miembro de Justicia Democrática lo califica de "programa mínimo", pienso que, con la progresiva consolidación de la democracia, algunos de sus objetivos resultan excesivos para una asociación judicial.

Hay que concluir, en definitiva, que las asociaciones judiciales en nuestro país, como por otra parte ha sucedido en Italia y Francia, van a ser algo más o algo distinto a un sindicato.

#### SOBRE LA LEGALIDAD DE LAS ASOCIACIONES JUDICIALES

La legalidad de las asociaciones de jueces constituye, por el momento, un problema importante. No existe, en el Derecho vigente, una regulación específica del derecho de asociación sindical de funcionarios públicos (Decreto 1522/77, de 17 de junio) no resulta aplicable, sin forzar su alcance, a los funcionarios judiciales. Los jueces siempre han tenido un estatuto funcional propio y no han sido considerados como funcionarios al servicio de la Administración civil del Estado. De ahí no puede, sin embargo, deducirse que la sindicación de los jueces no sea posible en el momento actual, aunque, de cara al futuro, sea conveniente una regulación expresa que tenga en cuenta las peculiaridades que concurren.

Hoy por hoy, debe partirse de la base de que el derecho a asociarse y, específicamente, a sindicarse, es un derecho fundamental, reconocido en Convenios internacionales que ya están en vigor en nuestro país. La falta de regulación legal expresa no puede constituir un obstáculo al ejercicio de ese derecho, porque ello supondría negarlo en el plano práctico. Es cierto, por otra

parte, que esos Convenio internacionales prevén la posibilidad de someter a restricciones el derecho de asociación de determinadas personas (miembros de las Fuerzas Armadas, de la Policía y de la Administración); el problema radica en determinar si en el derecho interno existen limitaciones o prohibiciones respecto a la asociación de jueces y magistrados. La conclusión es, según me parece, negativa.

Ni la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), ni el Reglamento Orgánico de la Carrera Judicial y Magistrados del Tribunal Supremo, contiene normas que, explícita o implícitamente, prohíban a los jueces y magistrados a constituir o a afiliarse a asociaciones, con excepción de aquellas con finalidad política en sentido estricto. La única prohibición formal existente deriva de una disposición administrativa que, a mi modo de ver, es ilegal y nula: la Real Orden del Ministerio de Gracia y Justicia de 20 de mayo de 1915. Establece dicha Real Orden: "...en el espíritu de estos preceptos (arts. 3, 4 V 7 LOPJ) va implícitamente contenida la prohibición de que los expresados funcionarios puedan formar entre sí Asociaciones de carácter temporal o permanente ni aun con fin exclusivamente benéfico, sin haber obtenido previa mente previamente la autorización de este Ministerio". Se trata de una disposición aberrante desde el punto de vista jurídico. Si pretende ser una interpretación de los artículos de la LOPJ, carece de todo valor porque la potestad de aplicar las leyes interpretándolas previamente- corresponde a los Tribunales y no al Ministerio de Justicia (art. 2, LOPJ). Si pretende introducir una innovación en la Legislación orgánica de Tribunales, prohibiendo algo que la LOPJ no prohíba, es ilegal y nula por violar el principio de jerarquía normativa y específicamente, el art. 6 de la LOPJ.

Lo que resulta definitivo es que se afirme que el ejercicio del derecho de asociación queda subordinado a la autorización del Ministerio. Una de dos: o los jueces tienen legalmente prohibido el asociarse, V en tal caso el Ministerio no 10 puede autorizar; o legalmente está permitido que los jueces se asocien, V entonces el Ministerio no lo puede prohibir.

Debe tenerse en cuenta, además, que poco después de que se dictara esta Real Orden, se remitió al Congreso un proyecto de Ley de Bases para la reforma de las leyes orgánicas de los Tribunales, que contenía la expresa prohibición de las asociaciones de jueces. Al parecer, el Poder Ejecutivo tomó conciencia de haber utilizado un procedimiento poco correcto para introducir en el ordenamiento jurídico aquella prohibición. Aquel proyecto no llegó a ser ley, y, con posterioridad, no han sido prohibidas por una norma jurídicamente válida las asociaciones de jueces. Nada impide, en nuestro Derecho positivo, que se constituyan esas asociaciones.



## ASOCIACIONES JUDICIALES E INDEPENDENCIA DE LOS JUECES

Las asociaciones judiciales deben constituirse de modo que la independencia de sus miembros en el desempeño de la función jurisdiccional quede garantizada V deben fijar sus objetivos, conscientes de que, en una sociedad Democrática, no corresponde al Poder Judicial la solución política de los conflictos.

No pensamos que la asociación, por si misma, ponga en peligro la independencia. Más bien creemos que al acabar con el aislamiento del juez V posibilitar el planteamiento de las posibles presiones ante la opinión pública, constituye un instrumento eficaz para la defensa de aquella garantía.

En cuanto a la política que las asociaciones judiciales pueden hacer, debe quedar limitada a la defensa de la integridad del Poder Judicial tal como haya sido configurado por la Constitución. Ha de ser garantizada la libertad de sus miembros frente a imposiciones y recomendaciones sobre el modo de aplicación de la ley. Momento llegará en que tendremos que plantearnos, en profundidad, hasta qué punto la operación de aplicación -no la de creación, respecto a la que no hay dudas- del derecho, tiene componentes ideológicos. La respuesta que se dé podrá conducir, en todo caso, a hacerse cuestión del procedimiento para reclutar al personal jurisdiccional, pera, de ningún modo, a propiciar que los jueces se asocien para llevar su ideología al texto de sus sentencias. Ello supondría reconocerles un instrumento de participación privilegiado y antidemocrático en la realización del Derecho.

**APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE POTESTAD JURISDICCIONAL EN LA  
CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA<sup>(\*)</sup>**

MANUEL ORTELLS RAMOS  
Catedrático de Derecho Procesal  
Universidad de Extremadura (Cáceres)

SUMARIO

1. LA JURISDICCIÓN COMO ACTIVIDAD; EL CONCEPTO DE POTESTAD; LA ESPECIFICACIÓN DE LA POTESTAD JURISDICCIONAL.
2. LA CUALIFICACIÓN DE LA POTESTAD JURISDICCIONAL POR SU FUNCIÓN: A) EN GENERAL SOBRE LA FUNCIÓN DE ACTUAR EL DERECHO OBJETIVO.
3. B) CRÍTICA: LA TUTELA DEL DERECHO SUBJETIVO COMO FUNCIÓN ESPECÍFICA (Y PARCIAL) DE LA POTESTAD JURISDICCIONAL.
4. C) CONSIDERACIÓN DE LAS TEORÍAS DE LA COMPOSICIÓN DEL LITIGIO, SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y SATISFACCIÓN DE PRETENSIONES, DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA CONCEPCIÓN DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL COMO ACTUACIÓN DEL DERECHO OBJETIVO.
5. D) CRÍTICA FUNDAMENTAL: SEGÚN ESTA CONCEPCIÓN FUNCIONAL, LA POTESTAD JURISDICCIONAL COINCIDIRÍA CON ALGUNAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS.
6. CARACTERIZACIÓN DE LA POTESTAD JURISDICCIONAL POR SU EFICACIA DE PRODUCIR COSA JUZGADA.
7. A) CONFIRMACIÓN Y CRÍTICA DEL CRITERIO DE LA COSA JUZGADA.
8. B) CRÍTICA FUNDAMENTAL DEL CRITERIO DE LA COSA JUZGADA: LA POTESTAD JURISDICCIONAL ¿ES LA POTESTAD DE ACTUAR EL DERECHO SÓLO EN ÚLTIMA INSTANCIA?
9. C) ALGUNOS SUPUESTOS PREVISTOS POR LA CONSTITUCIÓN DE ACTUACIÓN DEL DERECHO «AB INITIO» POR ÓRGANOS JURISDICCIONALES.
10. D) LA ACTUACIÓN «AB INITIO» DEL DERECHO POR ÓRGANOS JURISDICCIONALES EN MATERIA PENAL.
11. LA POTESTAD JURISDICCIONAL COMO POTESTAD DE ACTUACIÓN DEL DERECHO POR VÍA DE HETEROTUTELA.
12. A) CONSECUENCIAS: LA ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA A LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DE LA POTESTAD DE ACTUAR EL DERECHO POR VÍA DE HETEROTUTELA Y LA POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DE POTESTADES ATRIBUIDAS A LA ADMINISTRACIÓN EN ALGUNOS SUPUESTOS.
13. B) LA NATURALEZA DE LAS POTESTADES DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL RESPECTO AL PROCESO.

---

<sup>(\*)</sup> Publicado en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, Cáceres, Nº 3 años 1984-1985, pp. 415-458.

Este trabajo constituye una parte, en la que no se ha introducido modificación alguna, de la Memoria presentada por el autor en el concurso-oposición a la Cátedra de Derecho Procesal de la Universidad de Extremadura, celebrado en Madrid, en febrero de 1984.



## 1.- LA JURISDICCIÓN COMO ACTIVIDAD. EL CONCEPTO DE POTESTAD. LA ESPECIFICACIÓN DE LA POTESTAD JURISDICCIONAL

La Jurisdicción no es sólo un conjunto de órganos específicos, sino también la actividad o, por mejor decir, una parte de la actividad que sólo esos órganos pueden realizar.

Efectivamente los órganos jurisdiccionales monopolizan, por disposición constitucional, una cierta actividad, en contraste con otras que pueden realizar si expresamente les son atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho (art. 117-4 CE).

La actividad monopolizada es designada por el art. 117-3 CE como el ejercicio de la potestad jurisdiccional: «El ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales...».

Sin embargo, en el mismo art. 117 CE se utilizan también otras expresiones para referirse a esa actividad. Según el art. 117-1 CE los Jueces y Magistrados administran la justicia. Del art. 117-4 puede deducirse que los Juzgados y Tribunales desempeñan una función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Estas dos últimas expresiones suponen, no obstante, una cualificación incompleta, meramente externa de lo que la CE atribuye en exclusiva a los órganos jurisdiccionales, porque significan sólo lo que los órganos jurisdiccionales pueden hacer pero no la aptitud jurídica de la que los órganos jurisdiccionales están investidos, que constituye el soporte de su actividad y que se ejercita al realizar esa actividad. Como decía gráficamente el profesor FAIREN, criticando el art. 31 de la Ley Orgánica del Estado: «deploramos que... se nos deje de explicar que la clave, el motor de la «función» jurisdiccional se halla en una *potestad* (subrayado del autor) jurídica, que se nos haga contemplar el vehículo en movimiento sin saber por qué se puso en marcha, ni la intensidad del mismo»<sup>1</sup>.

Sí que alude, en cambio, a ese aspecto el art. 117-3 CE al hablar de ejercicio de la potestad jurisdiccional. Los órganos jurisdiccionales no sólo monopolizan una actividad o una función, sino de modo lógicamente previo, la aptitud jurídica para desarrollar una y otra, la cual puede concebirse, en el sistema de las situaciones jurídicas subjetivas, como una potestad.

La utilización del término «potestad» para expresar la aptitud jurídica que legitima el desempeño de la específica función de los órganos jurisdiccionales tiene una gran tradición en nuestro Derecho<sup>2</sup>. El profesor FAIREN se ha ocupado de exponer la conexión entre ese término legislativo y la elaboración dogmática del concepto de potestad<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> FAIREN, *La potestad jurisdiccional*, p. 83, a la que corresponde el párrafo citado. También, del mismo autor, *Algunos conceptos y principios fundamentales*, pp. 11-12. PRIETO-CASTRO, *Tratado*, I, p. 101.

<sup>2</sup> Véase FAIREN, *La potestad jurisdiccional*, passim; *Algunos conceptos y principios fundamentales*, pp. 3-12; MONTERO, *Introducción*, pp. 20-21.

<sup>3</sup> Ob. y lugs. citadas en nota 2.

Al concepto técnico-jurídico de potestad se ha llegado mediante una consideración analítica de las situaciones jurídicas subjetivas comprendidas en el concepto de poder en sentido amplio.

Según SANTI ROMANO «poder en sentido estricto... y derecho subjetivo entrarían en el *commune genus* de los poderes en sentido amplio, atribuidos por el ordenamiento jurídico en orden a bienes o intereses protegidos por él...; pero el primero se desenvolvería en una dirección o aspecto genérico, no tendría objetos singularmente determinados, no se resolvería en pretensiones hacia otros sujetos y, por lo tanto no sería correlativo a obligaciones, mientras que el derecho subjetivo se desenvolvería siempre en una correcta y particular relación jurídica»<sup>4</sup>. Advertía, similarmente, INVREA, que la potestad «no tiene como contenido directo o indirecto el tener el señorío sobre una cosa, sino simplemente el «comando» a una o varias personas»<sup>5</sup>.

Entendió también SANTI ROMANO que era conveniente realizar una ulterior distinción en el seno de los poderes en sentido estricto: «habría que hablar más propiamente de potestades cuando su titular aparece investido de una autoridad, sea ella de derecho público, sea de derecho privado, mientras que cuando falta este elemento de la autoridad y de la consiguiente posición de superioridad o supremacía, se ha usado más frecuentemente la palabra 'poder'»<sup>6</sup>. Esta posición de supremacía explica también que la potestad pueda concebirse como un poder de mando con efectos vinculantes para terceros<sup>7</sup>. Tampoco es extraña a la especificación que hace SANTI ROMANO de la potestad la cualidad que CARNELUTTI estimaba, en *su Teoria generale del Diritto*<sup>8</sup>, diferenciadora de la misma: «Es fundamental la distinción de los poderes según que se ejerciten en interés propio del titular o los ejercite éste por un interés no propio o no exclusivamente propio, es decir por un interés ajeno o por un interés objetivo... Incluso hay que destacar que está relativamente difundida la opinión de que la figura del poder de la potestad sólo se da cuando el poder atañe a un interés al cual permanece extraño el sujeto»<sup>9</sup>.

Con el profesor FAIREN<sup>10</sup> hay que concluir en el acierto de nuestros textos legales históricos -y, ahora, del art. 117-3- CE al designar como potestad, la aptitud jurídica que los órganos jurisdiccionales desarrollan al ejercer jurisdicción, porque, como este profesor indica, el poder de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado «se individualiza dentro de la familia de los mismos por su calidad de 'potestad', de llevar ínsita una fuerza de mando -autoridad- basada en la superioridad de uno de sus elementos -el juez- sobre las partes, por una 'autoridad' que se manifiesta, aún antes del 'juzgar' definitivo -en la sentencia-, en todo lo que supone 'el instruir, el preparar' el juicio, lo cual supone labor juzgadora; y que se reafirma en la ejecución»<sup>11</sup>.

---

<sup>4</sup> SANTI ROMANO, *Poderes, potestades, en Fragmentos de un diccionario jurídico*, Buenos Aires, 1964 (Trad. SENTIS MELENDO), pp. 299-300.

<sup>5</sup> Cit. por FAIREN, *La potestad jurisdiccional*, p. 74.

<sup>6</sup> SANTI ROMANO, *Poderes, en Fragmentos*, p. 332.

<sup>7</sup> FAIREN, *La potestad jurisdiccional*, pp. 74-75.

<sup>8</sup> CARNELUTTI, F., *Teoría generale*, p. 219.

<sup>9</sup> SANTI ROMANO, *Poderes, en Fragmentos*, p. 309.

<sup>10</sup> También MONTERO, *Introducción*, pp. 22-23.

<sup>11</sup> FAIREN, *La potestad jurisdiccional*, pp. 81-84, especialmente la última página.

Sin embargo, conceptualizando como potestad lo que se atribuye constitucionalmente a los órganos jurisdiccionales, sólo se sienta una conclusión -probablemente en el tema sobre el que menores son las divergencias doctrinales- en torno a lo que constituye la atribución exclusiva de los mismos según la Constitución.

Como el mismo profesor FAIREN dice acertadamente: «Está bastante claro que la naturaleza jurídica de la jurisdicción como 'potestad' estatal, no colma la definición del concepto, pues no sólo se trata de una 'potestad' -como no se trataría de un 'poder'- sin definir su función -la expresión 'jurisdiccional'-»<sup>12</sup>. Efectivamente, de potestad se habla acertadamente para designar diferentes situaciones jurídicas subjetivas de Derecho público -potestad legislativa (art. 66-2 CE), potestades administrativas<sup>13</sup>- y de Derecho privado<sup>14</sup>. Solo el concepto de potestad no individualiza, pues, lo que se atribuye en exclusiva por la Constitución a los órganos jurisdiccionales<sup>15</sup>, porque esto consiste en una específica potestad: la potestad jurisdiccional. Es necesario, en consecuencia, investigar las notas que individualizan a la potestad jurisdiccional dentro del género de las potestades jurídico-públicas. A ello se destinan los siguientes apartados.

---

<sup>12</sup> FAIREN, *La potestad jurisdiccional*, p. 79; aunque. lo que dice en la p. 77 parece en contradicción con lo anterior.

<sup>13</sup> GARCÍA DE ENTERRIA, E., *Curso de Derecho Administrativo*, I (con T. R. FERNÁNDEZ), Madrid, 1980, pp. 370 ss.

<sup>14</sup> DIEZ-PICAZO, L., GULLON BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil*, I, Madrid, 1978, p. 471.

<sup>15</sup> No creo que pueda suscribirse lo que dice MONTERO, *Introducción*, p. 23, de que sin irrevocabilidad no habría verdadera potestad. Son abundantes las potestades cuyo ejercicio no produce actos jurídicos irrevocables.

## 2.- LA CUALIFICACIÓN DE LA POTESTAD JURISDICCIONAL POR SU FUNCIÓN:

### A) En general sobre la función de actuar el Derecho objetivo

Una de las notas que permiten diferenciar la potestad jurisdiccional es la función que mediante ella se cumple. De todos los modos en los que doctrinalmente se ha concebido esta función, nosotros entendemos que el más adecuado -en principio, porque después, como se verá, deberá hacerse una importante precisión en el seno del mismo- es el que la concibe como una función de actuación del Derecho en sentido objetivo, respecto a los casos concretos sometidos al órgano jurisdiccional. Expongamos brevemente las razones generales de esta elección.

En primer término no puede despreciarse el factor determinante de nuestro Derecho histórico y actual que ha definido la función jurisdiccional como una función de aplicación de las leyes. Desde el art. 242 de la Constitución de Cádiz -que disponía que «la potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los tribunales»-, pasando por casi todos nuestros textos constitucionales del siglo XIX, hasta el art. 91 de la Constitución de 1869, determinante de la redacción del art. 2 de la LOPJ de 1870, la función jurisdiccional ha sido definida de aquel modo<sup>16</sup>. La actual Constitución no proclama esta función directamente, pero puede fácilmente deducirse de la misma, pues si los jueces sólo están sometidos a la ley (art. 117-1 CE) no podrán aplicar otra regla de juicio cuando ejerciten su exclusiva potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117-3). Esta forma tradicional y acorde, además, con el Derecho vigente de concebir la función jurisdiccional, fue recogida en la definición propuesta por la VIII Reunión de Profesores de Derecho procesal de las Universidades españolas: «Corresponde exclusivamente a los Tribunales la potestad de aplicar las normas jurídicas en los juicios civiles, penales, contencioso-administrativos y laborales, juzgando de modo irrevocable y ejecutando lo juzgado por sí mismos o por medio de órganos directamente subordinados»<sup>17</sup>. Ciertamente, alguna de estas definiciones tiene el inconveniente de concebir la función de modo demasiado restringido como aplicación de la ley, cuando es lo cierto que la ley no agota todo el Derecho objetivo que ha de actuarse mediante la potestad jurisdiccional, pero, con esta corrección, son aceptables.

En segundo término, y como se verá con más claridad en el siguiente apartado, esta concepción funcional tiene en su favor el constituir una concepción unitaria de la función jurisdiccional a la que, además, no resulta difícil adecuar alguna manifestación específica de la misma.

En tercer lugar refleja, de modo inmediato y claro la relación existente entre el ordenamiento jurídico y la actividad del juez, al concebir esta última como un modo específico de realizar aquél en los casos concretos.

Se le objeta, en cambio, su escaso realismo, al ofrecer una visión rayana en el automatismo de la relación entre la actividad del juez y el ordenamiento, que omite los indudables componentes creativos de la función jurisdiccional<sup>18</sup>. Esta crítica es

---

<sup>16</sup> FAIREN, *Algunos conceptos y principios fundamentales*, pp. 7-12.

<sup>17</sup> Cit. por MONTERO, *Introducción*, p. 26.

<sup>18</sup> 18 Entre nosotros, CARRERAS, *Las fronteras*, en *Estudios* (con FENECH), pp. 108-109; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Una nueva reflexión*, en *Estudios*, p. 42; BONET, *Derecho y Derecho*

acertada en cuanto se dirija contra modos excesivamente simplistas de concebir el razonamiento judicial, pero no creo que sobre ella pueda basarse una concepción de la función jurisdiccional como creadora del Derecho enfrentada y distinta a la función de actuación del mismo, porque la elección entre un Derecho de creación judicial y un Derecho de creación legislativa es una opción constitucional de cada ordenamiento, que en el nuestro se resuelve con claridad en el segundo sentido<sup>19</sup> y que, por tanto, ha de quedar nítidamente reflejada al definir la función del juez. Esta es la cuarta razón por la que nos inclinamos por mantener esta tesis.

Se ha manifestado reiteradamente frente a la misma una objeción, que tiene gran importancia para el desarrollo de nuestra argumentación, dado que ésta persigue hallar la nota que especifique y singularice la potestad jurisdiccional: en palabras de MORON, la realización del Derecho «en la mayoría de las ocasiones se produce y alcanza a través de funciones distintas de la jurisdiccional, como, por ejemplo, a través de la administrativa, e incluso por la actividad de los mismos particulares, cuando éstos, en vía pacífica, acomodan su conducta al mandato contenido en la norma»<sup>20</sup>.

La respuesta frente a esta objeción es que la actuación del Derecho que tiene por función la potestad jurisdiccional no es un mero comportamiento con arreglo a las normas jurídicas, sino la realización en concreto de las reacciones previstas por el ordenamiento para el caso de que el comportamiento no se ajuste a la norma o exista un peligro de infracción de ésta.

Tanto uno como otro elemento utilizados para formular la anterior aclaración deben comprenderse con una conveniente amplitud, porque un trabajo de esta naturaleza no permite descender al estudio analítico de la pluralidad de manifestaciones que uno y otro pueden revestir en nuestro ordenamiento.

Se habla, en primer término, en general de reacciones previstas por el ordenamiento y no, específicamente, de sanciones, porque el concepto de sanción podría resultar inadecuado para designar la actuación del Derecho en forma mero declarativa, constitutiva e incluso en determinadas modalidades de condena, como la condena a prestación futura. El mismo REDENTI se preocupa en aclarar que «*tradizionalmente al concetto di sanzione si connette l'idea d'una violazione dolosa o colposa, mentre la nozione a cui applico qui il termine e più lata, ed abbraccia anche misure da attuare per il solo fatto obiettivo che la condotta prescritta non sia stata tenuta. Diró dunque, magari, se si vuole, 'sanzioni e garanzi'*»<sup>21</sup>. Por la misma razón del restringido significado del término sanción, decía CALAMANDREI: «preferimos hablar, más bien que de sanciones, de 'medios de garantía jurisdiccional'»<sup>22</sup>.

En segundo lugar, la reacción del ordenamiento que está llamada a actuar la potestad jurisdiccional, no siempre está vinculada a la infracción de la norma (o,

---

*jurisdiccional (Conceptos)*, en *Escritos sobre la jurisdicción y su actividad*, Zaragoza, 1981, pp. 58-59; GIMENO, *Fundamentos*, p. 122.

<sup>19</sup> DIEZ PICAZO, L., *Comentarios a las reformas del Código Civil*, I, Madrid, 1977, pp. 135-136.

<sup>20</sup> ROCCO, A., *La sentenza civile*, Milano, 1962, p. 9 nota 11; M. T. ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1948; MORON, M., *Sobre el concepto*, p. 514 (de donde está tomado el párrafo del texto); SERRA, *Jurisdicción en Estudios*, p. 29.

<sup>21</sup> REDENTI, E., *Intorno al concetto*, en *Studi e discorsi*, I, p. 231.

<sup>22</sup> CALAMANDREI, *Instituciones*, I, p. 139.



específicamente, del derecho por ella tutelado), sino que en ocasiones depende de un estado de anormalidad o perturbación de la situación jurídica extraprocesal que no presenta la intensidad de una infracción<sup>23</sup>.

### **3.-B) Crítica: la tutela del derecho subjetivo como función específica (y parcial) de la potestad jurisdiccional**

Decíamos que la concepción de la función jurisdiccional como actuación del Derecho objetivo presentaba la ventaja de ser una concepción unitaria. Pero esta misma tendencia a la unidad presenta también un inconveniente que no puede dejarse de lado: que en el esfuerzo de generalización necesario para llegar a aquella concepción, queden ocultos o minimizada la importancia de matices que puedan dar al menos a una manifestación de esa función una configuración diferenciada del resto de sus manifestaciones.

Diversos autores españoles recientes han hecho una valoración netamente negativa de las teorías que -sin pretender, por otro lado, ofrecer una explicación de la función jurisdiccional en su totalidad- entendían que era función de la jurisdicción tutelar el derecho subjetivo frente a su lesión o puesta en peligro<sup>24</sup>.

Sin embargo, gran parte de la doctrina alemana actual mantiene con firmeza esa teoría, sobre todo para el sector cuantitativamente más importante de la manifestación de la función jurisdiccional en el proceso civil<sup>25</sup>. Esta actitud se inserta en un planteamiento riguroso del tema de las funciones jurisdiccionales, atento a las consecuencias que pueda tener la afirmación teórica de una determinada función en la interpretación y aplicación del Derecho positivo y a la observación de si este último confirma o repele aquella afirmación. Ello les conduce a estimar que, si bien puede reconocerse una pluralidad de funciones al ejercicio de la jurisdicción, es necesario establecer una prelación entre las mismas, de modo que, según las manifestaciones de la jurisdicción, alguna de las funciones prima sobre las demás que sólo tienen una realización accesorias, sólo pueden -en palabras de GRUNSKY- «'Nebenprodukte' des Prozesses sein. Sein eigentlicher Zweck sind sic nicht»<sup>26</sup>.

En ese contexto y fijándose concretamente en todo lo que significan los principios dispositivo y de aportación de parte<sup>27</sup>, se concluye que la función

---

<sup>23</sup> CALAMANDREI, *Instituciones*, I, pp. 140-141; HENCKEL, W., *Vorbeugender Rechtsschutz, im Zivilrecht*, y KOTZ, H., *Vorbeugender Rechtsschutz im Zivilrecht*, ambos trabajos en *Archiv für die zivilistische Praxis*, 1974, respectivamente, pp. 97-144, y pp. 145-166; RAPISARDA, C., *Premesse allo studio della tutela civile preventiva*, Riv. Dir. Proc., 1980, pp. 92-154.

<sup>24</sup> MONTERO, *Introducción*, p. 59; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Una nueva reflexión*, en *Estudios*, p. 54; BONET, *Derecho y Derecho jurisdiccional*, en *Escritos*, pp. 41-42.

<sup>26</sup> GRUNSKY, *Grundlagen*, p. 6.

<sup>25</sup> POHLE, en STEIN-JONAS, *Kommentar*, I, pp. 4-8; ROSEMBERG-SCHWAB, *Zivilprozessrecht*, pp. 2-3; JAUERNIG, O., *Zivilprozessrecht*, p. 2; HENCKEL, *Prozessrecht*, pp. 48-64; GRUNSKY, W., *Grundlagen des Verfahrensrecht*, Bielefeld, 1974, pp. 1-7; ARENS, P., *Die Grundprinzipien*, en *Humane Justiz*, pp. 2-5.

<sup>26</sup> GRUNSKY, *Grundlagen*, p. 6.

<sup>27</sup> HENCKEL, *Prozessrecht*, pp. 61-63; JAUERNIG, ob. y lug. cit., en nota 25; GRUNSKY, *Grundlagen*, p. 5.



jurisdiccional no puede en ocasiones concebirse como actuación del Derecho objetivo, sino como tutela de los derechos subjetivos.

Esta afirmación merece, no obstante, dos apreciaciones críticas de diversa índole.

La primera, que la tutela de un interés jurídico privado no siempre se resuelve en la tutela de un derecho subjetivo, aunque los mecanismos procesales del principio dispositivo y del de aportación de parte permanezcan idénticos<sup>28</sup>. Así, por ejemplo, pueden ser jurisdiccionalmente tuteladas expectativas que aún no han llegado a constituir derechos subjetivos<sup>29</sup>; también, como advertía WACH, «la llamada acción de declaración negativa no tiene por finalidad la prueba de la eficacia y la conservación de un derecho subjetivo, sino de la integridad de la posición jurídica del demandado»<sup>30</sup>.

La segunda -y de mayor interés por lo que supone respecto al concepto esencialmente unitario de la función jurisdiccional que estamos manteniendo-, que esta tesis no es contradictoria con la función de actuación del Derecho objetivo. Requiere sólo, para conectarla con esta última, la precisión de que el ordenamiento jurídico privado sólo es infringido y está necesitado en consecuencia de actuación, en la medida en que lo postule el titular del interés privado insatisfecho, porque éste ostenta un poder de disposición que le permite renunciar a la defensa de su interés, sin que esto último sea contrario al propio ordenamiento. Lo único que hay que aclarar, pues, es que, en determinados ámbitos, la actuación del particular no está al servicio del Derecho objetivo, sino que la realización de este último se subordina al interés del particular<sup>31</sup>.

Consecuentemente es correcto seguir manteniendo, con todas las indicadas precisiones, que es correcta la concepción general y unitaria de la función jurisdiccional como actuación del Derecho objetivo<sup>32</sup>.

#### **4.-C) Consideración de las teorías de la composición del litigio, solución de controversias y satisfacción de pretensiones desde el punto de vista de la concepción de la función jurisdiccional como actuación del Derecho objetivo.**

La función de la jurisdicción se concibe, por algunos autores, como composición de la litis, como solución de controversias jurídicas y como satisfacción de pretensiones.

Las teorías que -probablemente con incorrecta generalización<sup>33</sup>- cabe reconducir a la función de solución de conflictos<sup>34</sup>, han sido objeto de muy diversas

---

<sup>28</sup> En general GUASP, J., *La pretensión procesal*, en ADC, 1952, enero-marzo, pp. 18-19; ALCALÁ ZAMORA, *Notas relativas al concepto*, en *Estudios de teoría general*, I, p. 46.

<sup>29</sup> PRIETO-CASTRO, *Tratado*, I, p. 8.

<sup>30</sup> WACH, A., *Manual de Derecho procesal civil*, I, Buenos Aires, 1977, (trad. BANZHAF), p. 43.

<sup>31</sup> HENCKEL, *Prozessrecht*, p. 60; ARENS, *Die Grundprinzipien*, en *Humane Justiz*, pp. 4-5; GRUNSKY, *Grundlagen*, p. 5.

<sup>32</sup> JAUERNIG, *Zivilprozessrecht*, pp. 1-2; GRUNSKY, *Grundlagen*, p. 15; PRIETO-CASTRO, *Tratado*, I, p. 9.

<sup>33</sup> Véase, p. ej., la distinción que hace SERRA, *Jurisdicción*, en *Estudios*, p. 35.

<sup>34</sup> A parte de los autores que luego consideraremos, puede verse también, recientemente, MONTORO, A., *Conflicto social, Derecho y proceso*, Murcia, 1980, *passim*

apreciaciones críticas. Genéricamente han sido consideradas por GUASP excesivas desde el punto de vista sociológico -en cuanto no es necesario llegar a un estado de conflicto para que se dé el proceso-, insuficientes desde un punto de vista formal -porque un conflicto no llevado ante el juez no origina el proceso-<sup>35</sup>. Las críticas más específicas se han dirigido a poner de manifiesto su inadecuación respecto al proceso penal, a los procesos seguidos en rebeldía del demandado, al proceso de ejecución y a las sentencias constitutivas necesarias<sup>36</sup>.

Igualmente, desde un punto de vista diverso al que inmediatamente indicaré, podría ser criticada la tesis de la satisfacción de pretensiones: se trata del terna, que tendrá su adecuado desarrollo en otro lugar, de que el objeto procesal no puede concebirse unitariamente como una pretensión (procesal), tal como sostienen los defensores de esa tesis.

Pero ahora todas estas teorías se traen a colación con una intención bien precisa: concretamente la de analizar si suponen una concepción de la función jurisdiccional totalmente distinta a la de la actuación del Derecho objetivo o si, por el contrario, significan sólo una especificación de esta última concepción funcional.

Desde ese punto de vista, interesa resaltar, en primer término, una serie de pasajes de la exposición de CARNELUTTI:

*«Quando la pretesa -nos dice CARNELUTTI, tras haberla definido como exigencia de subordinación del interés de otro al interés propio-..., incontra la resistenza e non riesce a vincerla da sè, occorre qualcos'altro affinché sia conservata la pace sociale. Questo qualcos'altro ha una diversa funzione secondo che il conflitto sia già o non sia regolato dal diritto.*

*Nella ipotesi negativa e così se il conflitto non è ancora composto in un rapporto giuridico, si tratta di far intervenire rispetto ad esso un comando (concreto), che ne attui la composizione.*

*Nella ipotesi positiva, poiché il meccanismo del diritto, quale fu descritto finora, si è dimostrato insufficiente a ottenere il suo scopo, si tratta di integrarlo con un dispositivo ulteriore atto a porvi rimedio»<sup>37</sup>. En el primer caso el conflicto se resuelve creando el juez derecho para el caso concreto mediante una decisión en equidad<sup>38</sup>; en el segundo, «il comando astratto (norma materiale) si individua e perciò si trasforma in comando concreto; il giudice è vox legis in quanto ius dicit per il caso singolo dichiarando ciò che rispetto ad esso vuole il diritto (obbiettivo)»<sup>39</sup>. Ahora bien, el segundo de los casos cubre la inmensa mayoría de los supuestos de actuación jurisdiccional en un ordenamiento caracterizado por la previa existencia de normas jurídicas, que son un «comando astratto e generale» cuya formulación tiene la ventaja de «procurare ai cittadini la preventiva conoscenza della regola, alla quale debbono uniformare la loro condotta»<sup>40</sup>. «Il prorando ciò che rispetto ad esso vuole il diritto (obbiettivo)». Ahocesso si fa -y en esto puede observarse la expresión concentrada de su pensamiento- per la giusta composizione della lite. 'Pace con giustizia' potrebbe così essere il motto del diritto processuale. Nè pace senza giustizia nè giustizia senza pace. Non pace senza giustizia perchè il processo, come si è visto, non tende a comporre la lite in un modo qualunque, ma a comporla secondo il diritto. Non giustizia senza pace perchè il diritto non si applica*

---

<sup>35</sup> GUASP, *La pretensión*, pp. 15-17.

<sup>36</sup> ZANZUCCHI, *Diritto*, I, pp. 8-9; LIEBMAN, E. T., *Manual de Derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1980, (trad. SENTIS MELENDO), p. 6; CALAMANDREI, P., *Il concetto de «lite» nel pensiero di Francesco Carnelutti*, en *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, pp. 200-226; ALCALÁ-ZAMORA, *Notas relativas al concepto*, en *Estudios*, pp. 25-28; MORON, *Sobre el concepto*, pp. 529-530 (intentando superar algunas objeciones); MONTERO, *Introducción*, compárense pp. 65 con 104-105.

<sup>37</sup> CARNELUTTI, F., *Sistema*, I, p. 43.

<sup>38</sup> CARNELUTTI, *Sistema*, I, pp. 134-135.

<sup>39</sup> CARNELUTTI, *Sistema*, I, p. 134.

<sup>40</sup> CARNELUTTI, *Sistema*, I, pp. 18, 41, 135.

*o non si attua da chi sta nel conflitto ma da chi sta sopra il conflitto; supra partes, non inter partes; al fine di comporre una lite, non di tutelare un interesse»<sup>41</sup>.*

CHIOVENDA formulaba su crítica a CARNELUTTI en términos de una alternativa: «Si por composición justa se entiende aquella conforme a la ley, se resuelve en la actuación de la voluntad de la ley; pero si se entiende una composición cualquiera, la que de cualquier modo ponga fin al litigio, debe sin duda rechazarse una doctrina que retrotraería el proceso moderno, inspirado por completo en un ideal elevado de justicia, al proceso embrionario de los tiempos primitivos, únicamente encaminado a establecer a toda costa la paz entre los litigantes»<sup>42</sup>. Y CALAMANDREI la orientaba en el sentido de demostrar cómo la evolución histórica de la jurisdicción ha dejado atrás la función de pacificación como única o fundamental, para destacar en los tiempos actuales la función de garantizar la observancia del Derecho<sup>43</sup>. Como se ha observado en los párrafos precedentemente reproducidos, CARNELUTTI no desconocía la importancia totalmente preponderante de la composición de los litigios mediante la aplicación del Derecho objetivo, por lo que su teoría se ha estimado, con razón, no sustancialmente divergente de la que concibe la función jurisdiccional como actuación del Derecho<sup>44</sup>, sino complementaria de ésta<sup>45</sup>.

La apreciación de la tesis de MORON relativa a la solución de controversias jurídicas no conduce a diferentes resultados. Para él, el Derecho sustancial es anterior, conceptual y tal vez cronológicamente, al Derecho procesal<sup>46</sup>, las relaciones que el Derecho sustancial regula entre los individuos dan ocasión a que surjan actitudes de oposición y de controversia en lo que concierne a la aplicación de la norma<sup>47</sup>, las cuales necesitan de solución «para que no padezca la paz jurídica y la justicia que el ordenamiento trata de mantener»<sup>48</sup>. La función de la potestad jurisdiccional es la solución de las controversias jurídicas mediante la aplicación de las normas jurídicas<sup>49</sup>.

Las teorías que mantienen FAIREN y MONTERO, a pesar de su indudable relación con la construcción de GUASP, presentan radicales diferencias respecto a esta última, por el papel importante que juega en ellas la referencia a un Derecho preestablecido. En la medida en que este último puede no ser respetado aparece la necesidad de la función Jurisdiccional, cuyo cumplimiento conduce a la reintegración del orden jurídico.

Así, para FAIREN, «a ese estado de paz social y jurídica, en base a la observancia de las normas objetivas que proporcionan el estado de satisfacción (sea individual, sea general), se opone el hecho, la apariencia de que uno (o varios) de los miembros de la comunidad, ha vulnerado un interés jurídicamente protegido (individual o social) produciendo un «descontento» o una «indignación» por el ataque

---

<sup>41</sup> CARNELUTTI, *Sistema*, I, p. 247.

<sup>42</sup> CHIOVENDA, *Instituciones*, I, p. 49.

<sup>43</sup> CALAMANDREI, *Instituciones*, I, pp. 181-184; también ZANZUCCHI, *Diritto*, I, p. 9.

<sup>44</sup> SERRA, *Jurisdicción*, p. 34.

<sup>45</sup> LIEBMAN, *Manual*, p. 6.

<sup>46</sup> MORON, *Sobre el concepto*, p. 508.

<sup>47</sup> MORON, *Sobre el concepto*, p. 509.

<sup>48</sup> MORON, *Sobre el concepto*, p. 511.

<sup>49</sup> MORON, *Sobre el concepto*, pp. 513-522.

al dicho estado de satisfacción»<sup>50</sup>. Mientras que la satisfacción jurídica es la consecución y obtención práctica de una situación de cosas equilibrada y favorable a un sujeto en sus intereses jurídicos, conseguida a través de una actuación jurisdiccional, mediante el cumplimiento efectivo de una norma»<sup>51</sup>.

MONTERO manifiesta que no cabe desconocer la base sociológica sobre la que descansa la jurisdicción, pero no la hace radicar ni en el conflicto de intereses, ni tampoco en la mera pretensión en el sentido de GUASP, sino que para él esa realidad sociológica aparece ya, por principio, juridificada, como una situación de desarreglo en el plano extraprocesal, en el cual un interés jurídico no habría hallado satisfacción mediante la observancia voluntaria del Derecho material<sup>52</sup>. De ahí que concluya que «para nosotros formalmente la función de la jurisdicción consiste en satisfacer de modo jurídico pretensiones y resistencias, y materialmente en satisfacer intereses jurídicos»<sup>53</sup>.

La postura de GUASP ha evolucionado de modo considerable desde su formulación en los *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*<sup>54</sup> -donde, si bien pueden detectarse las preocupaciones que explican la posterior evolución de su actitud teórica, la separación respecto a la orientación más generalizada aún no es total- hasta la exposición que ofrece en su artículo *La pretensión procesal*<sup>55</sup>.

En la primera de esas obras indicaba, tras analizar las teorías que conciben la función de la jurisdicción como actuación del Derecho objetivo y como tutela de los derechos subjetivos, que «es indiferente decir, en efecto, que el proceso es una serie de actos que tienden a una actuación del derecho objetivo, pretendida por una parte, o afirmar que dicha tendencia consiste en la actuación de una pretensión conforme con el ordenamiento jurídico. Si existe una igualdad entre pretensión y derecho objetivo, una vez establecida dicha igualdad lo mismo puede considerarse la actuación ulterior como actuación del derecho objetivo que como actuación de la pretensión»<sup>56</sup>. Mostraba, no obstante, cierta preferencia por las teorías subjetivas porque, a diferencia de las otras, permitían dar inmediatamente entrada a la pretensión como elemento generador del proceso, haciendo de la norma jurídica «simple punto de referencia, aunque indispensable, para obtener la actuación de la pretensión»<sup>57</sup>. Esta apreciación demuestra, precisamente, a la luz de la evolución posterior, que el pensamiento del autor aún no había alcanzado una formulación plenamente coherente, porque resulta en cierto modo contradictoria con la distinción, bastante clara ya en los *Comentarios*, entre pretensión procesal y derecho subjetivo<sup>58</sup>.

En *La pretensión procesal* el autor se plantea la necesidad de una explicación de la función del proceso -y de la función de la jurisdicción<sup>59</sup>- que aúne el dato social

---

<sup>50</sup> FAIRÉN, V., *El proceso como función*, en *Temas*, I, pp. 364-365.

<sup>51</sup> FAIRÉN, *El proceso como función*, en *Temas*, I, p. 361.

<sup>52</sup> MONTERO, *Introducción*, pp. 84 ss., especialmente 85-88, 95-96.

<sup>53</sup> MONTERO, *Introducción*, p. 108.

<sup>54</sup> GUASP, *Comentarios*, I, pp. 7-12, 341-343.

<sup>55</sup> GUASP, J., *La pretensión*, pp. 8-61.

<sup>56</sup> GUASP, *Comentarios*, I, p. 9.

<sup>57</sup> GUASP, *Comentarios*, I, pp. 9-10.

<sup>58</sup> GUASP, *Comentarios*, I, pp. 8-9, 336 ss.

<sup>59</sup> GUASP, *La pretensión*, pp. 54-55.

al que el proceso está vinculado y la expresión de ese dato tal como ha sido recogida y configurada por el Derecho<sup>60</sup>. Sociológicamente el proceso no tiene como base el conflicto, sino la queja, la reclamación o la protesta, pues «al hombre hay que atenderlo, en una única medida, por su reclamación y no por los efectos de ésta; peleará, pero aunque no pelee, si ha reclamado, ha obligado ya a un mecanismo de atención social a que se ocupe de él»<sup>61</sup>. El Derecho conforma ese dato social formalizando esa queja o reclamación interindividual en una pretensión y creando una institución jurídica destinada al tratamiento de la misma: el proceso<sup>62</sup>. «El proceso aparece así como un instrumento de satisfacción de pretensiones, una construcción jurídica destinada a remediar, en derecho, el problema planteado por la reclamación de una persona frente a otra. El ordenamiento jurídico trata de resolver este problema mediante un mecanismo de satisfacción, pero de satisfacción evidentemente jurídica y no de satisfacción intersociológica o social. Para el derecho una pretensión está satisfecha cuando se la ha recogido, se la ha examinado y se la ha actuado se ha denegado su actuación: el demandante cuya demanda es rechazada está jurídicamente tan satisfecho como aquél cuya demanda es acogida»<sup>63</sup>.

Lo peculiar de la tesis de GUASP, que la separa radicalmente de todas las teorías hasta aquí consideradas, se halla en que, ni al contemplar la base sociológica, ni al referirse a la conformación jurídica de la misma, entiende el autor correcto vincular teóricamente la pretensión con una situación extraprocesal sobre la que incide el Derecho material. El concepto de pretensión procesal se construye como un precepto jurídico totalmente inmanente en el Derecho procesal, éste -dice el autor- «gira en torno a este concepto; no tiene un más allá o trasfondo jurídico de primer grado del que él sería mero apéndice o la consecuencia. Más allá del derecho procesal no hay derecho civil o derecho penal, sino pura y simple sociología»<sup>64</sup>.

La consecuencia de levantar toda su construcción -incluida la función de la jurisdicción<sup>65</sup>- sobre esta base es la de pasar por alto las relaciones entre la jurisdicción y el Derecho material<sup>66</sup> y comprender la función jurisdiccional como una función que sólo trasciende de sí misma en cuanto respuesta a aquel problema social que le dio origen. Esa explicación resultaría tan válida para una organización estatal en la que fuera indiferente con arreglo a qué ha de resolver el juez, como para otra en que -como en la nuestra- existe un ordenamiento jurídico previo de las relaciones humanas en sociedad, que constituye una realidad insoslayable a la hora de explicar, jurídicamente, la atención del Derecho hacia la pretensión y la función jurisdiccional respecto a la misma.

---

<sup>60</sup> GUASP, *La pretensión*, p. 22, tras la crítica que ha realizado en las páginas anteriores a las teorías que conciben la función del proceso como solución de un conflicto social o como actuación del Derecho.

<sup>61</sup> GUASP, *La pretensión*, pp. 22-23.

<sup>62</sup> GUASP, *La pretensión*, pp. 24-26.

<sup>63</sup> GUASP, *La pretensión*, pp. 26-27.

<sup>64</sup> GUASP, *La pretensión*, p. 26.

<sup>65</sup> GUASP, *La pretensión*, pp. 54-55.

<sup>66</sup> PRIETO-CASTRO, *Tratado*, I, p. 89, nota 150; GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho*, I, p. 237. Indicando las diferencias de la tesis de GUASP frente a otras también relativas a la satisfacción de pretensiones, RAMOS, *Derecho y proceso*, pp. 127-128.



En cierto modo, la tesis de GUASP recuerda la construcción sociológica de LUHMANN, para quien «*Funktion des Verfahrens ist mithin die Spezifizierung der Unzufriedenheit und die Zersplitterung und Absorption von Protesten*»<sup>67</sup>, mediante un mecanismo complejo destinado a vincular la personalidad de quienes en él participan y que les condiciona a aceptar su resultado<sup>68</sup>. Pero esta misma tesis ha sido criticada por FEBBRAJO precisamente por la preponderante importancia que concede al mecanismo de solución del conflicto en sí mismo y por la indiferencia en relación con el contenido de la norma<sup>69</sup>: en efecto -dice este autor «*i meccanismi sociali che Luhmann indica spiegano perchè le parti vincolano il loro agire all'esito del procedimento già iniziato, ma non spiegano perchè mai le parti inizino un procedimento che si risolve in una specie di rituale per la canalizzazione dei loro conflitti e l'assorbimento delle loro delusioni, garantire un qualsiasi criterio di giustizia*»<sup>70</sup>.

Efectivamente, la función jurisdiccional persigue también la pacificación social y el aquietamiento de las protestas individuales con relevancia social<sup>71</sup> pero, ni en una visión sociológica, cabe prescindir del papel que en ello desempeñan las normas jurídicas preexistentes<sup>72</sup>, ni, en una consideración estrictamente jurídica, menos aún ha de potenciarse tanto ese aspecto, porque así se oculta la relación funcional entre la jurisdicción y el ordenamiento jurídico.

#### **5.-D) Crítica fundamental: según esta concepción funcional la potestad jurisdiccional coincidiría con algunas potestades administrativas.**

El criterio funcional de la actuación del Derecho objetivo presenta, sin embargo, un inconveniente importante cuando se intenta utilizarlo para caracterizar la potestad jurisdiccional como potestad exclusiva de los órganos jurisdiccionales, y es el de que también los órganos administrativos desarrollan esta función y, lo que es más importante, están autorizados constitucionalmente para desarrollarla dentro de ciertos límites, como luego se verá.

Esta objeción ha sido tan reiteradamente formulada que una cita tendencialmente exhaustiva de los autores resultaría muy extensa<sup>73</sup>. Sí que es, en cambio, muy conveniente hacer una exposición más sistemática de esa objeción que permitirá valorar su extraordinaria importancia tanto en el plano teórico, como en el

---

<sup>67</sup> LUHMANN, N., *Legitimation durch Verfahren*, Darmstadt, 1978, pp. 116.

<sup>68</sup> LUHMANN, *Legitimation*, pp. 55 ss.

<sup>69</sup> FEBBRAJO, A., *Funzionalismo strutturale e sociologia del diritto nell'opera di Niklas Luhmann*, Milano, 1975, pp. 134-137.

<sup>70</sup> FEBBRAJO, *Funzionalismo strutturale*, p. 136.

<sup>71</sup> Véanse los autores alemanes citados en la nota 25, que, aun reconociendo estos fines, los sitúan en una posición subordinada.

<sup>72</sup> Por ejemplo, a pesar del enfoque sociológico, HAGEN, J. J., *Die soziale Funktion des Prozesses*, ZZP, 1971, pp. 385-395; del mismo, *Elemente einer allgemeinen Prozesslehre. Ein Beitrag zur allgemeinen Verfahrenstheorie*, Freiburg, 1972, p. 32.

<sup>73</sup> P. ej., ALLORIO, *Ensayo polémico en Problemas*, 11, pp. 32-33; ALCALÁ-ZAMORA, *Notas relativas al concepto*, en *Estudios de teoría general*, 1, P. 46; SERRA, *Jurisdicción*, en *Estudios*, pp. 32, 58-59; GIMENO, *Fundamentos*, p. 122.



plano de la configuración y atribución a determinados órganos de las funciones estatales en nuestro ordenamiento.

Desde un punto de vista teórico, la obra de KELSEN ofrece una exacta visión sistemática de la importancia de esta objeción<sup>74</sup>. Atenderemos fundamentalmente a la exposición desarrollada en su obra *Teoría general del Derecho y del Estado*. En principio, estima el autor que no cabe una separación estricta entre la función judicial y la llamada función ejecutiva, porque «la judicial es de hecho ejecutiva, exactamente en el mismo sentido que la función que ordinariamente designase con tal palabra»<sup>75</sup>. Sin embargo, luego estima que hay dos clases de funciones típicamente administrativas: de un lado, la que denomina administración directa -es decir, la actividad administrativa orientada a la consecución inmediata de los fines del Estado, mediante la imposición a los órganos administrativos de una conducta de realización de prestaciones y servicios sociales<sup>76</sup>-, de otro, una parte de la que llama administración indirecta, concretamente la integrada por las órdenes y licencias expedidas por la Administración, mediante las cuales vincula a los individuos a la adopción de la conducta, activa u omisiva, deseable desde el punto de vista de la Administración<sup>77</sup>.

«El principio de separación de poderes -sigue KELSEN- quedaría satisfecho si los órganos administrativos se limitaran a la realización de actos administrativos específicos,..., si la función judicial específica -que establece el acto antijurídico y ordena la sanción- estuviera reservada a los tribunales (...). Dentro de esa organización, la relación entre los órganos administrativos y los tribunales tendría el siguiente carácter: una autoridad fiscal, por ejemplo, expediría, de acuerdo con la ley, órdenes para el pago de impuestos. Pero en caso de que un individuo dejara de cumplir tales órdenes, la autoridad administrativa -como un acreedor privado- tendría que perseguir al causante ante un tribunal. Al tribunal correspondería establecer la violación de la ley fiscal atribuida al demandado, e imponer la sanción establecida por la ley»<sup>78</sup>. No obstante, si se observa la ordenación de los poderes tal como se ha plasmado en organizaciones estatales concretas, se concluye que «la función administrativa específica solamente puede llenar su propósito en cooperación con la función judicial específica. Por esto es enteramente natural conferir la función judicial, en la medida en que se encuentra en conexión orgánica con la función administrativa específica, a órganos administrativos. Cuando, por ejemplo, el orden jurídico autoriza a los órganos administrativos a expedir mandamientos y obliga a los individuos a obedecer estos mandamientos, o cuando el orden jurídico obliga a los individuos a no ejercitar ciertos comercios sin licencia, entonces lo único razonable es no debilitar la autoridad a los órganos administrativos, concediendo la tarea de hacer efectivas las obligaciones administrativas de los individuos afectados, a órganos distintos de los administrativos, es decir, a los tribunales»<sup>79</sup>.

---

<sup>74</sup> Refiriéndose al tema podemos citar *Teoría pura del Derecho*, pp. 152-153; *Justiz und Verwaltung*, Wien, 1929; *Teoría general del Derecho y del Estado*, México, 1969, pp. 323-334.

<sup>75</sup> KELSEN, *Teoría general*, p. 323.

<sup>76</sup> KELSEN, *Teoría general*, pp. 331-332; *Teoría pura*, p. 153.

<sup>77</sup> KELSEN, *Teoría general*, pp. 326-327.

<sup>78</sup> KELSEN, *Teoría general*, pp. 327-328.

<sup>79</sup> KELSEN, *Teoría general*, p. 329.

Pues bien, esa especie de modelo teórico descrito por KELSEN explica con bastante precisión la posición de la Administración pública en nuestro Derecho. En palabras de GARCIA DE ENTERRÍA: «La Administración no necesita someter sus pretensiones a un juicio declarativo para hacerlas ejecutorias; sus decisiones son ejecutorias por propia autoridad (art. 44 y 101 LPA), de modo, que las mismas imponen por sí solas el cumplimiento, sin que resulte oponible al mismo una excepción de ilegalidad, sino sólo la anulación efectiva lograda en un proceso impugnatorio, cuya apertura, a su vez, tampoco interrumpe por sí sola esa ejecutoriedad. Pero tampoco si ese cumplimiento es desatendido por quienes resulten obligados al mismo necesita la Administración recabar respaldo judicial para imponer coactivamente dicho cumplimiento (juicio ejecutivo), sino que ella misma puede imponer con sus propios medios coactivos la ejecución forzosa (art. 102 LPA);... En otros términos: la Administración está exenta de la carga de someter sus pretensiones tanto a juicio declarativo como a juicio ejecutivo, que alcanza a los demás sujetos del ordenamiento sin excepción»<sup>80</sup>.

De esto cabe extraer, como primera consecuencia, que la función de actuar el Derecho objetivo no permite, sin más especificaciones, distinguir la potestad jurisdiccional de ciertas potestades administrativas, dado que, una y otras, coinciden en el cumplimiento de aquella función.

En segundo lugar, en la medida en que la Administración continúe hallándose constitucionalmente investida de esas potestades orientadas funcionalmente a la actuación del Derecho -y eso sucede en gran medida como luego veremos-, esa función no permite individualizar la potestad jurisdiccional, como potestad atribuida constitucionalmente en exclusiva a los órganos jurisdiccionales (art. 117-3 CE). En este aspecto, la referencia a aquellas potestades de la Administración como judiciales o cuasijudiciales<sup>81</sup> ha de entenderse matizadamente, porque, tomada a la letra, conduciría a estimar su inconstitucionalidad, lo cual no es siempre correcto.

Ante la insuficiencia del criterio funcional -al menos según la versión no matizada del mismo a la que, de momento, nos ceñimos- es necesario buscar la cualidad que individualiza la potestad jurisdiccional por otros derroteros.

## 6.- CARACTERIZACIÓN DE LA POTESTAD JURISDICCIONAL POR SU EFICACIA DE PRODUCIR COSA JUZGADA

Presupuesta la coincidencia funcional, la distinción entre la potestad jurisdiccional y ciertas potestades administrativas podría hallarse en la diferente eficacia jurídica vinculada al ejercicio de una y otra potestad.

---

<sup>80</sup> GARCIA DE ENTERRIA, *Curso*, I (con T. R. FERNÁNDEZ), p. 409. También PARADA VÁZQUEZ, J. R., *Derecho administrativo, Derecho privado, Derecho garantizador*, RAP, 1967, n.º 52, p. 93.

<sup>81</sup> GARCÍA DE ENTERRIA, *Algunas reflexiones sobre el Derecho administrativo norteamericano*, pp. 248-252; PARADA, J. R., *Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso*, RAP, 1968, n.º 55, p. 67-69; MARTIN RETORTILLO y BAQUER, L., *Estudio preliminar* a la obra de DOMPER FERRANDO, J., *Repertorio de la jurisprudencia de conflictos jurisdiccionales (1948-1975)*, Madrid, 1978, pp. 18-20.

La actuación del Derecho objetivo mediante la potestad jurisdiccional, tiene carácter definitivo e irrevocable; la potestad jurisdiccional es potestad de actuación del Derecho en el caso concreto con valor de cosa juzgada. Mientras que la actuación del Derecho mediante potestades administrativas carecería de la eficacia de producir cosa juzgada y el acto jurídico que realiza esta actuación se hallaría esencialmente expuesto a ser revisado y, en su caso, anulado, mediante el ejercicio de la potestad jurisdiccional por los órganos que la tienen exclusivamente atribuida.

La importancia de la cosa juzgada como nota definitoria de la jurisdicción fue considerada por JEZE<sup>82</sup>, pero la influencia de ese criterio en nuestra doctrina se ha producido fundamentalmente partiendo de su formulación por ALLORIO.

Según ALLORIO<sup>83</sup>, las habituales formas teleológicas (actuación del Derecho, composición de la litis, aplicación de sanciones) no sirven para construir una teoría jurídica de la jurisdicción, ni de la administración, porque se hallan expuestas a decisivas objeciones derivadas del Derecho positivo<sup>84</sup>. Una referencia segura sólo puede darla la consideración de los efectos jurídicos que se vinculan a las hipótesis a las que el ordenamiento refiere sus previsiones<sup>85</sup>. Partiendo de esto, «se perfila un principio de distinción que culmina en la observación de actos provistos de eficacia declarativa y susceptibles de adquirir autoridad de cosa juzgada; es decir, reguladores, a su imagen y semejanza (me sirvo nuevamente de esta expresión ajustada), de la situación jurídica sobre la cual operan; que constituyan por sí su propia legitimidad, que precluyan toda censura que tenga a ésta por objeto, a diferencia de lo que ocurre con los otros actos, después de cuyo cumplimiento, en cambio, la cuestión de su conformidad al derecho no está cerrada, sino que se abre una amplia y total posibilidad de examen»<sup>86</sup>. Los primeros serían los actos jurisdiccionales y potestad jurisdiccional la que tuviera la aptitud de producirlos.

La tesis de ALLORIO es aceptada plenamente entre nosotros por SERRA: «no basta con la emisión de un juicio jurídico para que exista jurisdicción, en cuanto tal característica es propia también de la Administración y de los particulares, sino que es indispensable que este juicio goce de la característica de irrevocabilidad, tradicionalmente atribuida a la cosa juzgada»<sup>87</sup>. El criterio de la cosa juzgada es el único válido para diferenciar si nos encontramos ante un acto administrativo o jurisdiccional y «en nuestra legislación, la existencia de un proceso jurisdiccional administrativo, a cuyo control están sometidos los actos administrativos, nos permite adoptar fácilmente este criterio de distinción»<sup>88</sup>.

---

<sup>82</sup> Véase una exposición y crítica en VIZIOZ, H., *Les notions fondamentales de la procédure et la doctrine française du Droit public*, en *Etudes de procédure*, Bordeaux, 1956, pp. 74-81.

<sup>83</sup> Véanse, fundamentalmente, de ALLORIO, *Ensayo polémico y Nuevas reflexiones críticas en tema de jurisdicción y cosa juzgada*, ambos en *Problemas*, II, pp. 3-46, 51-128, respectivamente.

<sup>84</sup> ALLORIO, *Ensayo polémico*, en *Problemas*, II, pp. 31-33.

<sup>85</sup> ALLORIO, *Nuevas reflexiones críticas*, en *Problemas*, II, p. 126.

<sup>86</sup> ALLORIO, *Ensayo polémico*, en *Problemas*, II, p. 27.

<sup>87</sup> SERRA, *Jurisdicción*, en *Estudios*, p. 49.

<sup>88</sup> SERRA, *Jurisdicción*, en *Estudios*, p. 60.

### 7.-A) Confirmación y crítica del criterio de la cosa juzgada

Efectivamente, comparando esta construcción teórica con la normativa constitucional podemos comprobar que ésta confirma con claridad que el criterio de la cosa juzgada ofrece una nota individualizadora de la potestad jurisdiccional.

El art. 106-1 CE dispone que «los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican». Este precepto, particularmente nítido en cuanto a sus implicaciones, bastaría para demostrar la adecuación al texto constitucional del criterio diferenciador de la cosa juzgada, porque sólo respecto a la actuación del Derecho mediante potestades administrativas resultaba imposible distinguir la potestad jurisdiccional por la función.

Sin embargo, también para los casos en los que la actuación del Derecho no ha sido precedida por un previo acto administrativo, contiene la Constitución un reconocimiento incidental de la nota de producción de cosa juzgada como característica de la potestad jurisdiccional: así cuando el art. 161-1 a) CE establece que «La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada» y según el art. 164-1, inciso segundo, -respecto a las sentencias del Tribunal Constitucional«Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno frente a ellas»<sup>89</sup>.

El art. 106-1 CE no sólo confirma el criterio de la cosa juzgada como distintivo de la potestad jurisdiccional, sino que, por la amplitud que reconoce a la posibilidad de control jurisdiccional de la actividad administrativa, allana ciertas objeciones parciales que se podían oponer a la adopción de ese criterio.

Efectivamente, desde que la Administración se vio sometida a un control externo -por auténticos órganos jurisdiccionales- de la legalidad de sus actos, la técnica defensiva de las prerrogativas administrativas se orientó hacia la delimitación de sectores o aspectos de la actividad de la Administración que debían ser inmunes a la fiscalización jurisdiccional. Entre esos círculos de inmunidad jurisdiccional de la actividad administrativa -sometidos a progresiva reducción- destacaban los poderes discrecionales, los poderes políticos o de gobierno y los poderes normativos<sup>90</sup>.

Para mantener el criterio de la cosa juzgada, como último control de la conformidad a Derecho, se consideraba necesario -lo que demuestra la importancia implícita que se concedía a la atribución de la potestad jurisdiccional a una clase de órganos determinada- aclarar, con diversos argumentos, que los actos protegidos por esa exención de control jurisdiccional, no significaban una potestad de la Administración cuyo ejercicio produjera una situación análoga a la de la cosa juzgada<sup>91</sup>. Nada de esto resulta ya necesario a la vista del art. 106-1 CE en cuanto éste

---

<sup>89</sup> En la STC 24-enero-1983 (Sala 1.ª), RA 46/1982, BJC 1983-22, pp. 163 ss. se cita el art. 118 CE como expresivo de la autoridad de cosa juzgada.

<sup>90</sup> Sobre el tema, véase, GARCIA DE ENTERRÍA, E., *La lucha contra las inmunidades del poder*, Madrid, 1979, *passim*; GARCIA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ, *Curso*, II, pp. 479-485, 500-503.

<sup>91</sup> ALLORIO, *Ensayo polémico*, en *Problemas*, II, pp. 30-31; SERRA, *Jurisdicción*, en *Estudios*, p. 60.

supone la afirmación de la plenitud del control jurisdiccional sobre la actividad administrativa<sup>92</sup>.

Como conclusión de lo dicho hasta ahora podría sentarse ésta: que la potestad jurisdiccional es una potestad de actuar el Derecho de modo definitivo e irrevocable. Esa potestad es exclusiva de los órganos jurisdiccionales según la Constitución (art. 117-3) y no puede ser, en consecuencia, atribuida a órganos administrativos.

Sin embargo, la tesis de la cosa juzgada se halla expuesta, además de a unas apreciaciones críticas que se expondrán en diversos apartados a continuación, a algunas críticas concretas no siempre fáciles de superar<sup>93</sup>. Ciertamente las objeciones que aludían a los procesos sumarios y a las medidas cautelares resultan, casi siempre, satisfactoriamente rechazadas con la explicación de los límites objetivos y temporales a los que la cosa juzgada se somete, pero, a la vista de algunos supuestos de nuestro Derecho positivo, esa respuesta no siempre parece válida<sup>94</sup>.

#### **8.-B) Crítica fundamental del criterio de la cosa juzgada: La potestad jurisdiccional ¿es la potestad de actuar el Derecho sólo en última instancia?**

Siendo la potestad exclusiva de los órganos jurisdiccionales -de acuerdo con el anterior criterio- la potestad de actuar el Derecho de modo irrevocable, nada queda dicho sobre si, ante un caso en que se requiera la actuación del Derecho, ésta deberá llevarse inmediatamente a cabo por un órgano jurisdiccional, mediante el ejercicio de su exclusiva potestad, o si el legislador ordinario, sin ningún tipo de vinculación constitucional, puede establecer que esos asuntos se sometan a una previa resolución por órganos no jurisdiccionales.

Si la nota característica de la potestad jurisdiccional es la de actuar el Derecho de modo irrevocable, la potestad de actuar el Derecho a la que legalmente no se le atribuyera esa eficacia, no sería potestad jurisdiccional y, por tanto, no sería contrario a la Constitución investir de la misma a órganos no jurisdiccionales, siempre y cuando, frente a la resolución dictada por éstos, existiera la posibilidad plena de que los órganos jurisdiccionales se pronunciarán de modo definitivo e irrevocable.

El examen de la Ley Fundamental de Bonn ha inclinado a la mayoría de la doctrina alemana a mantener esa opinión, salvo en algunos supuestos específicos en los que la *Grundgesetz* impone un ejercicio *ab initio* de la potestad jurisdiccional. En palabras de DÜTZ, resumiendo esa tesis mayoritaria, a la que él también se adhiere<sup>95</sup>:

*«verlagen die Art. 92, 101 I 2, 19 IV 1 GG lediglich, dass die massgebliche letzte Entscheidung privatrechtlicher Angelegenheiten einem Richter vorbehalten bleibt. Danach kann der Gesetzgeber behördliche Vorverfahren zulassen bis hin zu Vorabentscheidungen in der Form eines*

---

<sup>92</sup> PAREJO ALONSO, L., *La garantía jurisdiccional frente a la actividad administrativa: a propósito de los artículos 24 y 104 del Anteproyecto de Constitución*, RAP, 1977, n.º 84, pp. 570-571; GARRIDO FALLA en *Comentarios a la Constitución* dirigidos por el mismo, pp. 1059-1069.

<sup>93</sup> Véanse, p. ej., las enunciadas y resueltas por SERRA, *Jurisdicción*, en Estudios, p. 60 y RAMOS, *Derecho y proceso*, pp. 140-144.

<sup>94</sup> Así, p. ej., respecto al proceso de alimentos provisionales pueden verse mis consideraciones en *Problemas del proceso de alimentos provisionales*, en Justicia 82, n.º III, pp. 53-61.

<sup>95</sup> DÜTZ, W., *Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz im Privatrecht*, Berlín-Zürich, 1970, pp. 202-207.



*streitentscheidenden Verwaltungsakts, soweit nur die Möglichkeit zur Anrufung des Gerichts erhalten bleibt»<sup>96</sup>.*

Similar ha sido la orientación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Le Compte, Van Leuven y De Meyère*, Sentencia de 28-junio-1981: «*La Cour ne croit pas indispensable de rechercher ce qu'il en était du conseil provincial. L' article 6 par. 1, s'il consacre le «droit à un tribunal» ( ... ) n'astreint pas pour autant les Etats contractants à soumettre les «contestations sur (des) droits et obligations de caractère civil» à des procédures se déroulant à chacun la leurs stades devant des «tribunaux» conformes à ses diverses prescriptions. Des impératifs de souplesse et d'efficacité, entièrement compatibles avec la protection des droits de l'homme, peuvent justifier l'intervention préalable d'organes administratifs ou corporatifs, et a fortiori d'organes juridictionnels ne satisfaisant pas sous tous leurs aspects à ces mêmes prescriptions; un tel système peut se réclamer de la tradition juridique de beaucoup d'Etats membres du Conseil de l'Europe»<sup>97</sup>.*

En mi opinión, desde un punto de vista dogmático, el criterio de la cosa juzgada resulta ser bastante seguro y preciso para individualizar la potestad jurisdiccional, pero si se parte del postulado de que la investigación de esta última no ha de desarrollarse sólo en un plano dogmático, sino que ha de tomar en consideración el texto constitucional y el contexto de la tradición jurídica en el que se inserta, las conclusiones a las que se llega por concederle al mismo una relevancia exclusiva, no parecen satisfactorias.

En primer término, esas conclusiones se hallan en abierta contradicción con el modo tradicional de ejercerse entre nosotros la potestad jurisdiccional en sus manifestaciones civil y penal: difícilmente cabe pensar que la Constitución autorice el cambio tan radical de estructuras jurídicas que supondría la posibilidad incondicionada de permitir una previa decisión administrativa en aquellos ámbitos.

En segundo lugar, han sido necesidades muy concretas de la argumentación las que han conducido a conceder relevancia al criterio de la cosa juzgada, por lo que la conclusión a la que -de momento- se ha llegado, sólo puede aceptarse en función de aquellas necesidades. Recuérdese que se trataba de distinguir la función jurisdiccional de actuación del Derecho de una similar función administrativa. El criterio de la cosa juzgada facilitaba una inmediata distinción. Pero no se investigó entonces si la función de actuación del Derecho le corresponde a la Administración incondicionalmente o sólo bajo ciertos presupuestos. En la medida en que un examen más profundo del texto constitucional permita sentar la segunda conclusión, el criterio de la cosa juzgada perderá su importancia exclusiva para identificar la potestad jurisdiccional.

En tercer lugar, hay que advertir que la CE proporciona unas orientaciones para resolver el problema de la identificación de la potestad jurisdiccional más precisas y completas que la *Grundgesetz* alemana, razón por la cual no cabría aceptar la tesis predominante en la doctrina alemana, porque nuestra construcción depende de otros condicionamientos.

En efecto, no puede ser irrelevante para el objetivo que perseguimos que, así como la *Grundgesetz* se limita a proclamar, en su art. 19-4, que «Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial», nuestra Constitución reconozca, por un lado, el derecho de toda persona «a obtener la

---

<sup>96</sup>DÜTZ, *Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz*, pp. 201-202. También KERNWOLF, *Gerichtsverfassungsrecht*, pp. 14-18; POHLE, en STEIN-JONAS, *Kommentar*, I, pp. 9-10.

<sup>97</sup> El texto de la sentencia puede verse en BJC, 1981-2, p. 154.



tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos» (art. 24-1 CE) y, por otro, la potestad de control de los Tribunales sobre «la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa» (art. 106-1 CE). Frente a la limitada conclusión que puede extraerse del precepto de la *Grundgesetz*<sup>98</sup>, las disposiciones de la CE permiten pensar que, para el constituyente, ambas regulaciones no se hallan totalmente superpuestas: para unos casos basta la del art. 24-1; para otros se estableció la segunda como especificación respecto a los derechos e intereses afectados por una previa actuación administrativa, cuya tutela se realiza mediante el control de la legalidad y del sometimiento a sus fines de esa previa actuación.

Tampoco carece de interés que, a diferencia del art. 92 de la *Grundgesetz* -que atribuye a los jueces el poder judicial, aunque no define este último-, el art. 117-3 CE ofrezca una cierta definición de la potestad jurisdiccional al expresar que ésta se ejerce juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado.

El problema que ahora nos planteamos es el de determinar bajo qué condiciones la actuación del Derecho, por ser expresión de la potestad jurisdiccional, exclusivamente puede atribuirse a órganos jurisdiccionales, sin que esa función pueda ser cumplida por otros órganos, ni siquiera con carácter previo y con eficacia no definitiva.

La Constitución sólo resuelve este problema con claridad para algunos supuestos específicos. Es posible, sin embargo, llegar a una solución de carácter general, interpretando los arts. 103-1 y 117-3 CE a la luz de ciertas posturas teóricas sobre la distinción funcional de Administración y Jurisdicción.

### **9.-C) Algunos supuestos previstos por la Constitución de actuación del Derecho «ab initio» por órganos jurisdiccionales**

Similarmente a como ocurre en la Ley Fundamental alemana<sup>99</sup>, la CE establece unos específicos supuestos en los que, por la importancia constitucional de la materia, la actuación del Derecho sólo puede operarse por los órganos jurisdiccionales. Dejando a un lado los que se relacionan con actividades de carácter instrumental<sup>100</sup>, esta normativa se orienta a excluir -con rango constitucional- el privilegio administrativo de decisión ejecutoria -mediante el cual se produce la actuación del Derecho por la Administración-, primero, en el régimen jurídico de los derechos fundamentales y de las libertades públicas y, segundo, de modo expreso y con alguna excepción, en materia de relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

En el primero de los sectores destacan, por la peculiar claridad con la que se produce el texto constitucional, el art. 20-5 (relativo a la libertad de expresión) y el art. 22-3 y 4 (referente al derecho de asociación).

El art. 20-5 CE, al disponer que «Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial», contrasta con el art. 64-2 de la Ley de Prensa e Imprenta de 18 de marzo de

---

<sup>98</sup> TROCKER, N., *Processo civile e Costituzione. Problemi di Diritto tedesco e italiano*, Milano, 1974, pp. 166-173.

<sup>99</sup> KERN-WOLF, *Gerichtsverfassungsrecht*, pp. 15-16.

<sup>100</sup> Arts. 18-2 y 3, 19-3 y 4 CE.

1966 que permitía a la Administración ordenar el secuestro de las publicaciones y con el art. 69, b, 3.0 de la misma Ley que autorizaba igualmente a la Administración a acordar la suspensión de publicaciones. Según la disposición constitucional, la Administración carece de la potestad de actuar esas específicas reacciones previstas por el ordenamiento y, en consecuencia, ha de limitarse a postularlas de un órgano jurisdiccional.

El art. 22, apartados 3 y 4 CE, suponen también una exclusión de la potestad administrativa de actuación del Derecho en orden al reconocimiento, suspensión y disolución de asociaciones, en favor de una actuación inmediata mediante la potestad jurisdiccional. Según la Ley de Asociaciones de 24 de diciembre de 1964 era atribución administrativa el reconocimiento de la asociación -no sólo por el cumplimiento de requisitos formales, sino también por la valoración de la licitud de sus fines (art. 3, apartados 4 a 6)- y la suspensión de sus actividades -art. 10-1 por el contrario, en la Ley de Partidos Políticos de 4 de diciembre de 1978 (arts. 3 y 5) y en la Ley reguladora del Derecho de asociación sindical de 1 de abril de 1977 (art. 3 y 5), desaparece la posibilidad de un acto administrativo previo que deniegue el reconocimiento de estas asociaciones o que ordene la suspensión o disolución de las mismas, de modo que si la Administración entiende que aquellos efectos proceden según Derecho, ha de solicitar el pronunciamiento de un órgano jurisdiccional.

En el segundo sector de normas -aunque pueden extraerse consecuencias de los arts. 140 y 141-2 CE en contra de la operatividad del privilegio de decisión ejecutoria en las relaciones de la Administración estatal y autonómica con las Administraciones local y provincial<sup>101</sup>- la CE sólo excluye, de modo expreso y parcial, un control no inmediatamente jurisdiccional, en materia de relaciones del Estado con las Comunidades Autónomas<sup>102</sup>. En efecto, el control de la actividad de los órganos de las Comunidades autónomas sólo puede tener un carácter no inmediatamente jurisdiccional cuando recaiga sobre el ejercicio de las funciones delegadas a que se refiere el apartado 2 del art. 150 CE (art. 153, b CE) y sobre la legislación territorial de desarrollo de una ley marco estatal (art. 150-1 CE). En los restantes supuestos, el control de la conformidad a la Constitución, al Estatuto o a la Ley, según los casos, ha de realizarse mediante el ejercicio de la potestad jurisdiccional por parte del Tribunal constitucional o de los Tribunales contencioso-administrativos (art. 153-a y c CE).

#### **10.- D) La actuación del Derecho «ab initio» por órganos jurisdiccionales en materia penal**

De acuerdo con la Constitución, la Administración tampoco tiene potestad de actuar el Derecho en materia penal. Esta actuación ha de producirse no sólo por primera vez, sino exclusivamente mediante el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

---

<sup>101</sup> Por la autonomía que a éstas reconocen los arts. 140 y 141-2 CE. Sobre las consecuencias de ello MOREY JUAN, A., *La suspensión de acuerdos de las Corporaciones locales y el artículo 118 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa a la vista de la nueva regulación*, en Justicia 82, nº II, pp. 114-127.

<sup>102</sup> MUÑOZ MACHADO, S., *Las potestades legislativas de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1981, pp. 46-47, 62-63, 107 ss.

Efectivamente, en la Constitución existe una correlación entre ejercicio de la potestad jurisdiccional, el proceso, la condena por un delito tipificado con anterioridad y la pena, que se deduce de los arts. 117-3, 24-2 y 25-1 CE: la potestad jurisdiccional se ejercita en el proceso (art. 117-3), alguna de cuyas garantías se formulan por la Constitución de modo literal con relación al proceso penal (art. 24-2), en el cual una persona puede ser *condenada* por una acción u omisión que constituyera *delito o falta* según la legislación vigente en el momento de cometerse (art. 25-1). A esa correlación se enfrenta la que el propio art. 25-1 CE establece, con precisa terminología, entre infracción administrativa y sanción (no penal), la cual -en virtud de la propia contraposición que expresa el texto constitucional- hay que entender que puede imponerla la Administración tras un procedimiento administrativo<sup>103</sup>. Lo que se concluye -básicamente del art. 25-1 CE y de que el término condena no puede entenderse más que como consecuencia de una actividad jurisdiccional- es que la infracción que formalmente sea delito o falta sólo puede ser castigada mediante el ejercicio de la potestad jurisdiccional<sup>104</sup>.

Esa interpretación sistemática de los preceptos constitucionales permite afirmar que ha quedado constitucionalizado el contenido esencial del art. 1 Lecrim<sup>105</sup>. Consecuentemente sería inconstitucional cualquier procedimiento jurídico que implicara atribuir a órganos no jurisdiccionales la imposición de penas por delitos o faltas, aunque su resolución pudiera ser después impugnada ante órganos jurisdiccionales.

Ahora bien, si la Constitución no estableciera un criterio material de distinción entre delito v falta, por un lado, e infracción administrativa, por otro, la conclusión antes sentada no obstaculizaría la libertad de configuración del legislador ordinario proyectada, directamente, sobre la naturaleza penal o administrativa de la infracción, e, indirectamente, sobre el ejercicio *ab initio* o sólo posterior a una previa actuación administrativa de la potestad jurisdiccional<sup>106</sup>.

En este sentido, la Constitución sólo fija un límite preciso al establecer que «la Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad» (art. 25-3 CE). Esto tiene, como primera consecuencia, que solamente a título de pena puede ser legalmente establecida la privación de libertad, y, como segunda consecuencia, precisamente por la correlación a la que nos referíamos al principio, que sólo mediante la potestad jurisdiccional puede ser impuesta.

Con ser importante el establecimiento constitucional de ese límite, no estima la doctrina que satisfaga plenamente las necesidades sentidas de acotar el ámbito del Derecho administrativo sancionador respecto al Derecho penal, porque nada indica sobre la utilización de sanciones pecuniarias o que afecten a derechos distintos a la

---

<sup>103</sup> Sobre los requisitos del procedimiento administrativo sancionador, GARCIA DE ENTERRÍA, *La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionadora*, pp. 362-368.

<sup>104</sup> En el mismo sentido, COBO DEL ROSAL, M., BOIX REIG, J., *Garantías constitucionales del Derecho sancionador*, en *Comentarios a la Legislación Penal*, I, p. 212.

<sup>105</sup> Sobre el mismo, GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, I, Madrid, 1947, pp. 26-36.

<sup>106</sup> CHIAVARIO, *Processo*, pp. 26-27.

libertad<sup>107</sup>. Y precisamente uno de los aspectos que conducen a reputar insatisfactoria la posibilidad de una extensión, sin más límites constitucionales que los del art. 25-3 CE, del Derecho administrativo sancionador, es la consecuencia acompañante de quedar excluido un ejercicio inicial de la potestad jurisdiccional, pues las sanciones administrativas se imponen en principio (el Derecho administrativo sancionador es *actuado* en principio) por la propia Administración.

#### 11.- LA POTESTAD JURISDICCIONAL COMO POTESTAD DE ACTUACIÓN DEL DERECHO POR VÍA DE HETEROTUTELA

Ninguno de los preceptos considerados en los dos apartados anteriores es suficiente para delimitar, en el plano constitucional, la potestad exclusiva de los órganos jurisdiccionales en toda su extensión. Esa insuficiencia cabe afirmarla -recuérdese lo dicho en el apartado 8- partiendo de que la Constitución no se ha limitado a configurar la potestad jurisdiccional como una potestad de control de la legalidad de una previa actuación administrativa. Particularmente esta insuficiencia es notoria -desde este último punto de vista- respecto a la manifestación de la potestad jurisdiccional en el ámbito del Derecho privado.

Es, pues, necesario determinar si de la Constitución cabe deducir una caracterización más general de la potestad jurisdiccional, que permita precisar cuál es esta potestad exclusiva de los órganos jurisdiccionales en toda su extensión. Eso es lo que, a modo de ensayo, vamos a intentar sobre la base de dos preceptos constitucionales -los arts. 103-1 y 117-3 CE- y con el apoyo de una orientación doctrinal sobre la distinción funcional entre Administración y Jurisdicción que, si bien presenta cierta diversidad de matices, es coincidente en lo esencial.

El punto de partida -como anunciaba- se halla en dos preceptos constitucionales que configuran, respectivamente, la función administrativa y el modo como se ejercita la potestad jurisdiccional: según el art. 103-1 CE, «La Administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa..., con sometimiento pleno a la ley y al Derecho»; el art. 117-3 CE determina que la potestad jurisdiccional se ejercita «juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado».

Cuando la Constitución caracteriza la potestad jurisdiccional por el juzgar, no creo que a este término quepa atribuir la significación genérica del juicio que precede a toda actividad humana racional. Efectivamente, en ese sentido, el juicio no es característico de la actividad jurisdiccional, porque si la actividad administrativa se ha de desarrollar con objetividad, con eficacia y con sometimiento pleno a la ley y al Derecho (art. 103-1 CE), no se comprende cómo esto pudiera conseguirse sin una marcada tendencia a la racionalización de esa actividad. Esa comprensión de la

---

<sup>107</sup> PARADA, *El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal*, RAP, 1972, n.º 67, p. 89; COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTON, T. S., *Derecho penal*, I, Valencia, 1980, p. 54, nota 124; COBO DEL ROSAL, BOIX REIG, *Garantías constitucionales*, en *Comentarios*, I, pp. 214-215; MUÑOZ CONDE, F., MIR PUIG, S., en Notas a su traducción de JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho penal*, I, Barcelona, 1981, pp. 86-87.

jurisdicción según el concepto genérico de juicio, evoca una antigua tesis de SCIALOJA<sup>108</sup>, acertadamente criticada por la doctrina<sup>109</sup>.

El juzgar, como atributo de la Jurisdicción, tiene -como indicó CHIOVENDA- el significado específico de la terriedad respecto a aquello que es juzgado, el significado que aparece al decir que «nadie es juez en pleito propio»<sup>110</sup>. De ahí deducía este autor la posibilidad de distinguir la actividad administrativa de la jurisdiccional, por la distinta función que desempeña el juicio en estas actividades: «También la Administración juzga porque no se obra sino en base a un juicio: pero juzga sobre la actividad propia. Por el contrario, la jurisdicción juzga de la actividad de otros y de una voluntad de la ley concerniente a otros»<sup>111</sup>.

La explicación de CHIOVENDA es esencialmente aceptada por CALAMANDREI<sup>112</sup>, MICHELI<sup>113</sup> y, entre nosotros, por GÓMEZ ORBANEJA<sup>114</sup>, DE LA OLIVA<sup>115</sup> y BONET<sup>116</sup>. Así, para CALAMANDREI, la diferencia entre Jurisdicción y Administración consiste principalmente en la diversa posición del juez y del administrador frente al Derecho: «Mientras la finalidad del juez es la de hacer observar el derecho a los otros, y, por consiguiente, la observancia del derecho es la finalidad del acto jurisdiccional, el administrador considera el derecho como un límite puesto a su propia conducta y la observancia del derecho es para él solamente un medio de conseguir sus fines de carácter social»<sup>117</sup>.

Desde el punto de vista de la relación de los órganos con los intereses jurídicamente tutelados, se ha manifestado una similar distinción entre Jurisdicción y Administración. Así para RASELLI -y DE MARINI acepta sus conclusiones<sup>118</sup>- «*l'amministrazione è l'attività statale rivolta a conseguire la soddisfazione di quegli interessi cui el diritto provvede in modo primario ed immediato, disciplinando rapporti in cui è parte lo Stato, impersonato dallo stesso organo che agisce*»<sup>119</sup>, mientras que «*la giurisdizione è... l'attività statale diretta ad attuare il diritto obbiettivo per assicurare il soddisfacimento di quegli interessi che il diritto tutela in linea primaria disciplinando rapporti fra altri soggetti o fra questi e lo Stato impersonato da organi distinti ed indipendenti dall'organo che svolge questa specie di attività*»<sup>120</sup>.

Para CARNELUTTI, «*l'autorità amministrativa, a differenza dall'autorità giudiziaria, giudica e comanda per lo svolgimento di un interesse in conflitto, non per la composizione del conflitto: si tratta di un giudizio e di un comando di parte, non di un giudizio e di un comando*

<sup>108</sup> En CHIOVENDA, *Principii*, p. 295, nota 1 puede verse la exposición de la tesis de SCIALOJA.

<sup>109</sup> CHIOVENDA, *Principii*, pp. 295-296; ROCCO, *La sentenza*, p. 11 en nota; SERRA, *Jurisdicción*, pp. 56-57.

<sup>110</sup> CHIOVENDA, *Instituciones*, II, p. 10.

<sup>111</sup> CHIOVENDA, *Instituciones*, II, p. 11.

<sup>112</sup> CALAMANDREI, *Instituciones*, I, pp. 188-190.

<sup>113</sup> MICHELI, *Curso*, I, pp. 6-7.

<sup>114</sup> GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho*, I, pp. 56-57.

<sup>115</sup> DE LA OLIVA, A., *Sobre conceptos básicos del Derecho procesal*, en RD Pro. Iberoam, 1976, pp. 197-200.

<sup>116</sup> BONET, *Derecho y Derecho jurisdiccional*, en *Escritos*, pp. 57-58.

<sup>117</sup> CALAMANDREI, *Instituciones*, I, p. 189.

<sup>118</sup> DE MARINI, C. M., *Considerazioni sulla natura della giurisdizione volontaria*, Riv. Dir. proc. civ., 1954-I, pp. 270-271.

<sup>119</sup> RASELLI, A., *Alcune note intorno ai concetti di giurisdizione ed amministrazione*, Milano, 1977, pp. 15-16.

<sup>120</sup> RASELLI, *Alcune note intorno ai concetti*, p. 16.



*imparziale; l'autorità amministrativa è uno dei soggetti in conflitto, l'autorità giudiziaria è sopra i soggetti in conflitto»<sup>121</sup>.*

La función de servir los intereses generales, que el art. 103-1 CE encomienda a la Administración, postula, para poder ser cumplida, que la Administración sea investida por el Derecho de una serie de posibilidades de actuación, de las que ha de hacer uso con arreglo a la ley y al Derecho<sup>122</sup>. Salvando todas las distancias se podría decir -y lo han dicho, por ejemplo, CHIOVENDA<sup>123</sup> y CALAMANDREI<sup>124</sup>- que, cuando la Administración hace uso de esas posibilidades, su actividad se asemeja a la del particular cuando realiza actos jurídicos para la gestión de sus intereses privados.

Ahora bien, la posición de la Administración respecto al Derecho, en nuestro ordenamiento, no se agota, en primer término, en su deber general de sujetarse al mismo en su actividad de satisfacción de los intereses generales, ni tampoco, en segundo término, si el Derecho establece una acción u omisión como debidos por los particulares en favor de los intereses generales cuya gestión está encomendada a la Administración, en el nacimiento para la Administración de una especie de derecho a aquella acción u omisión que, en la medida en que no encuentre voluntaria satisfacción, ésta deba hacer valer ante un órgano jurisdiccional.

La posición de la Administración respecto al Derecho se distingue netamente de la del particular, en cuanto la primera está también autorizada a actuar ese Derecho, es decir, a imponerlo imperativa y ejecutivamente, en el caso en el que el comportamiento debido no haya sido adoptado<sup>125</sup>.

Ahora bien, esa potestad de la Administración de actuar el Derecho se comprende y justifica como propia de ella, en cuanto es actuación del Derecho por vía de autotutela<sup>126</sup>. Es una actuación del Derecho derivada y dependiente de una previa posición jurídica sustantiva que la Administración, titular de aquélla, está autorizada a desarrollar frente a cualquier resistencia, de modo similar a como los particulares harían efectivos sus intereses jurídicos en el caso de restablecerse la autotutela privada.

A pesar de calificarla como función judicial atribuida a la Administración, a KELSEN no se le pasó por alto su peculiaridad de ser una función coordinada con las funciones estrictamente propias de la Administración: «La función administrativa específica -decía KELSEN- solamente puede llenar su propósito en cooperación con la función judicial específica. Por esto es enteramente natural conferir la función judicial, *en la medida en que se encuentra en conexión orgánica con la función administrativa específica*, a órganos administrativos»<sup>127</sup>.

Esa peculiar potestad de la Administración resulta más acertadamente designada como potestad de autotutela, porque, como luego se verá, no supone el cumplimiento de una función judicial. Como tal potestad de autotutela la ha explicado

---

<sup>121</sup> CARNELUTTI, *Sistema*, I, p. 218.

<sup>122</sup> Una exposición de las que significan incidencia en la esfera jurídica del administrado puede verse en GARCIA DE ENTERRIA FERNÁNDEZ, *Curso*, II, pp. 93 ss.

<sup>123</sup> CHIOVENDA, *Instituciones*, II, pp. 10-11.

<sup>124</sup> CALAMANDREI, *Instituciones*, I, pp. 188-189.

<sup>125</sup> Véase supra apartado 5.

<sup>126</sup> Sobre la autotutela o autodefensa véase ALCALÁ-ZAMORA, N., *Proceso*, pp. 35 ss.; MONTERO, *Introducción*, pp. 88-90 y bibliografía allí citada.

<sup>127</sup> KELSEN, *Teoría general*, p. 329.



magníficamente, entre nosotros, GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>128</sup>, quien ha concluido lo siguiente sobre su justificación: «Las técnicas de autotutela que hemos expuesto se justifican hoy, como hemos notado, en la necesidad de que la Administración gestione «con objetividad los intereses generales» (art. 103.1 de la Constitución); son, pues, técnicas de gestión eficaz de los servicios públicos, que no pueden paralizarse por la necesidad de recabar asistencias judiciales previas»<sup>129</sup>.

Partiendo de esto, puede ya superarse el obstáculo que encontrábamos para distinguir la potestad jurisdiccional de algunas potestades administrativas, desde el punto de vista funcional de la actuación del Derecho<sup>130</sup>. La potestad jurisdiccional se diferencia porque no se ejerce como desarrollo de una posición jurídica material de la que los órganos jurisdiccionales sean titulares, sino puramente actuando el Derecho respecto a situaciones jurídicas materiales correspondientes a otros sujetos. Es, pues, una mera potestad de actuación del Derecho, que encuentra en esa sola función su justificación plena. Es, volviendo al texto constitucional, la potestad de actuar el Derecho «juzgando» -donde el «juzgar» tiene el significado específico del juicio que se proyecta sobre la posición jurídica de otros- y no, como la actividad administrativa, «servir los intereses generales», con la potestad adicional y complementaria de actuar el Derecho que tutela esos intereses.

## **12.-A) Consecuencias: la atribución exclusiva a los órganos jurisdiccionales de la potestad de actuar el Derecho por vía de heterotutela y la posible inconstitucionalidad de potestades atribuidas a la Administración en algunos supuestos.**

Hay que empezar advirtiendo que la Constitución no prohíbe en general la autotutela administrativa. Ésta representa una posición de la Administración tan arraigada y de tan extensa incidencia en nuestro Derecho, que una prohibición de la misma con carácter general hubiera requerido una norma constitucional suficientemente explícita. Pero no solo no existe esa norma, sino que el art. 106-1 -como advertía PAREJO ALONSO respecto a su formulación en el Anteproyecto de Constitución- «parece encubrir una clara limitación del juez a la 'revisión' *ex post* de la actividad administrativa, es decir, una configuración de lo contencioso-administrativo como proceso objetivo al 'acto' emanado de la Administración, el contenido de cuyo acto condiciona los poderes del juez, Cuando menos, la redacción literal del precepto no sólo autoriza, sino que propicia decididamente esta interpretación»<sup>131</sup>.

Sin llegar a tan excesivas consecuencias -que, por lo demás, aquel autor deplora-, es cierto -que el art. 106-1 CE confirma, por lo general, la técnica del acto administrativo previo solo ulteriormente controlado, en cuanto a su conformidad a Derecho, por los órganos jurisdiccionales. Confirman también la no prohibición constitucional de la autotutela administrativa preceptos constitucionales de alcance

---

<sup>128</sup> Véase íntegro el Capítulo IX de su Curso, I (con T. R. FERNÁNDEZ), pp. 407 ss. Para la doctrina italiana puede consultarse BIGLIAZZI GERI, L., *Profili sistematici dell'autotutela privata*, Milano, 1971, pp. 41-44 y la bibliografía citada allí.

<sup>129</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso*, I (con T. R. FERNÁNDEZ), p. 438.

<sup>130</sup> Supra apartado 5.

<sup>131</sup> PAREJO ALONSO, L., *La garantía jurisdiccional*, p. 574.

más restringido, unos porque, al excepcionarla para casos concretos, demuestran su validez como regla general<sup>132</sup>, otros porque se refieren a aplicaciones específicas de la misma<sup>133</sup>.

Desde luego, la prohibición no podría deducirse del art. 117-3 CE, que atribuye en exclusiva a los órganos jurisdiccionales la potestad jurisdiccional, precisamente por que mientras pueda identificarse en la normativa ordinaria una potestad de actuación del Derecho mediante autotutela no podrá ser calificada -como Potestad jurisdiccional. La conclusión sentada en este sentido, para el Derecho alemán, por BETTERMANN es perfectamente válida para el nuestro: «*Bestehe der Rechtsstreit dagegen zwischen dem Bürger und der Verwaltung, so sei deren Streitentscheidung keine Rechtsprechung und kollidiere daher nicht mit dem Rechtsprechungsmonopol der Gerichte*»<sup>134</sup>.

Nada de lo dicho debe interpretarse como una aceptación ciega de la situación normativa actual de la autotutela administrativa. Se trata sólo de advertir que, en sí y salvo excepciones, no está constitucionalmente excluida. El legislador ordinario puede restringir sus manifestaciones y tal vez deba, en base a otros preceptos constitucionales -particularmente el art. 24-1 en cuanto asegura una tutela jurisdiccional efectiva- corregir, manteniendo lo esencial de esta técnica, algunos excesos de la misma, mediante, por ejemplo, la reducción del número de recursos administrativos previos al acceso a los tribunales o la facilitación de la suspensión de la ejecutividad del acto administrativo impugnado<sup>135</sup>.

Ahora bien, de lo expuesto en el apartado 11 sí que cabe extraer la importante conclusión de que, en la medida en que no pueda detectarse una técnica de autotutela administrativa, es decir, si se le atribuye a la Administración una potestad de actuación del Derecho no conexas con una previa situación jurídico material de la propia Administración, a cuya tutela puede proveer ella misma- sino referida exclusivamente a una situación jurídica ajena, se infringe netamente la norma constitucional del art. 117-3, porque esa es una potestad jurisdiccional y, por tanto, exclusiva de los órganos jurisdiccionales. Y esta inconstitucionalidad se produce igualmente aunque, atendiendo al art. 106-1 CE, no se niegue el posterior control jurisdiccional de esa actuación administrativa advertencia ésta lo suficientemente ilustrativa de las diferentes consecuencias, en el plano de la constitucionalidad, de asumir como nota característica de la potestad jurisdiccional la producción de cosa juzgada o la que nosotros defendemos.

Todavía esta actuación del Derecho por la Administración podría intentar legitimarse con el argumento de que la Administración sigue sirviendo con ella los intereses generales, en cuanto efectivamente puede afirmarse que existe un interés general en que el Derecho sea actuado. Pero, obviamente, este argumento supone

---

<sup>132</sup> Supra apartado 9.

<sup>133</sup> Por ejemplo, la potestad de imponer sanciones contemplada por el art. 25-1 o la de controlar parte de la actividad de las Comunidades Autónomas (art. 153-b CE).

<sup>134</sup> Citado por DÜTZ, W., *Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz*, p. 202.

<sup>135</sup> Sobre esto GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ, *Curso*, I, pp. 432-434; PARADA, J. R., *Derecho administrativo, Derecho privado*, pp. 110-111; PAREJO, *La garantía jurisdiccional*, pp. 571-572, 580-587; ALMAGRO, J., *Garantías constitucionales del proceso civil*, Justicia 81, número especial, pp. 24-28.

desconocer abiertamente la necesidad de una interpretación sistemática de los preceptos constitucionales, delimitadora de su específico sentido dentro del conjunto de la Constitución.

Es cierto que existe un interés general en la actuación del Derecho, incluso cuando éste no tutela un interés cuya gestión se halle atribuida a la Administración, pero fuera de este caso no cabe admitir que la Administración actúe al servicio de aquel interés general, porque su satisfacción está atribuida a los órganos jurisdiccionales mediante el ejercicio de su exclusiva potestad. Como advierte DE MARINI, el interés general y mediato del Estado en la actuación del Derecho objetivo queda satisfecho con asegurar el ejercicio mismo de la jurisdicción<sup>136</sup>.

No cabe entrar aquí en un examen exhaustivo en extensión e intensidad, de los supuestos en los que nuestro Derecho atribuye a la Administración una potestad de características jurisdiccionales en el sentido en el que nosotros las entendemos, pero es necesario hacer una referencia a algunos de ellos, advirtiendo de la necesidad de proceder con cautela en esta materia por la gravedad de las consecuencias teóricas que implica la calificación de cada uno de los supuestos.

En primer término, se ha advertido por la doctrina una injerencia de la Administración en la resolución de conflictos entre particulares, a la que se ha calificado de «función arbitral» de la Administración<sup>137</sup>, aunque con la peculiaridad de ser una intervención arbitral -una solución heterocompositiva- no previamente aceptada, sino impuesta. En palabras de PARADA, la garantía de algunas normas que afectan a intereses privados no se organiza «a través del otorgamiento a los interesados y afectados directos la correspondiente acción ante los Tribunales civiles, sino otorgando a la Administración un no necesario papel de árbitro, de juez provisional, decididora por ello de las cuestiones suscitadas a través de actos administrativos sólo atacables en la jurisdicción contenciosa, privando de este modo a los particulares afectados de un enfrentamiento directo dentro de un sistema de garantía equilibrado como es un proceso civil»<sup>138</sup>.

El propio PARADA ha creído detectar este fenómeno en la intervención administrativa en las materias de distancias entre farmacias, fijación del justiprecio en la expropiación por interés social entre particulares, defensa de la competencia, derecho de réplica en la prensa e inscripción de marcas en el Registro de la Propiedad Industrial<sup>139</sup>. GARCÍA DE ENTERRÍA ha añadido otros supuestos<sup>140</sup> y RIVERO ISERN se ha referido al carácter jurisdiccional de algunas atribuciones del Jurado Central de Publicidad<sup>141</sup>. En materia laboral también se ha advertido esa modalidad de intervención de la Administración<sup>142</sup>. Recientemente se ha denunciado también en

---

<sup>136</sup> DE MARINI, *Considerazioni sulla natura della giurisdizione volontaria*, p. 270.

<sup>137</sup> PARADA, *Derecho administrativo, Derecho privado*, p. 83; GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ, *Curso, I*, p. 438; RIVERO YSERN, E., *Administración y jurisdicción: La Junta Central de Publicidad y el Jurado Central de Publicidad*, RAP, 1977, n.º 84, p. 590.

<sup>138</sup> PARADA, ob. y lug. cit. en la nota anterior.

<sup>139</sup> PARADA, *Derecho administrativo, Derecho privado*, pp. 83-84; del mismo, *Privilegio de decisión ejecutoria*, pp. 111-112.

<sup>140</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ, *Curso, I*, pp. 438-439.

<sup>141</sup> RIVERO, *Administración y jurisdicción*, pp. 589-595.

<sup>142</sup> Departamento de Derecho del Trabajo. Facultad de Derecho. Universidad de Valencia, *Lecciones de Derecho del Trabajo, I*, Valencia, 1981, pp. 92-102; STC 8-abril-1981 (Pleno) Recurso

relación a ciertas atribuciones del IRYDA y de las Juntas Arbitrales de Arrendamientos Rústicos según la nueva regulación sobre esta materia<sup>143</sup>. A mi juicio constituye un ejemplo particularmente claro de esta injerencia administrativa el art. 119 del Reglamento para la ejecución de la Ley de Propiedad intelectual (R. D. 3-septiembre-1880) al disponer que «Los Gobernadores civiles, y donde éstos no residieren los Alcaldes, decidirán sobre todas las cuestiones que se susciten sobre la aplicación de este Reglamento entre empresas de espectáculos públicos y los autores, actores, artistas y dependientes de los mismos, cuyos acuerdos serán ejecutados sin perjuicio de las reclamaciones ulteriores». Este curioso precepto presenta, en el mismo Reglamento, unas no menos curiosas concreciones en la potestad de aquellas autoridades administrativas de acordar la suspensión de representaciones realizadas sin permiso de los propietarios de las obras (art. 3) o el depósito del producto de las entradas en garantía de los créditos de los propietarios de las obras (art. 104).

En segundo término, parte de la doctrina administrativa estima que el Derecho administrativo sancionador ha excedido con mucho en nuestro ordenamiento los límites en que está justificado como potestad de autotutela, para convertirse en un Derecho tutelador del orden social en su conjunto<sup>144</sup>.

### **11-B) La naturaleza de las potestades del órgano jurisdiccional respecto al proceso**

Ahora bien, no toda la actividad del órgano jurisdiccional puede concebirse como ejercicio de una potestad sobre situaciones jurídicas ajenas a aquel órgano, porque él es uno de los sujetos de la relación jurídica procesal y realiza actos para el desarrollo de esa relación que, lógicamente, son expresión de una potestad proyectada sobre una relación jurídica propia.

Sería, pues, forzoso reconocer, de acuerdo con el criterio por nosotros mantenido, que esta última potestad no es jurisdiccional. Efectivamente, BALLBE concluye que los actos del juez en el proceso, salvo la sentencia de fondo son actos de naturaleza administrativa<sup>145</sup> y administrativa sería también, pues, la potestad que al realizarlos ejerce el juez. SERRA lo utiliza como un argumento decisivo contra este modo de cualificar la potestad jurisdiccional<sup>146</sup>.

CHIOVENDA previó esta posible crítica y la rebatió con el argumento de que en el juez prevalece el juicio sobre la actividad ajena<sup>147</sup>. DE LA OLIVA, entre nosotros, acepta este argumento y añade el de que no es correcto intentar transponer

---

de inconstitucionalidad 192/ 1980, BJC 1981-2, p. 104; MONTERO, J., *Un nuevo proceso Laboral: los litigios en materia de aviación civil y marina mercante*, en Justicia 81, número especial, pp. 107-108.

<sup>143</sup> ALMAGRO, *Garantías constitucionales*, pp. 27-28; LOZANO HIGUERO, M., *La nueva legislación procesal sobre arrendamientos rústicos*, en Justicia 82, n.º II, pp. 82-83.

<sup>144</sup> PARADA, J. R., *El poder sancionador de la Administración*, pp. 41-93, especialmente pp. 46-47, 66-67; GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ, *Curso*, I, pp. 439-440. Una tesis similar mantenida por el Tribunal Constitucional alemán puede verse en ZOLLNER, W., *Betriebsjustiz*, ZZP, 1970, p. 382.

<sup>145</sup> BALLBE, *La esencia del proceso*, pp. 42-46.

<sup>146</sup> SERRA, *Jurisdicción*, en *Estudios*, pp. 39-40.

<sup>147</sup> CHIOVENDA, *Instituciones*, II, p. 11.

una concepción de la función de la globalidad de ésta a cada uno de los actos en que se desarrolla, esto -advierte- ni siquiera ha dado buenos resultados cuando se ha mantenido como criterio cualificador el de la cosa juzgada, al obligar a distinguir entre actos jurisdiccionales puros y actos jurisdiccionales por conexión<sup>148</sup>.

Pero un argumento valioso lo ofrece GUTIÉRREZ DE CABIEDES: «las normas que se dirigen al Juez y disciplinan su actividad dentro del proceso, son normas procesales no administrativas, ya que la ajenidad que se predica de la jurisdicción no es respecto al procedimiento en el que la jurisdicción es el sujeto directivo, sino respecto a la relación jurídica sustantiva, como demuestran irrefutablemente las causas de abstención y de recusación. Es respecto a la *res in iudicium deducta* frente a la cual la jurisdicción debe ser imparcial, y la Administración en su procedimiento resulta interesada, de tal manera que a aquélla y no a ésta se le puede aplicar el viejo aforismo *nemo iudex in sua causa*»<sup>149</sup>. En efecto nadie ha dicho, ni pudo decir, como afirma SERRA, «que el juez es extraño al proceso»<sup>150</sup>, porque de ser así no se comprendería cómo sus actos inciden en el proceso.

A mi juicio, además, el tema resulta bastante aclarado si se le sustrae del plano dogmático en el que viene planteado y se busca resolverlo a la luz de los preceptos constitucionales<sup>151</sup>.

Se ha dicho que el proceso es humanamente necesario para juzgar<sup>152</sup>. En efecto, a falta del mismo, la producción de una sentencia correcta sería un resultado tan aleatorio como el de un juego de azar.

Esa necesidad se comprende también jurídicamente, porque la relación funcional entre el proceso y el Derecho material, obliga a regular jurídicamente aquél, delimitando los poderes del juez y de las partes, para que el Derecho material pueda tener, a través del proceso, una aplicación igual en los casos iguales<sup>153</sup>.

Pero, además, el proceso como actividad jurídica realizada con participación judicial es también impuesto por la Constitución. El art. 117-3 CE no permite que la potestad jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado pueda ejercitarse de cualquier modo, sino que somete su ejercicio a las normas de procedimiento que las leyes establezcan. E incluso la regulación legal del procedimiento específicamente judicial no es indiferente al legislador constitucional, que establece normas tanto respecto a la forma del mismo (art. 120 CE), como respecto a los derechos de las partes (art. 24-1 y 2 CE) y los poderes del juez (art. 118 CE). Considero, en consecuencia, que la tesis de que las potestades del órgano jurisdiccional en la relación jurídica procesal no son jurisdiccionales o son, de algún modo, «menos»

---

<sup>148</sup> DE LA OLIVA, *Sobre conceptos básicos*, pp. 198-199.

<sup>149</sup> GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Una nueva reflexión en Estudios*, pp. 50-51.

<sup>150</sup> SERRA, *Jurisdicción*, en *Estudios*, p. 39.

<sup>151</sup> Con ese criterio, más que dogmáticamente, deben analizarse dos temas de política legislativa relacionados con la cuestión que ahora consideramos: las facultades de la policía judicial y del Ministerio Fiscal en la instrucción previa penal y la nueva configuración de las funciones del secretario judicial en el proceso.

<sup>152</sup> FENECH, M., *Derecho procesal penal*, I, Barcelona, 1960, p. 37; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Una nueva reflexión en Estudios*, p. 551; MONTERO, *Introducción*, p. 180.

<sup>153</sup> BAUR, F., *Potere giudiziale e formalismo del diritto processuale*, en Riv. trim. Dir. proc. civ., 1965, pp. 1683-1696.

jurisdiccionales, está llamada a permanecer en un plano puramente teórico y no puede tener ninguna incidencia en el Derecho positivo, por que el ordenamiento constitucional impide que esas potestades le sean sustraídas al órgano jurisdiccional.



BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, N. Proceso, autocomposición y autodefensa, México, 1970. Notas relativas al concepto de jurisdicción, en Estudios de teoría general e historia del proceso, I, México, 1974.

ALMAGRO NOSETE, J. Garantías constitucionales del proceso civil, Justicia 81, número especial.

ALLORIO, E. Ensayo polémico sobre la «jurisdicción voluntaria», en Problemas de Derecho Procesal, II, Buenos Aires, 1963 (trad. SENTIS MELENDO). Nuevas reflexiones críticas en tema de jurisdicción y cosa juzgada, en Problemas, II.

ARENS, P. Die Grundprinzipien des Zivilprozessrechts, en Humane Justiz, Kronberg/Ts, 1977.

BALLBE, M. La esencia del proceso, RGLJ, 1947.

BAUR, F. Potere giudiziale e formalismo del Diritto processuale, Riv. trim. Dir. proc. civ., 1965.

BIGLIAZZI GERI, L. Profili sistematici dell'autotutela privata. Milano, 1971.

BONET NAVARRO, A. Derecho y Derecho jurisdiccional (conceptos), en Escritos sobre la jurisdicción y su actividad, Zaragoza, 1981.

CALAMANDREI, P. Instituciones de Derecho procesal civil según el nuevo Código, I, Buenos Aires, 1962. Il concetto de «lite» nel pensiero di Francesco Carnelutti, en Opere giuridiche, I, Napoli, 1965.

CARNELUTTI, F. Sistema del Diritto processuale civile, Padova, 1936. Teoría generale del Diritto, Roma, 1940.

CARRERAS, J. Las fronteras del juez, en Estudios de Derecho Procesal (con FENECH), Barcelona, 1962.

COBO DEL ROSAL, M., BOIX REIG, J. Garantías constitucionales del Derecho sancionador, en Comentarios a la Legislación Penal, I, Madrid, 1982.

COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTÓN, T. Derecho Penal, I, Valencia, 1980.

CHIAVARIO, M. Proceso e garanzie della persona, Milano, 1977.

CHIOVENDA, G. Instituciones de Derecho procesal civil, I y II, Madrid, 1936, (trad. GÓMEZ ORBANEJA). Principii di Diritto processuale, Napoli, 1923.

DE LA OLIVA SANTOS, A. Sobre conceptos básicos del Derecho procesal, RDProIberoam, 1976.

DE MARINI, C. M. Considerazioni sulla natura della giurisdizione volontaria, Riv. Dir. proc. civ., 1954-1.

DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL TRABAJO. FACULTAD DE DERECHO. UNIVERSIDAD DE VALENCIA. Lecciones de Derecho del Trabajo, I, Valencia, 1981.

DÍEZ PICAZO, L. Comentarios a las reformas del Código Civil, I, Madrid, 1977.

DÍEZ PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A. Sistema de Derecho civil, I Madrid, 1978.

DÜTZ, W. Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz im Privatrecht, Berlin-Zürich, 1970.

FAIRÉN GUILLÉN, V. Algunos conceptos y principios fundamentales de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, Valencia, s. f. La potestad jurisdiccional, RDJ, 1972, julio-diciembre. El proceso como función de satisfacción jurídica, en Temas del ordenamiento procesal, I, Madrid, 1969.

FEBRAJO, A. Funzionalismo strutturale e sociologia del Diritto nell'opera di Niklas Luhmann, Milano, 1975.

FENECH, M. Derecho procesal penal, I, Barcelona, 1960.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Algunas reflexiones sobre el Derecho administrativo norteamericano (a propósito de una nueva exposición sistemática del mismo), RAP, 1978. La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionadora de la Administración: dos importantes sentencias del Tribunal, Constitucional, REDA, 1981. La lucha contra las inmunidades del poder, Madrid, 1979.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ, T. R. Curso de Derecho Administrativo, I y II, Madrid, 1980.

GARRIDO FALLA, F. Comentarios a la Constitución (dirigidos por Garrido Falla), Madrid, 1980.

GIMENO SENDRA, J. V. Fundamentos del Derecho Procesal, Madrid, 1981.

GÓMEZ ORBANEJA, E. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, I, Barcelona, 1947. Derecho procesal civil, T, Madrid, 1976.

GRUNSKY, W. Grundlagen des Verfahrensrecht, Bielefeld, 1974.

GUASP DELGADO, J. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, I, Madrid, 1943. La pretensión procesal, ADC, 1952, enero-marzo.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E. Una nueva reflexión acerca del concepto del Derecho Procesal, en Estudios de Derecho Procesal Pamplona, 1974.

HAGEN, J. J. Die soziale Funktion des Prozesses, ZZP, 1971. Elemente einer allgemeine Prozesslehre. Ein Beitrag zur allgemeinen Verfahrenstheorie, Freiburg i. Br., 1972.

HENCKEL, W. Prozessrecht und materielles Recht, Göttingen, 1970. Vorbeugender Rechtsschutz im Zivilrecht, en Archiv für die zivilistische Praxis, 1974.

JAUERNIG, O. Zivilprozessrecht, München, 1981.

KELSEN, H. Justiz und Verwaltung, Wien, 1929. Teoría general del Derecho y del Estado, México, 1969. Teoría pura del Derecho, Buenos Aires, 1971 (trad. NILVE).

KERN, E., WOLF, M. Gerichtsverfassungsrecht, München, 1975.

KÜTZ, H. Vorbeugender Rechtsschutz im Zivilrecht, en Archiv für die zivilistische Praxis, 1974.

LIEBMAN, E. T. Manual de Derecho procesal civil, Buenos Aires, 1980 (trad. SENTIS MELENDO).

LOZANO HIGUERO, M. La nueva legislación procesal sobre arrendamientos rústicos, Justicia 82, II.

LUHMANN, N. Legitimation durch Verfahren, Darmstadt, 1978.

MARTÍN-RETORTILLO Y BAQUER, L. Estudio preliminar a la obra de DOMPER FERRANDO, J., Repertorio de la jurisprudencia de conflictos jurisdiccionales (1948-1975), Madrid, 1978.

MICHELI, G. A. Curso de Derecho procesal civil, I, Buenos Aires, 1970 (trad. SENTIS MELENDO).

MONTERO AROCA, J. Introducción al Derecho procesal, Madrid, 1979. Un nuevo proceso laboral: los litigios en materia de aviación civil y marina mercante, Justicia 81, número especial.

MONTORO, A. Conflicto social, Derecho y proceso, Murcia, 1980.

MOREY JUAN, A. La suspensión de acuerdos de las Corporaciones locales y el art. 118 de la Ley de la Jurisdicción contencioso administrativa a la vista de la nueva regulación, Justicia 82, II.

MORON PALOMINO, M. Sobre el concepto de Derecho procesal, RDPrIberoam-filip., 1962.

MUÑOZ CONDE, F., MIR PUIG, S. Notas a la traducción de JESCHECK, H. H., Tratado de Derecho Penal, Parte general, I, Barcelona, 1981.

MUÑOZ MACHADO, S. Las potestades legislativas de las Comunidades autónomas, Madrid, 1981.

- ORTELLS RAMOS, M. Problemas del proceso de alimentos provisionales, *Justicia* 82, III.
- PARADA VÁZQUEZ, J. R. Derecho administrativo, Derecho privado, Derecho garantizador, *RAP*, 1967, n.º 52. El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal, *RAP*, 1972, n.º 67. Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso, *RAP*, 1968, n.º 55.
- PAREJO ALONSO, J. La garantía jurisdiccional frente a la actividad administrativa: a propósito de los arts. 24 y 104 del Anteproyecto de la Constitución, *RAP*, 1977, no 84.
- POHLE, R. STEIN-JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, I, Tübingen, 1972.
- PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, L. *Tratado de Derecho procesal civil*, 1 Madrid, 1952.
- RAMOS MÉNDEZ, F. *Derecho y proceso*, Barcelona, 1978.
- RAPISARDA, C. *Premesse allo studio della tutela civile preventiva Riv. Dir. Proc.*, 1980.
- RASELLI, A. *Alcune note intorno ai concetti di giurisdizione ed amministrazione*, Milano, 1977.
- REDENTI, E. *Intorno al concetto di giurisdizione*, en *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, I, Milano, 1962.
- RIVERO YSERN, E. *Administración y jurisdicción: La Junta Central de Publicidad y el Jurado Central de Publicidad*, *RAP*, 1977, n.º 84.
- ROCCO, A. *La sentenza civile*, Milano, 1962.
- ROMANO, S. *Poderes, potestades*, en *Fragmentos de un diccionario jurídico*, Buenos Aires, 1964 (trad. SENTIS MELENDO).
- ROSEMBERG, L., SCHWAB, K. H. *Zivilprozessrecht*, München, 1977.
- SERRA DOMINGUEZ, M. *Jurisdicción*, en *Estudios de Derecho procesal*, Barcelona, 1969.
- TROCKER, N. *Processo civile e Costituzione. Problemi di Diritto tedesco e italiano*, Milano, 1974.
- VIZIOZ, H. *Les notions fondamentales de la procédure et la doctrine française du Droit public*, en *Etudes de Procédure*, Bordeaux, 1956.
- WACH, A. *Manual de Derecho procesal civil*, I y II, Buenos Aires, 1977 (trad. BANZHAF).
- ZANZUCCHI, M. T. *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1948.
- ZÖLLNER, W. *Betriebsjustiz*, ZZP, 1970.

**RECENSIÓN A LA OBRA DE  
SASSANI, BRUNO, NOTE SUL CONCETTO DI INTERESSE AD AGIRE, MAGGIOLI  
EDITORE, RIMINI, 1983, 199 PÁGINAS<sup>(\*)</sup>**

MANUEL ORTELLS RAMOS  
Catedrático de Derecho Procesal  
Universitat de Valencia

Esta breve obra de SASSANI -que forma parte de la serie de publicaciones de la *Facoltà di Giurisprudenza* de la Universidad de Perusa- no es, ni pretende ser, una exposición sistemática del concepto de *interesse ad agire*, establecido por el art. 100 del *Codice di procedura civile*.

Produce al autor perplejidad que la importancia de la norma del interés en el *Codice* y en la praxis jurisprudencial, no haya motivado una definitiva aclaración doctrinal del concepto, hallándose desde hace tiempo en suspenso el debate sobre el mismo.

Ello genera una situación confusa cuyos factores más relevantes serían los siguientes: preponderancia -al enfrentarse con el problema- de los planteamientos dogmáticos sobre los hermenéuticos; la confusión del momento de la determinación del concepto de interés con el de apreciación de su concurrencia en el caso concreto; mantenimiento jurisprudencial de un concepto de interés como lesión del derecho -y por tanto integrante de la cuestión de fondo- contradictorio con su consideración como presupuesto procesal; ambigüedad del concepto de utilidad -¿material?, ¿procesal?- que suele utilizarse para definir el interés; utilización del concepto como «comodín» para explicar los más diversos fenómenos y marginación de algunas relaciones, tales como la existente entre *interesse ad agire* y el interés como situación legítimamente en el proceso administrativo y, más excepcionalmente, en el civil.

Se enfrenta, en primer término, el autor con las posturas doctrinales que consideran el concepto de interés como superfluo, puesto que en la configuración normativa de la acción ya se halla implícita la consideración del interés, del que no es necesario ofrecer una alegación y prueba específicas (REDENTI, ALLORIO). La crítica de SASSANI, que recuerda una tesis bastante difundida en la doctrina alemana sobre el tratamiento de la *Rechtsschutzbedürfniss*, es la siguiente: en las llamadas acciones atípicas el interés no ha sido legalmente valorado y reconocido, por lo que se requiere su positiva demostración caso por caso; pero incluso en las típicas, ese interés normativamente presupuesto puede faltar, por excepción, en el caso concreto, de modo que el art. 100 conserva su carácter preceptivo, permitiendo al demandado que se defienda alegando esa falta.

En el capítulo III, considera la funcionalidad atribuida a la norma del *interesse ad agire* para justificar la admisibilidad en el ordenamiento italiano de una figura general de acción merodeclarativa. No cabe afirmar, sin más, que la segunda derive de la primera, por cuanto uno es -y a resolver previamente- el problema de si el ordenamiento admite una modalidad de tutela jurisdiccional y otra cosa que, admitida,

---

<sup>(\*)</sup> Publicado en *Justicia*, 1984, número IV, pp. 982-983

la subordine en concreto a la existencia de un interés en obtenerla. En efecto, si bien se mira la tesis chiovendiana favorable a la admisibilidad general de la mera declaración, se observa que no atribuye a la norma del interés una directa eficacia generadora: ésta corresponde más bien al conocido postulado de que «*il processo deve dare per quanto e possibile praticamente a chi a un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli a diritto di conseguire*». Ocurre, sin embargo, como aclara SASSANI, que la norma del interés ha sido un dato relevante para resolver aquel problema previo, en cuanto «sugería» o presupone el principio de que si existe un interés debe haber una tutela adecuada al mismo.

Arrancando de la consideración de la crítica de SATTA, el capítulo IV versa sobre la naturaleza y función del *interesse ad agere*. La naturaleza del interés es material: el juicio sobre su existencia o no es fruto de una valoración de los intereses materiales en juego. Pero la función del interés -en el artículo 100 Cpc- es procesal, no porque tenga por objeto el mero actuar en el proceso, sino porque es presupuesto de la admisibilidad de ese actuar. Por esta razón, el interés -aunque de naturaleza material- no puede confundirse con el derecho subjetivo, puesto que éste es el objeto mismo de la declaración judicial.

En los tres últimos capítulos se investiga la relación de la norma del interés con normas que se refieren al mismo como situación legitimante.

Dejando para el capítulo VI la crítica de las posturas que niegan netamente que esa relación exista, extrae el autor en el capítulo V las consecuencias de tesis mantenidas -especialmente en el capítulo IV- en orden a explicar la naturaleza y función del *interesse legitimo* en el proceso administrativo: si bien ese interés es material, su función es sólo procesal. Porque se limita a condicionar la admisibilidad del pronunciamiento sobre la conformidad o no a Derecho de la actividad administrativa, que es lo que constituye la cuestión de fondo del proceso.

Excepcionalmente también en el proceso civil es el interés una situación legitimante. En general, la doctrina entiende, sin embargo, que ese interés no tiene nada que ver con el *interesse ad agere*, puesto que el tema de la legitimación ha de resolverse previa e independientemente, conduciendo esto último a que se afirme, sin más, que estas situaciones legitimantes se concretan en la titularidad de una relación jurídica dependiente del derecho deducido en juicio. Para el autor esta conclusión revela una aplicación reduccionista de las normas que hacen del interés una situación legitimante: la legitimación del titular de la relación dependiente no se explica sólo por la eficacia refleja de la sentencia, sino por la utilidad que esa sentencia puede tener para él, presupuesta esa eficacia refleja. El método de determinación del interés legitimante es, pues, idéntico al del *interesse ad agere*, al tiempo que aparece injustificado restringir esta legitimación sólo a aquellos a quienes la sentencia puede ser útil en virtud de aquella específica posición respecto al derecho deducido.

En el último capítulo se ocupa el autor de la importancia de la norma del interés para una interpretación sistemática del art. 102 del Codice, relativo a la integración del contradictorio en supuestos de litisconsorcio necesario no respetado inicialmente. Salvo cuando la ley dispone la participación en el proceso de una pluralidad de personas, es la norma del interés la que proporciona el *quid* para el ejercicio de la potestad del par. 2 del art. 102, en el sentido de que el juez debe valorar si, dado lo pedido y los términos subjetivos en que ha quedado planteado el proceso, la sentencia

puede proporcionar o no una «mínima utilidad suficiente», en otros términos, satisfacer un interés, ejercitando, si la conclusión es negativa, aquella potestad.

Probablemente por su brevedad, por el tratamiento más intenso que extenso de la materia, el libro no es de fácil lectura. La argumentación aparece muy concentrada y exige para su cabal comprensión un amplio conocimiento del debate -no menos amplio sobre el tema del interés en el proceso.

El tema se halla, entre nosotros, huérfano de un tratamiento doctrinal suficiente -si se excluye la faceta del interés directo en el proceso administrativo-. Ello tal vez se deba a la falta de una norma del alcance del art. 100 del Codice, pero hay en nuestro ordenamiento normas que conceden relevancia procesal al interés y también una utilización de ese concepto en la práctica que postulan una *adecuada investigación*.



**CÓDIGO TIPO Y REFORMA DEL PROCESO ENTRE DERECHO COMÚN Y DERECHO  
UNIFORME EN AMÉRICA LATINA<sup>(\*)</sup>**

MANUEL ORTELLS RAMOS  
Catedrático de Derecho Procesal  
Universitat de València (Estudi General)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. 1. Una interpretación del tema. 2. Derecho común y unificación del Derecho. 3. El «Código procesal civil modelo» en el marco de la unificación del Derecho en Iberoamérica. II. DEL VIEJO PROCESO CIVIL DEL DERECHO COMÚN... 4. Subsistencia en Iberoamérica del sistema de enjuiciamiento civil de la ex-metrópoli. 5. Los rasgos de la LEC española de 1855 y la quiebra de la tendencia progresiva en la evolución del proceso civil español. 6. El éxito de la L E C de 1855 en los países iberoamericanos y desaprovechamiento de mejores legados del Derecho colonial. 7. La crisis del sistema de enjuiciamiento civil heredado. III. A UN DERECHO COMÚN DEL MODERNO PROCESO CIVIL. 8. La tendencia a la unidad como freno y como impulso. 9. Modo de elaboración y prestación del «Código modelo». 10. Elementos tradicionales en el contenido del «Código modelo». 11. Elementos característicos de un «proceso civil social». IV. DIFERENTES EXPECTATIVAS DE DIFUSIÓN DEL «CÓDIGO MODELO». 12. Difusión legislativa. 13. Difusión «jurisprudencial».

---

<sup>(\*)</sup> Publicado en *Un "Codice tipo" di Procedura Civile per L'America Latina*, Atti del Congresso Internazionale Roma, 26/28 de settembre 1988, Cedam –Padova, 1990, pp. 69-102.

También publicado en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma Nacional de México*, 1990, números 169-170-171, páginas 219-254, con el título «Tradición y cambio en el proceso civil Iberoamericano (A propósito de un «Código Procesal Civil Modelo»)».

## 1. INTRODUCCIÓN

### 1. Una interpretación del tema

Honestamente debo decir que el enunciado del tema asignado no me ilustró, con claridad y de entrada, sobre cuáles eran las materias a estudiar y cuál el planteamiento del estudio. Fue necesario algo más que la interpretación literal.

En conclusión me ha parecido razonable entender que lo que se pide es una reflexión sobre el Código Procesal civil modelo para Iberoamérica (en adelante: Código modelo) - no sólo considerado como algo hecho, sino también en su proceso de elaboración y en las perspectivas de futuro que se abren ante el mismo -atendiendo a dos puntos de referencia: una cierta unidad del régimen jurídico del proceso civil en los países iberoamericanos y la reforma de ese proceso (la necesidad y la orientación de la misma).

A su vez, uno de los puntos de referencia de nuestro estudio puede desdoblarse. En efecto, cierta unidad en el régimen jurídico de una institución, en este caso del proceso civil, puede producirse o realizarse por vías diversas. De ahí el título: entre derecho común y derecho uniforme. Pero este enunciado sugiere, además de la posible diversidad de vías, otro interesante matiz: que el Código modelo pudiera significar, sí no una vía intermedia, sí un modo de producir la unidad del Derecho que presenta elementos de aquellos dos diferentes caminos, el derecho común y el derecho uniforme. Luego se verá si y hasta qué punto es certera esta intuición.

También debe ser motivo de reflexión la relación que pueda existir entre aquellos dos puntos de referencia (unidad y reforma). En esta relación se encuentra probablemente la clave explicativa del Código modelo: aprovechar las tendencias y fuerzas unificadoras para configurar un proceso civil moderno y adecuado a las necesidades y exigencias de la sociedad iberoamericana.

Una última advertencia en cuanto al planteamiento del tema y el método. Podría haberse dado al tema un enfoque más formal, en el sentido de resaltar lo que el Código modelo representa como supuesto concreto de un proceso de unificación del Derecho. Sin descuidar ese aspecto, he pensado que, en un congreso de procesalistas y hallándose también en tela de juicio una propuesta de reforma del proceso civil, era importante entrar, con el carácter general obligado en este primer tema, en los «contenidos» del Código modelo.

## 2. Derecho común y unificación del Derecho

La unidad del Derecho, de las normas jurídicas reguladoras de cierta institución, en ámbitos en que con anterioridad regían regímenes diferentes, puede producirse de modos diversos.

En el punto más general de la clasificación de los mismos --que además resulta muy apropiado para nuestro trabajo, por la necesidad de diferenciar el Derecho común y el Derecho uniforme-- puede distinguirse, con DAVID<sup>1</sup> y GORLA<sup>2</sup>, entre la unificación propiamente dicha, como intento o voluntad de determinar la unificación o aproximación de sistemas jurídicos, manifestado mediante procedimientos *ad hoc*, y otras situaciones en que la semejanza entre las leyes de diversos Estados no se debe a aquel intento, sino a otros hechos. Se ha intentando etiquetar esas dos grandes modalidades, creo que sin demasiado éxito. Se habla<sup>3</sup>, respectivamente, de unificación voluntaria o formal -la única unificación en el sentido de RENÉ DAVID- y de unificación espontánea. Tal vez fuera mejor terminología la de unificación y unidad no planificada.

Más importante es hacer notar que los supuestos de la segunda se determinan por exclusión (frente a los de unificación estricta) y cubren una amplia serie de fenómenos: la aparición de leyes o costumbres similares, por similitud de condiciones socioeconómicas o políticas, la imitación de códigos o leyes de unos países por otros (como ocurrió con el *Code Napoléon* o con los textos legales básicos de la ex-metrópoli respecto a las colonias que alcanzaban la independencia) y otros<sup>4</sup>.

El derecho común, como concreto fenómeno histórico desarrollado en Europa entre los siglos XII y XVIII, es una de las manifestaciones de ese modo de producirse la unidad sin una planificación dirigida a lograrla<sup>5</sup>.

El derecho común<sup>6</sup> no se extendió en los países europeos como consecuencia de una unidad política; más bien cuando su introducción aparecía muy vinculada a tal idea encontraba rechazo en países bien dispuestos, sin embargo, a recibir aquel

---

<sup>1</sup> DAVID, R., *The international unification of private Law*, en «International Encyclopedia of Comparative Law», II, Tübingen, Paris, New York, s. d., capítulo 5, apartado 11.

<sup>2</sup> GORLA, G., *Unificazione «legislativa» e Unificazione «giurisprudenziale»*, en «Diritto comparato e Diritto comune europeo», Milano, 1981, págs. 651-653.

<sup>3</sup> Así, por ejemplo, BOUZA VIDAL, N., *Significado y alcance de la armonización de legislaciones en la Comunidad Económica Europea*, Revista de Instituciones Europeas, pág. 398, 1981.

<sup>4</sup> GORLA, *Unificazione «legislativa»*, cit., pág. 652; BOUZA: *Significado y alcance de la armonización*, cit. pág. 398.

<sup>5</sup> GORLA, *Unificazione «legislativa»*, cit. pág. 652.

<sup>6</sup> Para la en extremo sintética enunciación de las características del derecho común que figura en el texto, me he servido de CALASSO, F: *Introduzione al Diritto comune*, Milano, 1951, passim; KOSCHAKER, P., *Europa und das römische Recht*, Berlín, 1947, págs. 55-245; WIEACKER, F., *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, Madrid, 1957 (trad. FERNANDEZ JARDON), GORLA, *Unificazione «legislativa» e Unificazione «giurisprudenziale»*, cit. págs. 661-694; DAVID, R., *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Madrid, 1968 (trad. BRAVO GALA), págs. 30-40, así como los manuales de historia del Derecho español de LALINDE ABADIA, TOMÁS Y VALIENTE y PÉREZ-PRENDES. Información más amplia y actualizada puede hallarse en los dos primeros tomos de la obra que dirige HELMUT COING: *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*.

ordenamiento a título «técnico», por su calidad y utilidad. El Derecho común fue expresión de una comunidad cultural y se difundió entre los juristas por la vía racional y persuasiva propia de una ciencia. Sobre la base de la recepción de los textos de Derecho romano y con la aportación metodológica que va a suponer la filosofía escolástica, se formó una propia ciencia jurídica, que no sólo sistematizó las fuentes romanas, sino que, trascendiendo de las mismas, elaboró nuevas categorías y conceptos, ajustó aquellos textos a las nuevas condiciones sociales, económicas y políticas y revisó, evolutivamente, sus propias soluciones, todo ello transido de la idea de que ese modo de tratar el Derecho era compartido en los diversos países que formaban el mundo civilizado.

Sea mediante la obra de las universidades y su incidencia a través de la formación de los juristas, sea por la labor práctica de éstos en el ámbito forense, ese modo de concebir el Derecho tendía a un grado considerable de uniformidad del mismo.

El derecho común, además de ser ese concreto fenómeno histórico, puede también considerarse como una peculiar forma de realización de la unidad del Derecho, caracterizada por la falta de intervención imperativa dirigida a producir la unificación, pero de gran efectividad en cuanto radica en una visión unitaria del Derecho, compartida por los juristas, que informa su labor y que alcanza aceptación generalizada de manera persuasiva y racional. En este aspecto el derecho común es un fenómeno repetible en otros momentos y circunstancias históricas<sup>7</sup>.

El derecho uniforme, a diferencia de lo anterior, es una de las múltiples formas de unificación del Derecho, es decir, de consecución o logro de su unidad mediante un proceso planificado para alcanzarla.

Los intentos de unificación del Derecho se dan en ámbitos diversos, con diferentes instrumentos y objetivos y pueden perseguir diferentes grados en esa finalidad genérica de unificación. En cuanto a los ámbitos, puede darse en el interno de un estado federal respecto a los derechos de los estados federados; o en el plano internacional, tanto genéricamente en las relaciones entre los diversos Estados, como en el seno de una organización supranacional<sup>8</sup>. Los instrumentos son variados: convenios, leyes uniformes, leyes modelo; reglamentos y directivas en el ámbito de la C. E. E.; en las técnicas de unificación se percibe, además, la incidencia de las organizaciones internacionales<sup>9</sup>. Hay igualmente diversidad en las materias objeto de unificación y en los objetivos perseguidos con ella: genéricamente, se persigue

---

<sup>7</sup> Por la doctrina se postula esta actitud de los juristas para alcanzar la plena efectividad de los actuales procesos de unificación del Derecho: Véase DAVID, *The international unification*, cit., apartados 4, 5, 8, 276 y 277; del mismo, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Madrid, 1968 (trad. BRAVO GALA), Págs. 51-52; GORLA, *Unificazione «legislativa»*, cit., págs. 655-658, 695-703.

<sup>8</sup> BARIATTI, S., *L'interpretazione delle convenzioni di Diritto uniforme*, Verona, 1986, págs. 1-2.

<sup>9</sup> BARIATTI, S., *L'interpretazione delle convenzioni*, cit., págs... 6-11, 12-18; PIPKORN, J: *Les methodes de rapprochement des legislations a l'interieur de la C. E. E.*, en «L'influence des Communautés européennes sur le droit international privé des Etats membres», Bruxelles, 1981, págs. 14-18; BOUZA, *Significado y alcance de la armonización*, cit., pág. 399; GONDRA ROMERO, J. Ma., *Integración económica e integración jurídica en el marco de la Comunidad Económica Europea*, en *Tratado de Derecho comunitario europeo*, I, Madrid, 1986 (dir. GARCÍA DE, ENTERRÍA, GONZÁLEZ CAMPOS, MUÑOZ MACHADO), págs. 275-312.

eliminar los obstáculos que para el desarrollo, fomento y eficacia del tráfico jurídico externo supone la diversidad legislativa entre los estados; en el ámbito de la C. E. E., la finalidad es evitar que esa diversidad obstaculice el establecimiento y funcionamiento del mercado común<sup>10</sup>. En cuanto a los grados de unificación, suelen usarse varios términos para expresar diferencias en aquéllos: uniformación, aproximación, armonización<sup>11</sup>.

Aunque la terminología sea imprecisa e insegura<sup>12</sup>, parece que deba hablarse de «ley modelo» -me alejo así de la expresión usada en el título del tema (derecho uniforme), para aproximarme al calificativo que se ha puesto al Código que nos ocupa- en la acepción estricta de un texto que, desde luego, carece de cualquier eficacia normativa, que se recomienda a los estados para que tramiten proyectos de ley ajustados al mismo -aunque con posibles variaciones respecto a la ley modelo, incluso previstas por ésta- y cuya expectativa de aceptación radica en la calidad intrínseca del texto<sup>13</sup>.

Esta mínima intensidad, en el plano formal, de la virtualidad unificadora de la ley modelo puede confirmarse con las dos siguientes observaciones.

Primera, que en Estados Unidos, donde surge la técnica y la denominación, «model act» frente a «uniform act», designa aquellos textos tendentes a la unificación -en los trabajos de la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*- relativos a materias en las que la uniformidad no se estima muy necesaria, por lo que la recomendación de acoger el texto y hacerlo sin variaciones es menos intensa que en el caso de la «uniform act», aparte de los menores requisitos del procedimiento de aprobación<sup>14</sup>.

Segunda, el uso de la terminología «ley modelo» y «ley uniforme» en la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, en la que se ha acabado por contraponer «ley modelo» a la unificación del Derecho mediante tratado internacional -conteniendo él mismo las normas uniformes o figurando éstas en un texto anexo-, precisamente porque de las primeras no deriva para los estados ningún

---

<sup>10</sup> BARIATTI, *L'interpretazione delle convenzioni*, cit., págs. 18-40; PIPKORN, *Les methodes de rapprochement*, cit., págs 18-24; BOUZA: *Significado y alcance de la armonización*, cit., págs. 397, 398, 399-400.

<sup>11</sup> BARIATTI, *L'interpretazione delle convenzioni*, cit., págs. 3-6; BOUZA, *Significado y alcance de la armonización*, cit., págs. 397, 400-403.

<sup>12</sup> Véase sobre la misma VIÑAS FARRE, R., *Unificación del Derecho internacional privado. Conferencia de La Haya D.I. Pr.*, Barcelona, 1978. págs. 130-131.

<sup>13</sup> VIÑAS, *Unificación del Derecho*, pág., 137. Ilustrativa de la naturaleza de las leyes modelos en el plano internacional es la advertencia de VIÑAS -Pág. 159- de que la Conferencia de La Haya «tiene un carácter diplomático. Si aceptara pura y simplemente el método de las Leyes Modelo se convertiría en un organismo científico que procedería en el campo internacional a la elaboración de modelos de reglas conflictuales».

<sup>14</sup> DAVID, *The international unification*, cit., apartado 545, pero en general sobre el procedimiento de las *Uniform Laws* en sentido amplio en EE. UU, véanse los apartados 540 al 552; VIÑAS, *Unificación del Derecho*, cit., págs. 131-133; ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, N. *Unificación de los Códigos procesales mexicanos tanto civiles como penales*, en «Derecho procesal mexicano», I, México 1985, págs. 17-18.

compromiso internacional de introducirlas en su ordenamiento, y, menos, de hacerlo sin alteraciones en su texto y de mantenerlas en vigor<sup>15</sup>.

Si a todo esto se añade que leyes modelo pueden ser elaboradas y patrocinadas por entidades no oficiales, no gubernamentales<sup>16</sup>, aquellos rasgos específicos de esta técnica de unificación no hacen más que acrecentarse.

Podría decirse, con todas las reservas, que, por lo que llevamos dicho, la técnica de unificación de las leyes modelos es la que más próxima se halla del fenómeno de unidad no planificada del Derecho que conocemos como derecho común. La difusión de aquellas leyes en diferentes ordenamientos no se apoya en ningún elemento imperativo, sino que depende de la calidad del texto, de la *auctoritas* que rodea a quienes lo han elaborado y al procedimiento de su formación, de que consiga convencer en el plano de una cultura jurídica compartida por los elaboradores y los posibles destinatarios de tales textos.

### **3. El «Código procesal civil modelo» en el marco de la unificación del Derecho en Iberoamérica**

Se trata ahora de situar el Código modelo en el contexto de los intentos de unificación del Derecho en Iberoamérica, para apreciar si asume dentro de él una significación específica que aquí merezca ser destacada.

Las tendencias a la unificación del Derecho en Iberoamérica se muestran desde el momento mismo de la independencia. Suele citarse en este sentido, como remoto antecedente, el Congreso de Panamá de 1826, convocado por SIMON BOLIVAR, de modo coherente con el pensamiento de unificación política alentado por el libertador, y en el que se formularon propuestas de codificación del Derecho internacional del pueblo americano<sup>17</sup>.

Tales tendencias han chocado siempre con importantes dificultades y no han alcanzado el éxito previsible partiendo de un presupuesto que, de entrada, permitía augurar unos resultados más positivos. En efecto, como recuerda VIEIRA, «L'Amérique latine, si on la compare avec les autres continents, jouit d'une situation particulière que quelques juristes tels que Valladão ont perçue: l'Amérique latine possède une base juridique semblable, due à une source commune de presque tous les codes latino-américains. Il n'existe pas dans le continent une querelle d'écoles juridiques comme on trouve en Europe parmi familles de droit, romaine et germanique, on les différences entre le droit continent et la common law. On ne

---

<sup>15</sup> VIÑAS, *Unificación del Derecho*, cit., págs. 134-145; BARIATTI, *L'interpretazione delle convenzioni*, cit., págs. 13-18.

<sup>16</sup> DAVID, *The international unification*, cit., apartado 212; ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, N., *Los problemas jurídicos suscitados por la planificación económica y social (con especial referencia a los de índole procesal)*, en «Estudios de teoría general e historia del proceso», II, México, 1974, pág. 169.

<sup>17</sup> VIEIRA, M. A., *Le droit international privé dans le développement de l'intégration latino-américaine*, en «Recueil des cours», 1970, 11. págs. 394-395; PARRA ARANGUREN, G., *Recent developments of conflict of laws conventions in Latin America*, en «Recueil des cours», 1979, III, pág. 65; SAMTLEBEN, J., *Internationales Privatrecht in Lateinamerika*, Tübingen, 1979, págs. 6-7.



rencontre pas dans notre continent les énormes différences législatives ou contumières de l'Afrique»<sup>18</sup>.

Sin posibilidad de profundizar en la materia<sup>19</sup>, sí que es conveniente recordar los hitos más significativos en el movimiento unificador, como el Congreso de Lima (1877-1878), los primeros tratados de Montevideo (1888-1889), la serie de trabajos patrocinados por las sucesivas conferencias panamericanas, los segundos tratados de Montevideo (1939-1940); en el ámbito de la OEA., la labor desarrollada por el Consejo interamericano de jurisconsultos, su Comité jurídico interamericano y las conferencias interamericanas de Derecho internacional privado; en fin, hay que registrar los intentos de unificación en el ámbito del Mercado Común de América Central y de la Asociación Latino-Americana de Libre Cambio.

La consideración de las materias en que han fijado su atención los intentos de unificación --con muy diverso grado de progreso de los trabajos correspondientes: desde la mera propuesta de estudio hasta el tratado firmado<sup>20</sup>- pone de manifiesto su coincidencia con las materias que en el campo internacional en general son objeto de esfuerzos unificadores y que, según recuerda BARIATTI, suelen clasificarse en tres categorías: convenciones de derecho material uniforme, convenciones de derecho internacional privado en sentido estricto o sobre la ley aplicable, y convenciones de derecho procesal civil internacional<sup>21</sup>.

Dentro de la primera clase, las tareas unificadoras han contemplado materias tales como la propiedad intelectual e industrial, el derecho marítimo, letra de cambio y otros títulos valores, reconocimiento de personalidad a sociedades, venta internacional de bienes muebles, transporte internacional por diversos medios. El objetivo de la unificación en estas materias sería eliminar las inseguridades en asuntos que normalmente son objeto de tráfico jurídico transnacional, estableciendo normas materiales específicamente aplicables a los mismos, que evitan la necesidad de las normas de conflicto y aseguran un fácil e inmediato conocimiento del régimen jurídico de la relación<sup>22</sup>.

La unificación de las normas sobre conflictos de leyes -segunda clase de materias antes citada y de la que también hay muestras en el ámbito latinoamericano- persigue también eliminar inseguridades aunque con técnica distinta a la anterior: siendo la misma la norma de conflicto es previsible que conduzca a un mismo resultado (sobre el Derecho aplicable) aunque la apliquen jueces de los diferentes estados<sup>23</sup>.

En el tercer grupo de textos que, para empezar, sólo regulan aquellos aspectos procesales en los que está presente algún elemento extranjero, la conveniencia de la unificación se funda igualmente en lograr una mayor seguridad sobre la norma

---

<sup>18</sup> VIEIRA, *Le droit international privé dans le développement*, cit., pág. 436.

<sup>19</sup> Más ampliamente pueden verse, sobre el tema, las obras de VIEIRA, PARRA ARANGUREN y SAMTLEBEN citadas en nota 17

<sup>20</sup> Una visión de esas materias puede encontrarse también en las obras de VIEIRA, PARRA ARANGUREN y SAMTLEBEN citadas en nota 17.

<sup>21</sup> BARIATTI, *L'interpretazione delle convenzioni*, cit., pág. 18.

<sup>22</sup> BARIATTI, *L'interpretazione delle convenzioni*, cit., págs. 18-19.

<sup>23</sup> DROBNIG, V., *Unification of national laws and the uniformisation of the rules of private international law*, en «L'influence des Communautés européennes sur le droit international privé des Etats membres», Bruxelles, 198 1, págs. 2-3.

aplicable muchas veces obstaculizada por la superabundancia, asistematismo y diversidad de los ámbitos de vigencia de las normas correspondientes<sup>24</sup>.

En este contexto surge el «Código procesal civil modelo» que, con todas las limitaciones que se quieran es, en definitiva, una propuesta concreta de unificar el régimen jurídico del proceso civil en los diversos países iberoamericanos.

Parece obvio que este intento de unificación tiene un significado muy especial dentro de aquel conjunto, porque no es posible considerarlo dirigido hacia alguno de los objetivos que se han ido apuntando como propios de cada una de las categorías de textos uniformes. Ni siquiera los perseguidos por los textos de derecho procesal civil internacional, puesto que el Código modelo no sólo se proyecta sobre aquellos aspectos del proceso civil en los que incide algún factor internacional<sup>25</sup>.

Mi hipótesis sobre ese significado especial del Código modelo es la siguiente: una difusa conciencia unificadora<sup>26</sup>, unida a la constatación de los antecedentes históricos comunes del proceso civil de los diversos países y a una experiencia, igualmente compartida por todos, de los graves defectos de ese proceso civil, han conducido a acometer, de manera también conjunta, la labor de configurar un proceso civil moderno, adecuado a las necesidades de la sociedad iberoamericana y expresivo -en cuanto una ley procesal no es políticamente neutra- de la ideología que se postula como más fructífera para ella.

---

<sup>24</sup> En general, véase ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, N., *Bases para unificar la cooperación procesal internacional*, en «Estudios procesales», Madrid, 1975, págs. 514-577, especialmente pág. 537-539, donde expone el estado de cosas que aconseja la unificación. Sobre esta materia en el ámbito americano véase A.A.V.V., *Cooperación interamericana en los procedimientos civiles y mercantiles*, México, 1982, passim.

<sup>25</sup> ALCALÁ-ZAMORA, *Bases para unificar la cooperación procesal*, cit., págs. 565-566.

<sup>26</sup> Esa conciencia se proclama en diversos escritos relacionados con la preparación del Código modelo; así VESCOVI, E., *Elementos para una teoría general del proceso civil latinoamericano*. México, 1978, págs. 1-10; INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL, *El Código procesal civil modelo para Iberoamérica, Historia, antecedentes, exposición de motivos, texto del anteproyecto*, Montevideo, 1988, págs. 15-17; GELSI BIDART, A., *El anteproyecto de Código general del proceso para América Latina de Enrique Vescovi. Luis Torello Giordano, Adolfo Gelsi Bidart*, en «Materiali della sezione di studi giuridici del programa strategico del CNR "Celebrazioni colombiane"», s. d., pág. 23. Es interesante también en este sentido, VESCOVI, ENRIQUE, VESCOVI, EDUARDO, *Hacia la integración institucional: evolución del derecho internacional privado y comunitario en Latinoamérica*, en «La Ley», Buenos Aires, 8 de diciembre 1987, pág. 2. col. 4.

## II. DEL VIEJO PROCESO CIVIL DEL DERECHO COMÚN...

### 4. Subsistencia en Iberoamérica del sistema de enjuiciamiento civil de la ex metrópoli.

Cuando los países iberoamericanos alcanzaron la independencia y comenzaron la tarea de configurar su organización estatal y de elaborar su legislación propia, tomaron en consideración diferentes modelos según la materia que debiera regularse. Como se ha apuntado<sup>27</sup>, así como en materia constitucional y administrativa la atención se dirigió fundamentalmente hacia el modelo norteamericano, que también fue influyente en materia de organización judicial<sup>28</sup>, por el contrario, en el Derecho privado y en el proceso civil los nuevos Estados permanecieron fieles a la herencia recibida de las ex metrópolis.

La explicación fácil de esa diferencia de orientaciones puede creerse hallarla en la componente política de las diversas materias. En gran parte la explicación será acertada. Pero, desde la experiencia española, no puedo dejar de destacar la advertencia de que, en el proceso civil, el modelo legado por la tradición pudo subsistir porque era asimilable y fue asimilado por la nueva ideología liberal<sup>29</sup>. Gráficamente lo dijo GOLDSCHMIDT al calificar el proceso civil español como «un recipiente liberal del siglo XIX, en el que se ha vaciado el vino antiguo del proceso común de los siglos pasados»<sup>30</sup>. Curiosamente expresiva de ciertos afanes del liberalismo español, es esta defensa de partidas que, precisamente con ocasión del debate sobre las bases de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 que tanto iba a recoger del Código Alfonsino, hizo GOMEZ DE LA SERNA: «... si no pudieron plantearse estas leyes desde luego; si se retrasó por dos siglos la marcha de la civilización, achaquémoslo a la fatalidad de los tiempos, a una nobleza altanera que por su provecho se opone a la marcha de la civilización y al bien de la humanidad; que quería que permanecieran vigentes sus fueros, sus privilegios, las hazañas y los albedríos; que sostenían su sistema tiránico y usurpador, y que resistía a todo lo que era nivelar, igualar, introducir en el Estado orden y organización»<sup>31</sup>.

La supervivencia en los nuevos estados iberoamericanos del sistema de enjuiciamiento civil español se va a producir, según los momentos históricos y según los países, por tres caminos diferentes.

---

<sup>27</sup> LIEBMAN, E. T.: *Istituti del diritto comune nel processo civile brasiliano*, en «Problemi del processo civile», Napoli, 1962, págs. 491-492.

<sup>28</sup> ALSINA, H., *Influencia de la Ley española del enjuiciamiento civil de 1855 en la legislación procesal argentina*, en «Actas del I Congreso Ibero-americano y filipino de Derecho Procesal», Madrid, 1955, pág. 301; OÑATE LABORDE, S., *Evolución del Derecho procesal mexicano. Antecedentes, desarrollo histórico, problemas centrales y soluciones*, en «LXXV años de evolución jurídica en el mundo», III, México, 1978, págs 226-227.

<sup>29</sup> Véase sobre ello MONTERO, J., *Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su centenario*, Madrid, 1982, págs. 77-79.

<sup>30</sup> Las palabras pertenecen al prólogo de la edición española de *Derecho procesal civil*, Barcelona, 1936, trad. PRIETO-CASTRO y notas ALCALÁ-ZAMORA, pág. X.

<sup>31</sup> Cit. por FAIRÉN, V., *Estudio histórico de la Ley procesal de 1855*, en «Actas del I Congreso Iberoamericano y filipino de Derecho procesal», Madrid, 1955, pág. 444; sobre la tendencia política liberal de GÓMEZ DE LA SERNA, en este mismo estudio de FAIRÉN, pág. 439.

En primer lugar y en los años iniciales de la independencia, aunque en algunos casos tuvo una más prolongada duración, sencillamente se confirmó la vigencia de los mismos textos normativos que regían en la época colonial<sup>32</sup>. En definitiva, y aunque el sistema de fuentes era más complejo, ello suponía respecto al proceso civil la vigencia de Partidas<sup>33</sup>.

En segundo término, en el momento en que comenzaron a elaborarse los primeros códigos procesales civiles ejerció una decisiva influencia como modelo de los mismos la ley española de enjuiciamiento civil de 1855<sup>34</sup>.

Por fin, y no sólo en el orden de la exposición y del desarrollo histórico, sino también en el sentido de que su importancia como modelo de textos procesales civiles iberoamericanos fue menor, también la ley de enjuiciamiento de 1881 influye en algunas codificaciones<sup>35</sup>.

En el caso de Brasil<sup>36</sup> la incidencia del Derecho de la ex-metrópoli se produjo de modo similar en la forma, pero con diferencias en el contenido, determinantes de una mejor calidad de su proceso civil comparativamente con el de los demás países iberoamericanos. Inicialmente continuaron rigiendo las *Ordenações Filipinas*, que en un principio reclamaban como supletorio al Derecho común (canónico, romano, glosa de Accursio y doctrina de Bartolo), lo que a mediados del siglo XVIII se fue abandonando en favor de concepciones de Derecho natural racionalista; posteriormente (1850) se reguló el proceso mercantil y civil con técnica legislativa moderna, pero manteniendo sustancialmente inalterada la estructura fundamental del proceso. El Código de 1939, además de otras influencias, tomó también como modelo el Código portugués inspirado por Dos Reis.

Volviendo a los países iberoamericanos de ascendencia española, preciso es hacer notar que, a la postre, resulta en gran medida irrelevante cuál fuera el modo históricamente concreto por el que se produjo la conservación del sistema procesal civil de la ex-metrópoli. De la Partida III –que recoge una determinada configuración

---

<sup>32</sup>Véase, por ejemplo, OÑATE, *Evolución del Derecho procesal mexicano*, cit., pág. 232; ALSINA, *Influencia de la ley española*, cit., págs. 295, 305; MORALES MOLINA, H., *Curso de Derecho procesal civil, Parte general*, Bogotá, 1983, pág. 173; PARODI REMÓN, C. A., *Legislación orgánica y procesal del Perú*, en Justicia 83, IV, pág. 1.010.

<sup>33</sup>ALCALÁ-ZAMORA, N., *Introducción al estudio de los procedimientos ordinarios en primera instancia en los países iberoamericanos*, en «Nuevos estudios de Derecho procesal», Madrid, 1980, pág.74.

<sup>34</sup>ALSINA, *Influencia de la ley española*, cit., págs 301, 304, 306-308; OÑATE, *Evolución del Derecho procesal mexicano*, cit., pág. 232; MORALES, *Curso*, Cit., 173; ALCALÁ-ZAMORA, N., *Código modelo y modelo de Códigos: el de procedimiento civil de la Ciudad del Vaticano*, en «Estudios procesales», Madrid, 1975, pág. 419-420; VESCOVI, E., *Derecho procesal civil*, I, Montevideo, 1974, pág. 113.

<sup>35</sup>PARODI, *Legislación orgánica*, cit. pág. 1011; OÑATE, *Evolución del Derecho procesal mexicano*, cit., págs. 244-245; ALCALÁ-ZAMORA, *Código modelo*, cit., págs 419-420; SARMIENTO NÚÑEZ, J. G., *Consideraciones sobre la reforma del Código de Procedimiento Civil venezolano*, en «Libro homenaje a Jaime Guasp», Granada, 1984, pág. 548.

<sup>36</sup>Véase LIEBMAN, *Istituti del diritto comune*, cit., págs 494-502, de las que son apretadísimo resumen las líneas que siguen en el texto.

del proceso ordinario de Derecho común<sup>37</sup> - a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, y de ésta a la de 1881 no se producen cambios esenciales en el régimen del proceso ordinario<sup>38</sup>. Como ha indicado MONTERO: «la Ley de Enjuiciamiento de 1855 significó la consolidación del (sistema procesal civil) construido en torno al juicio ordinario proveniente del Derecho común. A mediados del siglo XIX se reafirmaban las ideas de Jacobo de las Leyes, la Partida III formalmente era derogada, pero convertidas sus leyes en artículos, renacía de sus cenizas»<sup>39</sup>.

En cuanto a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, a pesar del texto de las bases 1<sup>a</sup><sup>40</sup> y 19<sup>a</sup><sup>41</sup>, de la Ley de 21 de junio de 1880 para la reforma del enjuiciamiento civil, quedó clara la *mens legislatoris* de no modificar en conjunto el sistema procesal, sino de limitar la reforma a aspectos de detalle, criterio que fue respetado al elaborar el texto articulado<sup>42</sup>.

---

<sup>37</sup> FAIRÉN GUILLÉN, V., *Puntos de vista en torno al proceso civil español*, en «Estudios de Derecho Procesal», Madrid, 1955, págs. 403-405; ALCALÁ-ZAMORA, *Introducción al estudio de los procedimientos ordinarios*, cit., págs 70-71; MONTERO, *Análisis crítico*, cit. págs. 23-25.

<sup>38</sup> Así se ha entendido también desde la perspectiva iberoamericana: COUTURE, E., *Trayectoria y destino del Derecho procesal civil hispanoamericano*, en «Estudios de Derecho procesal civil», I, Buenos Aires, 1978, págs 304-306; del mismo, *Fundamentos del Derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1966, págs. 23-24; VESCOVI, *Derecho*, I cit., pág. 113; del mismo, *Elementos para una teoría general*, cit., págs. 7-8; OÑATE, *Evolución del Derecho procesal mexicano*, cit., págs 232, 244-245; ALCALÁ-ZAMORA, *Código modelo*, cit. págs. 419-420; del mismo, *Introducción al estudio de los procedimientos ordinarios*, cit., págs. 71-73; del mismo, *Bases de trabajo para redactar el articulado*, cit., pág. 159.

<sup>39</sup> MONTERO: *Análisis crítico*, cit., pág. 53; FAIRÉN: *Estudio histórico*, cit., pág. 439-445.

<sup>40</sup> Decía su texto: «Adoptar una tramitación que abrevie la duración de los juicios tanto cuanto permitan el interés de la defensa y el acierto en los fallos, estableciendo al efecto reglas fijas y preceptos rigurosos para que no se consientan escritos ni diligencias inútiles; para que se observen los términos judiciales y sean eficaces los apremios, sin permitir en ningún caso más de uno, y para que se hagan efectivas las multas del litigante que diera lugar a ellas».

<sup>41</sup> Su texto era: «Y, por último, introducir en la Ley actual, dentro del espíritu que ha presidido a la redacción de las demás bases, las demás reformas y modificaciones que la ciencia y la experiencia aconsejen como convenientes».

<sup>42</sup> MONTERO, *Análisis crítico*, págs. 55-58.



## 5. Los rasgos de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855 y la quiebra de la tendencia progresiva en la evolución del proceso civil español

No obstante, como la doctrina ha destacado la especial influencia ejercida en los ordenamientos hispanoamericanos por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855<sup>43</sup>, me parece muy conveniente considerar ciertas características generales de este trabajo legislativo y el concreto sistema de principios que refleja el proceso ordinario regulado en el mismo.

Entre los rasgos generales de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 la doctrina ha resaltado críticamente su imperfecta sistemática<sup>44</sup> y la conservación de una excesiva variedad de tipos procedimentales<sup>45</sup>. Se la podría criticar también, desde un punto de vista actual, ser una ley exclusivamente procedimental, sesgo que también influyó en el contenido de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente<sup>46</sup>. En la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 no es posible hallar normas sobre el litisconsorcio y la intervención, sobre el régimen de eficacia en general de los actos procesales, respecto a las clases de tutela jurisdiccional postulables en el proceso de declaración y tampoco sobre la cosa juzgada y su extensión objetiva y subjetiva. Tal vez el casi exclusivo procedimentalismo de la ley merezca cierta comprensión si la contemplamos desde su momento histórico<sup>47</sup>, pero sin duda explica actuales insuficiencias de textos legales que la siguieron por ese camino.

Veamos ahora el sistema de principios a que responde el proceso ordinario de la LEC de 1855:

1) El principio de contradicción es cuidadosamente respetado (para el emplazamiento inicial: artículos 227-232), pero yo destacaría dos inconvenientes de este principio por su relación con la escritura del procedimiento: la falta de concentración hace necesarias una pluralidad de citaciones para actos distintos (así, para la práctica de cada prueba, artículos 278, 303, 304, 305); para que las partes puedan tomar conocimiento de las actuaciones se establece con exceso la técnica de la entrega de autos (artículos 234: para contestar demanda; artículo 273: para proponer prueba; artículos 528-329: para alegar de bien probado), más dada a posibilitar retrasos que la entrega de copias y la exhibición en secretaría.

2) En el principio de igualdad, la única concesión a planteamientos de igualdad real entre las partes es la defensa por pobre (artículos 79-200), con la que la ley se muestra cicatera hasta el plano de la expresión literal de ciertos preceptos (artículo

---

<sup>43</sup> Insiste en esta tesis particularmente ALCALÁ-ZAMORA, en varios trabajos como *A propósito de una planeada ley procesal civil hispanoamericana*, en «Estudios procesales», Madrid, 1975, págs., 197-199; *La reforma del enjuiciamiento civil español y el mundo procesal hispanoamericano*, también en «Estudios procesales», págs., 205-206; «Introducción al estudio de los procedimientos ordinarios», cit., págs. 71-73; *Conmemoración de la Ley de Enjuiciamiento civil de 1855 y del Tratado de Caravantes al cumplirse su primer centenario*, en «Nuevos estudios de Derecho procesal», Madrid, 1980, pág. 300; *Aciertos terminológicos e institucionales del Derecho procesal hispánico*, en «Estudios de teoría general e historia del proceso», II, México, 1974; pág. 416; véase también VESCOVI, *Elementos*, cit., págs. 7-8.

<sup>44</sup> FAIRÉN, *Estudio histórico*, cit., págs. 444-445; ALCALÁ-ZAMORA, *Introducción al estudio de los procedimientos ordinarios*, cit., págs. 72-73.

<sup>45</sup> FAIRÉN, *Estudio histórico*, cit., pág. 445.

<sup>46</sup> Sobre esta característica en la LEC vigente, MONTERO, *Análisis*, págs. 71, 113-123.

<sup>47</sup> ALCALÁ-ZAMORA, *Bases de trabajo*, cit., págs 160-162.



180: «Para los efectos de esta Ley, *sólo* se reputan pobres los que sean declarados tales por los Tribunales y Juzgados», los que, a su vez, «*sólo* declararán pobres: 1º...» -artículo 182-).

3) En cuanto a la iniciación y objeto del proceso, rige el principio dispositivo, pero sólo hay referencia a la demanda (artículo 224) y a la congruencia (artículo 61), ninguna a los actos de disposición de las partes (renuncia, allanamiento, transacción).

4) Respecto a la introducción y prueba del material de hecho, rige el principio de aportación de parte: aunque no se regula expresamente la admisión de hechos, se establece la necesidad de petición de alguna de las partes para recibir el pleito a prueba y la eficacia vinculante para el juez del convenio entre aquéllas para que el pleito se falle sin prueba; también se recogen ciertos poderes oficiales complementarios del juzgador en materia de prueba (artículo 48: diligencias para mejor proveer; artículo 295).

5) En cuanto a la dirección formal del proceso hay que distinguir dos aspectos. En primer término, respecto al control de admisibilidad de ciertos específicos actos procesales, hay normas que atribuyen al juez poderes oficiales (artículos 13, 19, 226 y 274), pero la admisibilidad del proceso en conjunto en cuanto dirigido a una resolución de fondo sigue relacionada con el expediente técnico de las excepciones dilatorias (artículos 236-250); desde luego, no hay rastro de la idea de que los poderes de dirección deban ejercitarse para favorecer subsanaciones. En segundo lugar, se halla el tema del impulso procesal, que no es oficial, sino que depende de la solicitud de las partes (artículos 29 y 35 y el 838, para comprender el significado del acuse de rebeldía).

6) La valoración de la prueba se establece claramente como legal en la de confesión (artículo 294), se deja indefinido el sistema de apreciación de la documental (artículos 280-291) y para la testifical se introduce ya la referencia a las reglas de la sana crítica (artículo 317).

7) Pero tal vez lo más característico del proceso ordinario de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 sea el procedimiento rigurosamente escrito por el que aquel proceso discurre. Así:

a) la forma de expresión de los actos procesales es la escrita, como lo demuestra, además del régimen singular de cada acto, una norma general como la del artículo 7: «Todas las actuaciones judiciales deberán escribirse en el papel sellado que prevengan las leyes y reglamentos».

b) La dispersión de los actos ocupa el lugar de la concentración, pero no sólo se esparcen en un prolongado período de tiempo los actos normales del procedimiento, sino que se admiten incidentes con gran amplitud (artículo 337: «Los incidentes, para que puedan ser calificados de tales, deben tener *relación más o menos inmediata* con el asunto principal...» -artículo 228-) ; «Siendo *completamente ajenos* a él, los Jueces los repelerán de oficio ...» -artículo 338-), que dan lugar a otros tantos subprocedimientos de tramitación igualmente escrita, y también se permite con gran laxitud la apelación separada de resoluciones interlocutorias (artículos 65, 69, 70, 275 y 349).

c) La preclusión, en este tipo de estructura procedimental, es la técnica para ordenar y hacer avanzar el procedimiento. Se establecen en consecuencia, una serie de términos o períodos para realizar cada tipo de actividad, uno de esos términos tan

inútilmente dilatorio como el de comparecer (artículo 27), relacionado con la *litiscontestatio*<sup>48</sup>. De todos modos, la eficacia aceleratoria de la preclusión no era de gran efectividad, puesto que, como se vio, el impulso no era oficial, y además los plazos eran por regla general prorrogables (artículo 27, I). Por otra parte las convenientes excepciones a la preclusión (artículos 260, 261, 869), al no poder realizarse con la agilidad propia de un procedimiento oral, se convierten en un nuevo elemento retardatorio. En fin, la preclusión presentaba una absurda limitación: no existía la carga de proponer las excepciones dilatorias en el trámite previo, sino que también podían aducirse al contestar (artículo 254), dejando entonces la puerta abierta a una absolucón de la instancia, tras un pleito de tramitación completa nada breve.

d) La preclusión conducía por regla general a la eventualidad, aunque con la absurda excepción que puede imaginarse en el caso de que un demandado pudiera articular varias excepciones dilatorias.

e) Aunque el artículo 33 estableciera la inmediación en la práctica de la prueba, aun en el caso de que ello fuera respetado, dada la gran distancia temporal entre la prueba y la sentencia, para dictar ésta se acababa por atender a los autos escritos que, según la categoría de los juzgadores, éstos debían o podían ver directamente (artículos 35, 49-50); en los órganos colegiados el conocimiento directo de los autos por los Ministros podía ser sustituido por el apuntamiento, auténtica mediación en segundo grado (artículo 35, II).

f) La publicidad general era poco efectiva (dada la forma de comunicación entre los sujetos procesales), a pesar de establecerse expresamente para el despacho ordinario y las vistas por el artículo 41.

Con este tipo de proceso ordinario, acogido por la LEC de 1855, venía a triunfar en la primera codificación procesal civil española una de las líneas de evolución histórica del proceso civil en España<sup>49</sup>. Se trata, como ya antes dijimos, de la línea constituida por el *solemnis ordo iudiciarius* en la específica configuración que éste presenta en la Partida III. La línea de evolución que en aquel momento no fue aprovechada es la de los procesos plenarios rápidos. Con origen en la clementina *Saepe contingit* y en los estatutos de las ciudades mercantiles italianas, ese modelo de proceso se desarrolló sobre todo en el proceso mercantil, pero también tuvo manifestaciones en el ámbito del proceso civil. Los principios informadores de este nuevo modelo procesal son, según el resumen del profesor FAIRÉN: « 1º Liberación de la *litis contestatio*. 2º Limitación de las apelaciones interlocutorias. 3º Liberación del orden legal de los actos, impuestos con gran amplitud anteriormente en el *solemnis ordo iudiciarius*. 4º Acortamiento de los plazos. 5º Concesión al Juez de la dirección del proceso para poder repeler actuaciones superfluas. 6º Concesión al mismo del poder de cerrar la audiencia cuando hallare el proceso suficientemente instruido. 7º Supresión de formalidades superfluas... El juicio se centraba más bien sobre el

---

<sup>48</sup> Sobre la perturbadora influencia de esa institución radicalmente inútil en el proceso civil moderno, FAIRÉN, V., *La «litis contestatio» y sus consecuencias: una perspectiva histórica del proceso*, en «Estudios de Derecho Procesal», Madrid, 1955, págs. 13-57.

<sup>49</sup> FAIRÉN, *Estudio histórico*, págs., 435-448 y, en general, todo el trabajo va orientado a mostrar como se llegó a este resultado, desperdiándose otras posibilidades; también, MONTERO, *Análisis*, pág. 53.

principio de oralidad, sin que por ello se excluyese la posibilidad de promover actuaciones por escrito»<sup>50</sup>.

La quiebra que supuso la LEC de 1855 en la evolución histórica de signo más progresivo del proceso civil español se hizo sentir en España, por las fuerzas estabilizadoras que conlleva una labor codificadora, y también, indirecta pero profundamente, en los países iberoamericanos, que al comenzar a legislar sobre el proceso civil encontraron precisamente en la LEC de 1855 su primer modelo.

## **6. El éxito de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 en los países iberoamericanos y desaprovechamiento de mejores legados del Derecho colonial**

¿Qué razones pudieron mover a dirigir la atención hacia la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855? ALCALÁ-ZAMORA ha apuntado varias, de las que yo destacaría tres: la unidad idiomática, la comunidad de cultura jurídica entre España y las ex colonias -comunidad que, en cuanto a la ciencia del proceso, ALCALÁ-ZAMORA personifica, a veces, en VICENTE Y CARAVANTES y su obra- y la continuidad respecto al viejo sistema de enjuiciar que suponía aquella ley y que la hacía fácilmente aceptable por las conservadoras clases forenses<sup>51</sup>.

Las dos primeras razones explican efectivamente que se utilizara como modelo el texto de más fácil acceso y comprensión, tanto en el sentido más superficial de esos términos -hallarse escrito en el mismo idioma- como en el más profundo de los mismos- recoger conceptos e instituciones jurídicas conocidos y manejados tanto por los juristas españoles como por los iberoamericanos-. La LEC de 1855, a pesar de sus grandes imperfecciones, vino a satisfacer ciertas necesidades de clarificación y ordenación en el ámbito del proceso civil, inmerso en un marasmo de antiguas leyes y prácticas<sup>52</sup>. En cuanto estas necesidades fueran igualmente sentidas en los nuevos estados, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 aparecía como un texto idóneo para satisfacerlas<sup>53</sup>.

Ahora bien, si reflexionamos sobre la incidencia de esa razón que hemos dado en denominar comunidad de cultura jurídica, entiendo que puede decirse respecto a las codificaciones procesales civiles iberoamericanas, lo mismo que antes se apuntó respecto a la española. A saber, que despreció modelos procesales más adecuados a las necesidades sociales, que estuvieron vigentes en Iberoamérica en la época colonial y que también formaban parte del acervo jurídico hispánico.

---

<sup>50</sup> FAIRÉN GUILLÉN, V., *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, Barcelona, 1953, páginas 44-45, y el conjunto de la obra, fundamental, con otros trabajos históricos del autor, para el tema de los plenarios rápidos, su origen, evolución y características. Resumidamente sobre estas materias, MONTERO, *Análisis crítico*, cit., págs. 22-31

<sup>51</sup> ALCALÁ-ZAMORA, *A propósito de una planeada ley procesal*, cit., pág. 197; el mismo, *Introducción al estudio de los procedimientos ordinarios*, cit., pág. 73, nota 26.

<sup>52</sup> FAIRÉN, *Estudio histórico*, cit., pág., 448; PRIETO-CASTRO, L., *Tratado de Derecho procesal*, I, *Derecho procesal civil*, I, Madrid, 1952, pág. 185.

<sup>53</sup> ALCALÁ-ZAMORA, obs. y lugs. citados en nota 52, donde hace referencia a la carencia de códigos en los países iberoamericanos como una de las causas del éxito de la LEC de 1855.

En primer lugar, nos encontramos con la jurisdicción mercantil y su proceso. Fueron erigidos consulados en México<sup>54</sup>, Lima<sup>55</sup> y Buenos Aires<sup>56</sup>. Los consulados actuaban, según las características del proceso mercantil, breve y llanamente, sin forma de juicio, a verdad sabida y buena fe guardada, expresiones todas ellas reveladoras de la estructura de un proceso plenario rápido<sup>57</sup>.

Ha de hacerse notar también que, como eficaz complemento de la vigencia en los países iberoamericanos del proceso mercantil, precisamente en Lima, en 1617, se edita por vez primera el *Labyrintho de comercio terrestre y naval* que, posteriormente integrado bajo el título más conocido de otra obra del mismo autor -*Curia Philippica*--<sup>58</sup>, es considerada una de las mejores exposiciones del proceso mercantil<sup>59</sup>. La *Curia Philippica* alcanzó también en América una considerable difusión<sup>60</sup> y pudo haber facilitado que del régimen del proceso mercantil se extrajeran provechosas lecciones para el perfeccionamiento del proceso civil.

En segundo término, el modelo de los procesos plenarios rápidos tuvo una manifestación específica en las colonias españolas. Como ha recordado OÑATE LABORDE: «...tales deficiencias (las del sistema judicial castellano) se vieron considerablemente atenuadas por el derecho indiano. Dentro de ese derecho dictado expresamente para las dominaciones ultramarinas, encontramos significativos elementos destinados a adecuar el derecho castellano a las condiciones reales del virreinato y de sus moradores. Así en el terreno de la organización judicial destacan

---

<sup>54</sup> La disposición que aprueba la creación del Consulado de México está recogida en la Recopilación de las Leyes de los Reinos de Indias, Libro IX, título XXXXVI, Ley 1. La Ley XXVIII del mismo libro y título, dispone su forma de proceder, según la cual hará «primero relación simplemente el Actor de su demanda y de las causas que para ella tiene; y el Reo de sus excepciones y defensas, para que el Prior y los Cónsules entiendan el caso, y la razón que cada uno tiene, y busquen personas... para que les concierten y excusen de pleitos; y si no quieren hacerlo, los oigan, con tanto que no admitan á los unos, ni á los otros, escritos de Letrados, sino que las partes ordenen sus demandas, y respuestas, para que los pleytos sean más breves; pero se les permite que para ello se puedan aconsejar con un Letrado que los instruya y funde su causa, por claras y buenas razones, no alegando leyes, ni derechos, sino con estilo de Letrado, llano y la verdad del caso...»

<sup>55</sup> La disposición aprobatoria de la creación del consulado se recoge en la misma Ley 1, título XXXXVI, Libro IX de la Recopilación de Leyes de Indias. En cuanto al procedimiento, véase también la anterior nota 52.

<sup>56</sup> ALCALÁ-ZAMORA, *Introducción al estudio de los procedimientos ordinarios*, cit., pág. 74; ALSINA, *Influencia de la Ley española de Enjuiciamiento Civil de 1855*, pág. 295; VESCOVI, E., *Derecho procesal civil*, I, Montevideo, 1974, pág. 107. El Consulado de Buenos Aires fue creado por Real Cédula de Carlos IV, el 30 de enero de 1794. Aunque no he conseguido encontrar esa disposición, es muy probable que, en orden al procedimiento, las Ordenanzas fueran similares a las dadas en 1737 para el Consulado de Bilbao. Sobre esto último véase FAIRÉN, *El juicio ordinario*, cit., págs., 88-89.

<sup>57</sup> Sobre los antecedentes históricos en España del proceso mercantil y sus características FAIRÉN, *La «litis contestatio» y sus consecuencias*, cit., págs. 28-3 1; del mismo autor, *Estudio histórico*, págs. 361-365; pero sobre todo, también del profesor FAIRÉN, *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, cit., págs. 80-91.

<sup>58</sup> MONTERO, *Análisis crítico*, págs. 32-33.

<sup>59</sup> FAIRÉN, *Estudio histórico*, cit., págs. 335, 372-373.

<sup>60</sup> ALCALÁ-ZAMORA, N., *Evolución de la doctrina procesal*, en «Estudios de teoría general e historia del proceso», I, México, 1974, pág. 302-, MONTERO, *Análisis crítico*, págs. 32-33; AGUIRRE GODOY, M., *La lucha por la libertad a través del proceso*, en «Libro homenaje a Jaime Guasp», Granada. 1984. pág. 11.

instituciones tales como el Juzgado General de Indias y el Protector de Indios... Estas instituciones se vieron acompañadas por varias normas de carácter procesal que consentían el abandono de ciertas formalidades procedimentales en favor de una justicia más expedita y menos costosa»<sup>61</sup>.

En la Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias encontramos disposiciones de gran interés en el sentido indicado:

1) En general, reflejando claramente el seguimiento del modelo de los plenarios rápidos, la ley X, título X, libro V, según la cual «los pleytos entre Indios, o con ellos, se han de seguir y substanciar sumariamente, según lo resuelto por la Ley 83, título 15, libro 2, y determinar la verdad sabida ...»; y la Ley LXXXIII, título XV, libro 11, que ordena no dar «lugar que en los pleytos entre Indios, o con ellos se hagan procesos ordinarios, ni haya dilaciones, como suele acontecer, por la malicia de algunos Abogados y Procuradores, sino que sumariamente sean determinados...».

2) Más específicamente, se regula la gratuidad de la justicia al disponerse en la ley XXV, título VIII, libro V, que «atento a la mucha pobreza de los Indios, y a que no dexan de seguir sus pleytos y causas: Mandamos que litigando como actores o reos, no se les lleven derechos...»; y la ejecución provisional de las sentencias que aplican leyes favorables a los indios, respecto a las que se manda que se «hagan guardar, cumplir y executar en todo y por todo, sin embargo de apelación, o suplicación...» (Ley V, título I, libro 11).

Lamenta el procesalista mexicano acabado de citar que estos avances del derecho indiano no lograran afianzarse y progresar en periodos posteriores, atribuyendo su falta de influencia a la carencia de una sólida doctrina que los reforzara<sup>62</sup>.

Esa doctrina, acompañante del texto legal, que lo ilustra y desarrolla y que contribuye a afianzarlo entre sus aplicadores, no le faltó, en cambio, a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855. Como uno de los elementos específicos de esos factores de unidad idiomática y de cultura jurídica, las obras de los autores españoles dedicadas a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 facilitaron su arraigo en los círculos jurídicos iberoamericanos, siendo utilizadas para la aplicación de los códigos iberoamericanos similares a aquella ley, hasta que comenzó su producción doctrinal propia<sup>63</sup>. En ese sentido, ALCALÁ-ZAMORA destaca el *Tratado* de VICENTE Y CARAVANTES, «cuyo extraordinario influjo perdura aún (escribía ALCALÁ-ZAMORA en 1952) en la jurisprudencia y en la vida forense de diversos países iberoamericanos, donde ha logrado resistir victoriosa el embate de libros más recientes en tiempo y más modernos en doctrina»<sup>64</sup>. Basta leer las páginas que VICENTE Y

---

<sup>61</sup> OÑATE LABORDE, *Evolución del Derecho procesal mexicano*, cit. pág. 222. Véase también sobre este tema, AGUIRRE, *La lucha por la libertad*, cit., pág. 12-13; y la antología de textos seleccionados por SOBERANES FERNÁNDEZ, J. L., *Los Tribunales de la Nueva España*, México, 1980, págs. 165-203.

<sup>62</sup> OÑATE LABORDE, *Evolución del Derecho procesal mexicano*, cit., pág. 224. Sobre la incidencia de la doctrina en la orientación que acabó tomando la codificación procesal civil española es interesante MONTERO, *Análisis crítico*, págs. 32-37.

<sup>63</sup> ALSINA, *Influencia de la Ley española de Enjuiciamiento Civil de 1855*, cit., página 309.

<sup>64</sup> La cita es de ALCALÁ-ZAMORA, N., *Conmemoración de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855*, cit., pág. 300. Pero este autor se ha referido en múltiples ocasiones a la influencia de Caravantes en Iberoamérica; así, en *Evolución de la doctrina procesal*, cit., págs. 306-307; Introducción al estudio



CARAVANTES dedica en aquella obra a la *Instrucción del Marqués de Gerona* y, en general, a la LEC de 1855 y a las bases para su formación<sup>65</sup> (62 bis), para darse cuenta de que su influencia contribuyó a enraizar un pensamiento procesal tradicionalista.

Los dos anteriores factores explicativos de la influencia en Iberoamérica de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 vieron, sin embargo, muy reforzada su potencia por la presencia de un tercer factor. Según hemos visto, la LEC de 1855 supuso muy escasos cambios respecto al sistema de enjuiciamiento secularmente practicado -también en las colonias españolas en América-, de manera que las clases forenses, que se caracterizan por el conservadurismo en materia judicial, se hallaban en la mejor disposición para asimilar leyes procesales cortadas sobre el patrón de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855<sup>66</sup>.

Para calibrar la decisiva influencia de este último factor basta parar mientes en el episodio de la codificación procesal civil española inmediatamente anterior a la LEC de 1855. Me refiero a la Instrucción del procedimiento civil con respecto a la Real jurisdicción ordinaria, aprobada por Decreto de 30 de septiembre de 1853, habitualmente conocida como Instrucción del Marqués de Gerona. La Instrucción no era un código procesal, ni siquiera configuraba de modo completo y armónico un tipo de proceso distinto al ordinario entonces vigente; se limitó a hacer objeto a este último de una serie de retoques de gran intensidad, orientados a un objetivo de aceleración. Con esa finalidad estableció el impulso de oficio, aunque permitió la suspensión del proceso por petición concorde de las partes (artículo 57); introdujo medidas generales de aceleración (por ejemplo, reducción de las posibilidades de entrega de autos, abreviación de plazos e improrrogabilidad de los mismos como regla, supresión del término de personación); intentó acentuar la concentración, aunque con cierta torpeza en algunos supuestos, y dispuso la publicidad en los actos que la admitían; aumentó los poderes del juez, quien podía de oficio recibir el pleito a prueba (artículo 13 y 14), acordar del mismo modo cualquier medio de prueba para mejor proveer (artículo 65), acentuándose en general sus potestades de control sobre la admisibilidad de los actos de parte (artículos 21, 61). La Instrucción no alcanzó un año de vigencia. Aunque, al parecer, fue bien recibida entre el público no jurista<sup>67</sup>, la reacción frente a la misma de los profesionales forenses revistió tal intensidad que acabó forzando su derogación<sup>68</sup>.

---

de los procedimientos ordinarios, cit., pág. 73, nota 26; *La reforma del enjuiciamiento civil español y el mundo procesal iberoamericano*, en «Estudios procesales», Madrid, 1975; *La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 en blanco y negro*, el «Estudios diversos de Derecho procesal», Barcelona, 1985, pág. 168.

<sup>65</sup> Son las páginas 96 a 125 de su *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva Ley de Enjuiciamiento*, I, Madrid, 1856.

<sup>66</sup> ALCALÁ-ZAMORA, *Introducción al estudio de los procedimientos ordinarios*, cit., pág. 73, nota 26; el mismo, *A propósito de una planeada ley procesal civil*, cit., págs. 200-201. Al conservadurismo de las clases forenses se refería también JOFRE para explicar el sorprendente fenómeno de que la «revolución de mayo de 1810» no modificara la justicia colonial, cit., por ALSINA, *Influencia de la Ley española de enjuiciamiento Civil de 1855*, cit., pág. 296, nota 3.

<sup>67</sup> Véase MONTERO, *Análisis crítico*, cit., págs. 44-45, nota 74.

<sup>68</sup> Sobre la instrucción y sus vicisitudes, PRIETO-CASTRO, L., *La Instrucción del Marqués de Gerona para arreglar el procedimiento de los negocios civiles con respecto a la Real jurisdicción ordinaria*, en «Trabajos y orientaciones de Derecho procesal», Madrid, 1964, págs. 869-886; FAIRÉN, *Estudio histórico*, cit., págs. 425-431.



Es difícil predecir cuál hubiera podido ser el éxito en los países iberoamericanos de una ley procesal española que hubiera recogido y desarrollado los principios que inspiraron la Instrucción del Marqués de Gerona<sup>69</sup>. Esos son futuribles. La realidad fue la amplia recepción de la LEC de 1855 y, en todo caso, del modelo español de proceso civil.

## 7. La crisis del sistema de enjuiciamiento civil heredado

Con el transcurso del tiempo, por los cambios políticos, sociales y económicos, frente a ese modelo de proceso civil se han manifestado claras muestras de rechazo e insatisfacción, conducentes a veces a reformas legales y, otras, simplemente expresivas de un estado de opinión cualificado, en cuanto es el de los juristas dedicados al estudio del proceso.

Así, es fácil encontrar en las obras de procesalistas iberoamericanos críticas genéricas al sistema, como que «se sentía la necesidad de adoptar nuevas normas de acuerdo con las exigencias de la vida moderna»<sup>70</sup>, o que era necesaria «la reforma procesal para adecuar las normas procesales a la realidad en que se vive»<sup>71</sup>.

Más ilustrativas son, sin duda, las críticas que resaltan los defectos específicos de ese modelo de proceso civil.

Se hace notar el insuficiente tratamiento de los problemas de la desigualdad real entre las partes en el proceso<sup>72</sup>.

No se estiman suficientes los poderes atribuidos al juez en materia de prueba y de dirección formal del proceso, aunque se hace notar que aquéllos poderes de los que se halla investido no los ejerce de hecho, acostumbrándose a una posición de espectador, sólo activo en el momento de la sentencia<sup>73</sup>. Para este último sorprendente fenómeno avanza DE LA RUA una explicación que vincula el problema de la pasividad del juez a la falta de inmediación (un componente de la oralidad) en el procedimiento<sup>74</sup>.

---

<sup>69</sup> Como es lógico, desde la perspectiva iberoamericana de hoy la «Instrucción» es positivamente valorada, VESCOVI, *Elementos para una teoría general*, cit., pág. 7.

<sup>70</sup> MORALES MOLINA, *Curso*, cit., págs. 173-174.

<sup>71</sup> PARODI, *Legislación orgánica y procesal del Perú*, cit., pág. 1012. También sobre la necesidad de actualización, LORETO, L., *Principios fundamentales en la reforma del Código de Procedimiento Civil venezolano*, en «Libro homenaje a Jaime Guasp», Granada, 1984, pág. 367.

<sup>72</sup> COUTURE, E., *Trayectoria y destino del Derecho procesal civil*, cit., págs. 311-312; OÑATE LABORDE, «Evolución del Derecho procesal mexicano», cit., pág. 253; SARMIENTO, J. G., *Consideraciones sobre la reforma del Código de Procedimiento Civil venezolano*, en «Libro homenaje a Jaime Guasp», Granada, 1984, págs. 557-558.

<sup>73</sup> (70) COUTURE, *Trayectoria y destino del Derecho procesal civil*, cit., pág. 315, VESCOVI, *Elementos para una teoría general*, cit., págs. 14, 20-21; OÑATE LABORDE, *Evolución del Derecho procesal mexicano*, cit., pág. 253; SARMIENTO, *Consideraciones sobre la reforma*, cit., págs. 555-556; BERIZONCE, R. O., *Evaluación provisional de una investigación empírica trascendente para el mejoramiento del servicio de Justicia*, comunicación presentada a las IX Jornadas iberoamericanas de Derecho procesal (Madrid, 1985), apartado IV de su texto mecanografiado que es el que manejo.

<sup>74</sup> DE LA RUA, F., *Principios procesales y poderes del juez*, en «Proceso y Justicia», Buenos Aires, 1980, págs. 223-224.

Se deplora la subsistencia en algún ordenamiento del impulso de parte<sup>75</sup>, así como de ciertas manifestaciones de valoración legal de la prueba<sup>76</sup>, aunque en esta última materia se destaca como especialmente digna de aprecio la fórmula característica del procesalismo iberoamericano de valoración de la prueba según las reglas de la sana crítica<sup>77</sup>.

Pero la mayor repulsa la suscita, sin duda, el principio de escritura que domina el procedimiento. A la escritura se la considera una causa importante de la excesiva duración de los procesos, así como al sistema de oralidad un instrumento adecuado de aceleración<sup>78</sup>. Pero más allá de estos efectos, dignos de consideración, de la forma del procedimiento, se ha llegado a comprender que la escritura facilita el distanciamiento del juez, su actitud pasiva en cuanto a la dirección del proceso<sup>79</sup>.

---

<sup>75</sup> COUTURE, *Trayectoria y destino del Derecho procesal civil*, cit., pág. 317; VESCOVI, *Elementos para una teoría general*, cit., pág. 16.

<sup>76</sup> OÑATE LABORDE, *Evolución del Derecho procesal mexicano*, cit., pág. 251 VESCOVI, *Derecho procesal civil*, I, cit., pág. 86.

<sup>77</sup> COUTURE, *Trayectoria y destino del Derecho procesal civil*, cit., pág. 319.

<sup>78</sup> VESCOVI, *Elementos para una teoría general*, cit. págs. 12-14; DEVIS ECHANDIA, H., *Oralidad y escritura en los procedimientos colombianos y de otras repúblicas latinoamericanas*, en «*Estudios de Derecho procesal*, II, Bogotá, pág. 472; del mismo autor, *La aceleración del proceso judicial y el proceso oral. El caso de Colombia y otros países de la América del Sur*, también «*Estudios*», II, págs. 558-561; OÑATE LABORDE, *Evolución del Derecho procesal mexicano*, cit., págs. 252-253; RENGEL ROMBERG, A., *El juicio oral en el proyecto de Código de Procedimiento Civil venezolano de 1975*, en «*Libro homenaje a Jaime Guasp*», Granada, 1984, pág. 493.

<sup>79</sup> VESCOVI, *Elementos para una teoría general*, cit., pág. 18; SARMIENTO, *Consideraciones sobre la reforma*, cit., pág. 553.

### III. A UN DERECHO COMÚN DEL MODERNO PROCESO CIVIL

#### 8. La tendencia a la unidad como freno y como impulso

Se hizo mención más arriba de una difusa tendencia a la unidad entre los países iberoamericanos. Acabamos de considerar en los anteriores apartados que sus sistemas jurídicos -aquí, especialmente, sus ordenamientos procesales civiles- constituyen un signo de identidad común, muy apreciable desde el punto de vista de aquella tendencia.

Ahora bien, cuando se llega a tomar conciencia de las graves deficiencias de la clase de proceso civil que comparten los países iberoamericanos (y España) parece que la opción más razonable y con mayor perspectiva de futuro, si se pretende conservar la comunidad de cultura jurídica en este sector del Derecho, es la de asumir como una tarea también común la de reformar en profundidad el proceso civil.

Me parece importante insistir en que tal es la opción preferible, porque no siempre la referencia al valor de la unidad ha servido para impulsar propuestas progresivas. En alguna ocasión la hipervaloración de esa unidad jurídica se ha usado como argumento de freno contra reformas (real o aparentemente) radicales (sin entrar, ahora, en la calidad de las mismas). Así, cuando ALCALÁ-ZAMORA argumentaba, respecto a cierta reforma intentada en España, que «sería insensato que nosotros, procesalistas españoles, en lugar de mantener vivo ese lazo, lo destruyésemos, mediante la promulgación de un código flamante que rompa de un plumazo cuanto basta la fecha existe de común en el enjuiciamiento civil de habla castellana, tanto del viejo como del nuevo mundo»<sup>80</sup>. El argumento se reproduce en esencia en la «exposición al Gobierno» de un grupo de profesores de Derecho Procesal de las universidades españolas, partidarios de una opción de mera actualización y corrección -predominantemente técnicas- de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881<sup>81</sup>.

A mi juicio, el Código modelo simboliza una acogida decidida de la primera opción: avanzar unidos hacia un proceso civil moderno, frente a simplemente permanecer unidos en el antiguo proceso civil del Derecho común.

Este progreso común de los países iberoamericanos hacia un proceso civil moderno se intenta alcanzar, mediante el Código modelo, por un camino peculiar. Entre sus características importa destacar, en primer término, que no entra en juego ningún instrumento dirigido más o menos inmediatamente a dotar de imperatividad al texto elaborado. En segundo lugar, como luego veremos, este texto se ha ido formando con la técnica del trabajo científico-jurídico y no tiene más (ni menos) valor que el de otros resultados de un trabajo de esa naturaleza. Pero, en fin, en vez de producirse con la desconexión en que la labor de los procesalistas iberoamericanos hubiera podido conducir a proponer una alternativa al antiguo proceso civil y en vez de expresarse en

---

<sup>80</sup> La cita es de ALCALÁ-ZAMORA, *La reforma del enjuiciamiento civil español*, cit., pág. 210. El argumento se repite en esencia en ALCALÁ-ZAMORA, *Aciertos terminológicos e institucionales del derecho procesal hispánico*, cit., págs. 418-419; del mismo, *La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 en blanco y negro*, cit., págs. 170-171.

<sup>81</sup> La exposición del argumento puede verse en, PROFESORES DE DERECHO PROCESAL, *Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, Madrid, 1972, págs. 13-14. En la misma línea véase SERRA, M., *Balance positivo de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en «Para un proceso civil eficaz» (edit. RAMOS, F.), Bellaterra, 1982, págs. 240-241.

las formas habituales del trabajo científico, es resultado de una labor planificada y se expresa en la forma de un texto normativo.

Para que un proyecto de esa naturaleza pueda aspirar a cierto éxito es necesaria la concurrencia de dos tipos de factores: unos de procedimiento o de modo de realización del trabajo; otros se refieren al contenido que presenta el resultado final de la labor. No me extenderé, en un caso porque es obvio y en el otro porque ha sido ya tratado, sobre la positiva influencia del idioma común y de estar compartiendo un proceso civil de similares características y también la experiencia de la crisis del mismo.

## 9. Modo de elaboración y presentación del «Código modelo»

Entre los factores relativos al modo de realización del trabajo, resaltaría respecto al Código modelo los dos siguientes.

A) En primer término, que el Código modelo es el fruto de un prolongado trabajo en común de los procesalistas iberoamericanos, colaboración manifestada no solamente en aquellas actividades específicamente dirigidas a la preparación del Código modelo<sup>82</sup>, sino también en las sucesivas Jomadas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, que han acogido el debate de los temas de proceso civil más preocupantes, en cada momento, en el ámbito iberoamericano («Situación y perspectivas de la oralidad en América», «Iniciativa probatoria del Juez en el proceso civil», «El problema de la lentitud de los procesos y sus soluciones», «Saneario del proceso y audiencia preliminar», «Ejercicio de las garantías constitucionales sobre la eficacia del proceso», etc.)<sup>83</sup>. Este modo de preparación del texto garantiza que se han contrastado las diversas experiencias sobre el funcionamiento real del proceso civil en cada país, así como también los posiblemente diferentes planteamientos de *lege ferenda* sostenidos por los especialistas. Esto, además de contribuir a la calidad del texto, favorece su aceptación, porque descarta todo recelo frente a matices de imposición que pudiera aparentar el proyecto.

Deficiencias precisamente en este factor le fueron achacadas por ALCALÁ-ZAMORA al intento español de lanzar, con motivo del centenario de la LEC de 1855, la idea de una ley procesal civil hispanoamericana<sup>84</sup>. Escasísima participación de los juristas iberoamericanos en los trabajos<sup>85</sup>, haberse desentendido de «los códigos vigentes en América, de su literatura procesal, de los numerosos proyectos de reforma elaborados en los últimos años, y nada digamos de las peculiaridades de cada uno de

---

<sup>82</sup> Sobre los mismos, véase *El Código procesal civil modelo*, cit., págs. 19-35.

<sup>83</sup> Una breve exposición sobre las actividades desarrolladas en esas Jornadas puede verse en *El Código procesal civil modelo*, cit., págs. 7-13; ALCALÁ-ZAMORA, N., *Pequeña historia de las jornadas latinoamericanas de Derecho procesal*, en «Nuevos estudios de Derecho procesal», Madrid, 1980, págs. 363-375.

<sup>84</sup> Los trabajos más importantes sobre el tema de GUASP, J., *El sistema de una Ley procesal hispano-americana*, y de PRIETO-CASTRO, L., *Principios políticos y técnicos para una Ley uniforme*, pueden verse en «Actas del I Congreso iberoamericano y filipino de Derecho procesal», Madrid, 1955, págs. 25-127 y 133-237, respectivamente. El conjunto de esta publicación acabada de citar es de interés para conocer el tono de las propuestas de unificación legislativa que se lanzaron en ese Congreso.

<sup>85</sup> ALCALÁ-ZAMORA, *A propósito de una planeada ley procesal civil*, cit. pág. 180.

los pueblos que se extienden desde el Río Bravo al Cabo de Hornos»<sup>86</sup>, eran los reproches que dirigía a aquel intento el ilustre procesalista español (entonces exiliado). El modo de elaboración del Código modelo se halla, por el contrario, libre de estos defectos.

B) En segundo lugar, me parece positivo que esa propuesta de reforma del antiguo proceso civil se presente en la forma de un Código, de un texto articulado. Ello, por un lado, puede facilitar su difusión, puesto que la recepción de ese texto sólo requeriría alguna adaptación de preceptos, mientras que si se hubieran elaborado unas simples bases, el esfuerzo necesario es mayor, al tenerse que desarrollar principios o conceptos sólo esbozados y que prever sus repercusiones y enlaces<sup>87</sup>. Por otra parte, como ha advertido VACCARELLA, «costituisce un punto di riferimento assi piú sicuro ed efficace di inevitabilmente astratte enunciazioni dottrinarie»<sup>88</sup>.

Partiendo del reconocimiento de las ventajas de esta forma de presentación, quisiera formular una observación crítica sobre un aspecto de su aplicación en el Código modelo. Se trata de las remisiones que se hacen en varios artículos del mismo a leyes que puedan disponer de otro modo a como lo hace el Código en un extremo determinado.

Dada la naturaleza del Código modelo es del todo evidente que si un país decide integrarlo en su ordenamiento, puede introducir en el mismo o en otro texto las modificaciones que considere convenientes. Ahora bien, para que la opción de redactar un texto articulado siga cumpliendo su fin de orientar de modo más preciso la reforma, es conveniente que las remisiones a otras leyes expresamente contenidas en el Código modelo se reserven para aquellas materias que, aunque sean diversamente reguladas, no puedan alterar la teleología global del Código, su equilibrio interno o el régimen de las instituciones más importantes. De ese modo, aunque obviamente no se impedirían modificaciones en tales elementos fundamentales, se clarificaría hasta qué punto son posibles alteraciones respecto al Código modelo sin salirse de sus directrices básicas.

No siempre se ha cuidado este aspecto. Por un lado, nos encontramos en el propio Código con disposiciones de cierto matiz reglamentario, como los artículos 76 (sobre redacción de escritos a máquina o a mano y en forma fácilmente legible) y 81 (sobre recibo de presentación de escritos).

Sin embargo, en extremos más importantes hay expresa referencia a otra ley que pueda establecer disposición distinta. Así ocurre, por ejemplo:

1) En el artículo 48 que remite, sin limitaciones orientadoras, a posibles excepciones a la preceptiva defensa por abogado.

2) En el artículo 88, permisivo de excepciones no especificadas en el propio Código modelo a la regla general de improrrogabilidad de plazos.

3) La incondicionada posibilidad de excepciones legales en favor de la prueba tasada que reconocen los artículos 130 y 131 puede eclipsar la opción fundamental por la apreciación según reglas de la sana crítica que realiza el Código modelo.

---

<sup>86</sup> ALCALÁ-ZAMORA, *A propósito de una planeada ley procesal civil*, cit., pág. 196, desarrollando el argumento en el mismo trabajo, págs. 195-203, e, insistiendo, en *La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881*, cit., pág. 171.

<sup>87</sup> ALCALÁ-ZAMORA, *Sobre una planeada ley procesal civil*, cit., pág. 201.

<sup>88</sup> VACCARELLA, *Nota introduttiva*, en «Il progetto di Codice tipo...», cit., pág. 18.



4) Renunciar, como hace el artículo 283, a establecer con rigor cuáles pueden ser los incidentes suspensivos, es una puerta abierta a la quiebra de la concentración, elemento importante en un procedimiento oral como el propugnado por el Código modelo.

5) Un último ejemplo respecto al «proceso de estructura monitoria»: se presupone la tasa de excepciones, pero no se hace respecto a ello la más mínima delimitación, remitiéndose a las «admitidas por las leyes» (artículo 313.4); puede que éstas conciban las excepciones con tal amplitud que carezca de sentido el ordinario posterior previsto en el Código modelo (artículo 315).

## 10. Elementos tradicionales en el contenido del «Código modelo»

Otro tipo de factores condicionantes del éxito del Código modelo radican en el propio contenido del mismo. Veámoslos.

A) En primer término, el contenido del Código modelo ha de reflejar la terminología y las instituciones del proceso civil que han sido históricamente comunes a los países iberoamericanos, de modo que no se produzca una pérdida radical de continuidad, que siempre generaría rechazo.

ALCALÁ-ZAMORA insistió especialmente en la importancia de este factor facilitador de la unificación de la legislación procesal civil en Iberoamérica<sup>89</sup>. pero, como ya hemos advertido, tras el Código modelo no sólo hay un intento de unificación, sino también una propuesta de reforma en profundidad del proceso civil, de manera que la incidencia en el contenido del Código del factor que ahora comentamos no podía ser preponderante, a riesgo de decepcionar los afanes reformadores<sup>90</sup>.

No obstante, elementos tradicionales en el proceso civil iberoamericano, gran parte de ellos herencia del pasado español, siguen apareciendo en el Código modelo, como permite comprobar la siguiente relación meramente ilustrativa:

1) Se mantiene la atribución de la competencia para la primera instancia a un órgano jurisdiccional unipersonal<sup>91</sup>.

2) Subsiste el régimen, proveniente del proceso común, de presentación de la demanda al juez con petición de emplazamiento del demandado, en vez de la citación directa<sup>92</sup>, aunque la posibilidad de que actor y demandado, de común acuerdo, presenten demanda y contestación conjuntamente (artículo 120.3), introduce una quiebra en aquel régimen.

3) El artículo 182 del Código modelo sigue contemplando las tradicionales diligencias para mejor proveer, a pesar de haberse ampliado los poderes oficiales del juzgador en el momento normal de la actividad probatoria<sup>93</sup>.

---

<sup>89</sup> ALCALÁ-ZAMORA, *Sobre una planeada ley procesal civil*, cit., pág. 201; del mismo *Conmemoración de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855*, cit., pág. 301.

<sup>90</sup> *El Código procesal civil modelo*, cit. pág. 20; GELSI, *El anteproyecto de Código general del proceso*, cit., pág. 26.

<sup>91</sup> GELSI, *El anteproyecto de Código general del proceso*, cit., pág. 33; ALCALÁ-ZAMORA, *Aciertos terminológicos e institucionales*, págs. 439-441.

<sup>92</sup> LIEBMAN, *Istituti del diritto comune*, cit., págs. 504-506.

<sup>93</sup> ALCALÁ-ZAMORA, *Aciertos terminológicos e institucionales*, cit., págs. 457-458.



4) También hay continuidad en cuanto a las clases de resoluciones judiciales<sup>94</sup>: subsisten las denominaciones y formas de providencia, auto y sentencia, así como los supuestos respectivos de aplicación (artículos 183-185).

5) En el tema de los llamados «procesos preliminares» se dice en la exposición de motivos del Código modelo que «se procura la "vuelta a las fuentes", reforzando el instituto de antigua prosapia iberoamericana»<sup>95</sup>. Aunque se trate fundamentalmente de un criterio de sistemática legislativa (pues luego los contenidos son bastante heterogéneos), su arraigo es tal en Iberoamérica que merecen en el Código modelo una amplia y destacada regulación (artículos 263 al 273, que forman el título I del libro II).

6) La acción de jactancia y las especialidades procesales que genera su ejercicio aparecen reguladas en los artículos 268-270. No se comprende muy bien la subsistencia de esta institución, que tuvo su origen en el Derecho común<sup>96</sup>, desde el momento en que el artículo 11.3 del Código modelo reconoce la tutela jurisdiccional merodeclarativa<sup>97</sup>.

7) En el régimen del recurso de apelación y la segunda instancia resaltan dos elementos tradicionales: la conservación de una apelación limitada, con reducidas posibilidades de introducción de *ius novorum* (artículos 223.2 y 227.2 y 3)<sup>98</sup> y la subsistencia del escrito de agravios, para la interposición fundamentada del recurso (artículo 223.1), reminiscencia de un trámite de la apelación en la LEC española de 1855 (artículo 849 al 852), aunque el Código modelo adelanta el momento de su realización.

8) La casación presenta rasgos que este recurso adquirió al ser recibido en España, como la omisión del reenvío en la casación de fondo (artículo 247.1 y 3)<sup>99</sup>.

---

<sup>94</sup> *El Código procesal civil modelo*, pág. 76.

<sup>95</sup> *El Código procesal civil modelo*, pág. 77.

<sup>96</sup> Sobre su introducción y vigencia en los ordenamientos iberoamericanos, LIEBMAN, *Istituti di diritto comune*, cit., págs. 502-504.

<sup>97</sup> Acerca de estos problemas, VESCOVI, *Elementos de una teoría general*, cit., págs. 43, 49-50.

<sup>98</sup> ALCALÁ-ZAMORA, *Aciertos terminológicos e institucionales*, cit., págs. 462-463; PRIETO-CASTRO, L., *Limitaciones de la apelación*, en «Trabajos y orientaciones de Derecho procesal», Madrid, 1964, págs. 351-353.

<sup>99</sup> ALCALÁ-ZAMORA, *Aciertos terminológicos e institucionales*, cit., pág. 463-464.

## 11. Elementos característicos de un «proceso civil social»

B) Un segundo factor relativo al contenido es, como ya se insinuó al tratar de la subsistencia de elementos tradicionales, la orientación progresista del Código modelo. Este debe configurar -para obtener la máxima aceptación- un proceso civil adecuado a la situación social y económica de Iberoamérica, que satisfaga sus necesidades, y que responda también a los postulados ideológicos más difundidos en sus diversos países y, en ocasiones, positivamente encarnados en los textos constitucionales.

En el ámbito iberoamericano, y con notable anticipación histórica respecto al momento de más amplio desarrollo de los planteamientos que inmediatamente veremos, encontramos dos hitos importantes -aunque de diferente naturaleza: normativo-constitucional, el uno; doctrinal, el otro -de un peculiar enfoque del proceso civil que, andando el tiempo, ha dado en enunciarse con la fórmula sintética de «proceso civil social», o, tal vez buscando rótulos menos ideologizados, se identifica por su atención a los problemas de efectividad o eficacia del proceso civil.

El hito de carácter normativo es la Constitución mexicana de 1917 que, años antes de la de Weimar, que pasa por ser pionera en esta materia, contiene una amplia formulación de derechos sociales y de principios constitucionales en materia socioeconómica. Entre ese contenido nos interesa destacar un precepto referido al proceso civil y que muestra la repercusión de aquella innovadora tendencia social; me refiero al artículo 17 que, tras la prohibición de la autotutela, dispone que «Los Tribunales estarán expeditos para administrar justicia en los plazos y términos que fije la ley; su servicio será gratuito, quedando en consecuencia, prohibidas las costas judiciales». Otra cosa es que la rapidez de la justicia y la eliminación de los obstáculos económicos para un acceso igualitario a la misma, proclamados por el texto constitucional, no se realicen fácilmente en la ley y en la práctica<sup>100</sup>.

Por otro lado, en el plano doctrinal, COUTURE dictó el año 1939, en la Universidad de Córdoba (Argentina) un curso de conferencias, luego publicadas bajo el Título *Trayectoria y destino del Derecho procesal civil hispanoamericano*<sup>101</sup>. En ellas el insigne procesalista uruguayo analizaba los postulados políticos y sociales y las repercusiones de esa misma índole del proceso civil contemporáneo, tanto del influido por un liberalismo radical como del dominado por ideologías totalitarias. Concluía que: «en el derecho procesal civil individualista, el sistema es un instrumento del hombre; en el derecho totalitario, el hombre es un instrumento del sistema»<sup>102</sup>, pero esa antítesis -seguía COUTURE- debe superarse y para ello «el derecho procesal de la democracia debe eliminar las bases del individualismo, y formular todo un sistema que sea la expresión misma de este régimen, que es el de la defensa de nuestra propia condición humana. El hombre es un fin en sí y no un medio del que puedan servirse otros hombres, y ese hombre sólo se concibe subordinando sus propias dignidades a los requerimientos del bien común y no del bien de otro individuo»<sup>103</sup>.

<sup>100</sup> OÑATE LABORDE, *Evolución del Derecho procesal mexicano*, cit., págs. 235-236, 239-240, 244-246 y 252-253.

<sup>101</sup> La manejó en su edición en *Estudios de Derecho procesal*, I, Buenos Aires, 1978, páginas 291-342.

<sup>102</sup> COUTURE, *Trayectoria y destino*, cit., pág. 341.

<sup>103</sup> COUTURE, *ob. y lug.*, citados en nota 100.

Estas aportaciones se incorporan, sin duda, a la corriente que, teniendo en la obra de FRANZ KLEIN el punto de iniciación más destacado<sup>104</sup> en nuestra época, en los tiempos recientes no ha hecho más que acrecentar su importancia y perfilarse: el estudio del proceso como realidad social, pero no con la única finalidad de obtener un conocimiento teórico del funcionamiento de hecho de la institución procesal, sino fundamentalmente para valorar si el régimen jurídico de aquella es adecuado a los fines que debe alcanzar y si son efectivas para todas las personas cualquiera sea su condición, las garantías que (en principio) supone la existencia de la jurisdicción y del proceso, y, tras esa valoración, para configurar los instrumentos apropiados para un ajuste más perfecto entre norma y realidad social<sup>105</sup>.

La consideración del grado de desarrollo y del nivel de vida en los países iberoamericanos exige, con mayor intensidad incluso que en países económicamente más avanzados, que el proceso civil se configure de modo que la tutela en él dispensada sea efectiva y, muy especialmente, de manera que resulte accesible a las amplias capas de población social y económicamente postergadas<sup>106</sup>, lo que requiere eliminar, principal, aunque no únicamente, su excesiva carestía y duración y las causas que las originan.

El Código modelo responde, como inmediatamente veremos, a estas orientaciones progresistas. Sus resultados en este aspecto son en conjunto correctos, aunque, como es normal, son inevitables ciertas objeciones técnicas frente a algunas disposiciones.

Examinemos sus innovaciones de mayor interés.

1) En el régimen de la tutela jurisdiccional me parece especialmente destacable, en primer término, el amplio reconocimiento de la tutela merodeclarativa y mediante condena a prestación futura (artículo 11.3; el artículo 317 completa el régimen de la condena de futuro con una norma conveniente en el proceso de ejecución).

---

<sup>104</sup> WASSERMANN, R., *Der soziale Zivilprozess*, Neuwied, 1978, pág. 52-57, aunque se refiere también a ANTON MENGER. En los autores españoles la figura y la obra de KLEIN suele evocar, justamente, el recuerdo del Marqués de Gerona: ALCALÁ-ZAMORA, *Aciertos terminológicos e institucionales*, cit., págs. 453-454; FAIRÉN, *Estudio histórico*, pág. 428.

<sup>105</sup> La bibliografía sobre esta materia es amplísima. A los efectos de este trabajo he consultado *Effectiver Rechtsschutz und verfassungsmässige Ordnung*, ponencias generales del Congreso Internacional de Derecho procesal de Würzburg (1983), editadas por HABSCHEID, Bielfeld, 1983; las ponencias belgas a ese mismo Congreso han sido publicadas bajo el título *Effectiveness of judicial protection and the constitutional order*, Deventer, 1983; en cuanto a los trabajos del Congreso de Gante (1977) sobre humanización de la justicia sólo he podido examinar las ponencias alemanas publicas por GILLES, P., *Humane Justiz*, Kronberg/T. S., 1977; CAPPELLETI, M., *Giustizia e società*, Milano, 1977, autor que también ha de ser ahora recordado como editor general de la serie de publicaciones en torno al tema *Acces to justice*; MORELLO, A. M., BERIZONCE, R. O., HITTERS, J. C. NOGLEIRA, C. A., *La justicia entre dos épocas*, La Plata, 1983; BAUR, F., *La socialización del proceso*, Salamanca, 1980; WASSERMANN, *Der soziale Zivilprozess*, cit.; *Para un proceso civil eficaz*, edit. F. RAMOS, cit.; FIX ZAMUDIO, *Ejercicio de las garantías constitucionales sobre la eficacia del proceso*, ponencia para las IX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal (Madrid. 1985), que manejo en versión mecanografiada; RAMOS MENDEZ, F., *La eficacia del proceso*, en *Justicia* 82, II, págs. 97-113; DEVIS ECHANDIA, H., *La contribución de la sociología jurídica a la reforma de las leyes procesales*, en «Libro homenaje a Jaime Guasp», Granada, 1984, páginas 169-185.

<sup>106</sup> DEVIS ECHANDIA, H., *La contribución de la sociología jurídica*, cit., págs. 169-175.

La tutela cautelar también se concibe con amplitud, en el doble sentido de que se prevé la posibilidad de medidas indeterminadas (artículo 279 *in fine*) y de que no se restringe el alcance de las medidas cautelares a lo meramente asegurativo (artículo 280).

En la tutela ejecutiva el régimen de la ejecución provisional (artículos 230, 245, 321) contribuirá a evitar el abuso de los recursos como táctica dilatoria, y las medidas para la ejecución de prestaciones no pecuniarias (artículos 330-332) impedirán un tránsito excesivamente fácil a la ejecución genérica.

En fin, la regulación expresa de la legitimación para instar la tutela de intereses colectivos y difusos (artículo 53, a relacionar con 194) fomentará la protección de ciertos intereses que, en defecto de aquel tratamiento, permanecerían de hecho sin defensa.

2) Curiosamente el Código modelo no presenta demasiadas disposiciones específicas que sean fruto de la preocupación por la igualdad real de las partes en el proceso.

Esta idea, sin embargo, subyace en las grandes opciones del Código en el sentido de aumentar los poderes del juez y de establecer un procedimiento oral.

Disponer la defensa por abogado como regla general (artículo 48) elimina desigualdades naturales entre las partes, pero abre paso a las desigualdades socioeconómicas, sin que el Código modelo prevea ninguna directriz sobre el régimen de la asistencia jurídica gratuita.

Un especial tratamiento en favor de la posición de la parte más débil en procesos sobre determinados objetos parece disponer el artículo 310.2º a 4º.

3) El principio dispositivo rige en el sentido de que el proceso sólo se inicia a instancia de parte, quien, además, fija su objeto, con el que el juzgador habrá de ser congruente, y puede terminarse con actos de disposición de las partes. Todo ello con excepciones que son normales incluso en países de régimen no comunista.

Sin embargo, al juzgador se le encomiendan ciertas funciones respecto a la fijación de las pretensiones y las defensas de las partes: en general, las dirigidas a lograr la aclaración de las mismas, si sus extremos fueran oscuros o imprecisos (artículo 301.1º)<sup>107</sup>; especialmente, en procesos sobre ciertos objetos, pueden alcanzar a la información sobre los derechos que asisten a la parte (artículo 310.2º), dejando luego a ésta la libertad de su ejercicio.

Con referencia a las alegaciones de carácter conclusivo (por tanto el tema ya no entra en la esencia del principio dispositivo, aunque sí afecta al tratamiento del fondo) el artículo 303.6 confiere al tribunal facultades para precisar los extremos sobre los que aquéllas deben versar.

4) La regulación de la introducción y prueba de los hechos parecía quererse guiar por unos principios muy claros, pero, salvo error mío, no se ha logrado plasmar adecuadamente en las disposiciones.

Se partía de la diferencia entre la aportación de los hechos y la prueba de los mismos: la primera correspondía a las partes; la segunda a las partes y al juez<sup>108</sup>.

---

<sup>107</sup> *El Código procesal civil modelo*, cit., págs. 63-64; GELSI, *El anteproyecto de Código general del proceso*, cit., pág. 33.

<sup>108</sup> *El Código procesal civil modelo*, cit., págs. 41-42; GELSI, *El anteproyecto de Código general del proceso*, cit., pág. 33.

Pues bien, lo primero se ha trasladado inequívocamente al articulado —o, en todo caso, con la única duda del posible significado del artículo 184.4—: el juez no interviene en la aportación de hechos más que a los efectos aclaratorios antes indicados.

En cambio, el segundo aspecto no ha quedado tan claro. Aunque es cierto que una amplia serie de disposiciones proclaman las facultades probatorias oficiales del juez (artículos 165, 175, 176, 139, 151, 152, 168 y 171), su exacto alcance depende en definitiva de cómo se resuelva la antinomia existente entre dos disposiciones básicas en esta materia: el artículo 33.42, que establece que el Tribunal está facultado «para ordenar las diligencias necesarias para *esclarecer la verdad de los hechos controvertidos*», y el artículo 34.2, que dispone el deber del Tribunal de emplear las facultades y poderes que le concede el Código para «...la *averiguación de la verdad de los hechos alegados* por las partes».

Según la primera norma, la admisión de hechos por las partes (artículo 127) o actitudes equivalentes (me parece que el Código modelo abusa de la *facta confessio* preceptiva: artículos 120.2, 139.4 y 177.3, aunque véase también el artículo 143.3) cierran el paso a la actividad probatoria oficial. La segunda disposición no conduce a esa consecuencia, aunque tampoco hace automática la iniciativa probatoria del juez respecto a hechos admitidos, sino que le deja libre para adoptarla si no está convencido de la verdad resultante de la admisión.

5) En cuanto a la valoración de la prueba ya hemos indicado que el Código modelo elige como regla general la valoración libre, aunque con ese especial matiz español e iberoamericano de atenerse a las reglas de la sana crítica (artículos 130 y 131), todo lo cual se acompaña de una eficaz disposición sobre el análisis de las pruebas practicadas (artículo 130), para que la libertad de apreciación no sirva para escamotear en parte el deber de motivación.

Si esto acerca el modo de determinación de la verdad en el proceso al que es normal en el ámbito de las relaciones humanas, la desaparición en el propio Código modelo de la prueba tasada no es completa. Contiene excepciones el artículo 143, sobre los efectos de la confesión; los artículos 160 y 163, respecto a la prueba documental y (ya sin posibilidad de explicar la excepción por el mecanismo de la admisión de hechos) el artículo 172.

6) Otro campo en que el Código modelo propicia una ampliación y perfeccionamiento de los poderes del juez es el de la dirección formal del proceso. Esto era casi imprescindible con vistas al establecimiento de un procedimiento oral.

Genéricamente la efectividad de las órdenes del juez se refuerza con un régimen adecuado de constricciones y astringencias (artículo 320).

Se establece el impulso oficial (artículos 3 y 88), aunque permitiendo la suspensión del curso de los plazos por acuerdo de las partes (artículo 88.1), lo que resulta un tanto sorprendente si se entiende literalmente (porque no parece lógico generalizarlo sin más a cualquier plazo), pero también si se entiende como posibilidad de suspender el proceso. Sorprende igualmente que esa suspensión no pueda conducir a la caducidad de la instancia (artículo 205. 1).

Respecto a los requisitos condicionantes de la admisibilidad del pronunciamiento de fondo que tiene mayor trascendencia, se regula con nitidez su tratamiento como presupuestos procesales (artículos 33.2º y 123, 11), abandonándose



el viejo sistema de excepciones dilatorias, que daba excesiva e injustificada beligerancia en esta materia a las facultades de la contraparte<sup>109</sup>.

Pero lo más destacado desde el punto de vista de la efectividad del proceso y de atender a su función social, me parece que es haber orientado el régimen de la dirección formal del proceso hacia el desenvolvimiento útil de éste, en el sentido de que conduzca al pronunciamiento de fondo válido y eficaz. Esto se observa en el régimen de la audiencia preliminar, que permite cortar procesos que por vicios insubsanables no alcanzarían aquel objetivo<sup>110</sup>; en el signo positivo de las facultades de control de los presupuestos procesales y de la eficacia de los actos, más orientadas a prevenir defectos y a subsanarlos, que a pronunciar sus consecuencias frustrantes del fin del proceso (artículo 33.29 y 92, 112.1, 301.5º y 302.3 y 4); y en la ordenación prudentemente restrictiva de las nulidades (artículos 104-109 y 240)<sup>111</sup>.

7) Llegamos así a la innovación más esperanzada y esperanzadora del Código modelo: la articulación de un procedimiento oral.

Es intensa la conexión que existe entre ella y el modelo de un proceso civil social. De una parte, la reiterada referencia a esta forma procedimental como la más adecuada para el ágil y fructífero contacto entre los sujetos del proceso<sup>112</sup>, evoca la mención de WASSERMANN de la comunicación como una de las exigencias del proceso civil en el Estado social de Derecho<sup>113</sup>. Por otro lado, en la exposición de motivos se mantiene que el proceso oral «es el único que permite el efectivo acceso a la justicia, que hoy se reclama insistentemente para el cumplimiento del fin social de dicho proceso. En especial el acceso de aquellos que por su condición económica y cultural no están en condiciones de afrontar los costos, los formalismos y la duración excesiva de un proceso escrito»<sup>114</sup>.

En el procedimiento oral del Código modelo se utiliza la escritura en la medida conveniente<sup>115</sup>: son escritas la demanda (artículo 110) y la contestación (artículo 120.1), la reconvencción (artículo 126) y contestación a la misma (artículo 298.2), la expresión de agravios y contestación a ella (artículo 223). etc.; también las resoluciones judiciales (artículo 184. 1); en fin, la escritura se usa también para documentar la actividad procesal desarrollada en la medida en que sea necesario conocerla en instancias y recursos posteriores (artículo 97, 98, 175, 176 y 303.5).

Se establece el principio de inmediatez (artículo S), al que se acompaña una regulación muy restrictiva de las posibilidades de delegación por parte de los titulares del órgano jurisdiccional (artículo 8, 18 y 19). Pero, a mi juicio, hubiera sido aconsejable una formulación del requisito de la identidad física de los titulares del órgano a lo largo del proceso, más drástica que la contenida en el artículo 96.1. Tampoco el régimen de la prueba trasladada, que establece el artículo 135, es muy acorde con la oralidad y la inmediatez, aunque favorezca la economía procesal.

---

<sup>109</sup> VESCOVI, *Elementos para una teoría general*, cit., págs. 69-70.

<sup>110</sup> *El Código procesal civil modelo*, cit., págs. 60-63, aunque en la audiencia preliminar también se cumple la finalidad de subsanación que inmediatamente después apuntamos en el texto.

<sup>111</sup> GELSI, *El anteproyecto de Código general del proceso*, cit., pág. 35.

<sup>112</sup> *El Código procesal civil modelo*, cit., págs. 38-39; GELSI, *El anteproyecto de Código general del proceso*, cit., págs. 28-29; VESCOVI, *Elementos para una teoría general*, pág. 18.

<sup>113</sup> WASSERMANN, *Der soziale Zivilprozess*, págs. 88-89.

<sup>114</sup> *El Código procesal civil modelo*, cit., págs. 39-40.

<sup>115</sup> *El Código procesal civil modelo*, cit., pág. 38.



En la concentración hay que distinguir dos aspectos. La concentración procedimental, que requiere la continuidad en un período de duración razonable de los actos orales del procedimiento y de la sentencia que en ellos ha de basarse; a establecerla en el Código modelo se destinan el artículo 96, los artículos 301, 302.5 y 6 y 303, que disponen la realización de tales actos como máximo en dos audiencias (preliminar y complementaria), y los artículos 301.52 y 303.2, que regulan con la restricción posible la suspensión de las audiencias.

A la concentración del contenido del proceso contribuyen los artículos 214.1, 216.1 y 3, 222 y 284, aunque, como ya hemos visto, se opta razonablemente por el debate y resolución previa de las cuestiones que puedan determinar inadmisibilidad del pronunciamiento de fondo o nulidad del proceso.

Para posibilitar la concentración se estimula a las partes, mediante normas de preclusión, a que formulen en los escritos de demanda y contestación la pretensión y alegaciones de ataque y defensa, así como la proposición de los medios de prueba de los que quieran valerse (artículos 111, 121 y 122), aunque esa preclusión tiene excepciones (artículos 114.2, 301.12 y W). Por otra parte, el Tribunal debe preparar diligentemente la práctica de los medios de prueba admitidos para que pueda tener lugar, como máximo, en la audiencia complementaria (artículos 301.6 y 303.1).

Rige el principio de publicidad, con las habituales limitaciones (artículo 7), aunque el modo de publicidad consistente en la expedición de testimonios y certificaciones se trata con cierta rigidez en el artículo 100.

#### IV. DIFERENTES EXPECTATIVAS DE DIFUSIÓN DEL «CÓDIGO MODELO»

### 12. Difusión legislativa

En la presentación del Código modelo se reitera que éste no tiene la pretensión de regir en ningún país en forma efectiva<sup>116</sup>. Pero, sin duda, la función que persigue cumplir (orientar la reforma del proceso civil en un sentido progresista) y el modo elegido para cumplirla (desarrollar los principios con precisión en un texto articulado), se realizarían en un grado óptimo si fuera tramitado y aprobado como ley en la mayor parte de los países iberoamericanos. En apartados anteriores hemos ponderado las buenas cualidades del Código modelo, que pueden favorecer su aceptación, tanto por el modo de elaboración del texto, como por su contenido. En estas últimas páginas quisiera dedicar alguna reflexión a las perspectivas reales de difusión del Código modelo.

De entrada hay que reconocer que a nadie se le oculta que la vía de difusión del Código modelo consistente en su introducción como ley en los diversos ordenamientos iberoamericanos no conducirá a grandes resultados.

Una cierta pero imprecisa tendencia a la unificación y una clara toma de conciencia en la doctrina (y tal vez en ámbitos más amplios) de la crisis del proceso civil en los países iberoamericanos, no parecen factores de potencia suficiente para vencer las normales resistencias de las soberanías estatales.

De los obstáculos genéricos para culminar una labor unificadora con profundo sentido reformador en el campo del proceso civil, pueden dar idea dos

---

<sup>116</sup> *El Código procesal civil modelo*, cit., págs. 6,17-18.

consideraciones. En primera lugar, que en importantes países iberoamericanos de estructura federal (México, Argentina) no se ha logrado superar la diversidad de régimen procesal de los estados componentes de la federación<sup>117</sup>. En segundo término, que en conjuntos de países con mayor grado de cohesión política e institucional que el que puedan presentar los países iberoamericanos, como la Comunidad Económica Europea, no siempre resulta fácil la aconsejable aproximación de legislaciones y ello aunque ésta sólo afecta, a veces, a intereses más definidos y sectoriales. Comprensibles son pues las dificultades que puede hallar un texto destinado a regir el ejercicio de una de las manifestaciones de la potestad jurisdiccional del Estado.

Añádase a lo dicho, que un reforma procesal, a diferencia de las reformas en ciertos otros sectores del ordenamiento, compromete siempre la prestación de un servicio por el Estado y, por tanto, afecta al gasto público y plantea el problema de su financiación. Las grandes opciones presupuestarias podrían ciertamente replantearse, haciendo pesar al adoptarlas el grado de prioridad que constitucionalmente corresponde al Poder Judicial y su función en un Estado de Derecho. En ese sentido, el propio Código modelo propone la generalización de la norma constitucional costarricense que reserva al Poder Judicial un porcentaje fijo del presupuesto (artículo 26 Código modelo)<sup>118</sup>. Ahora bien, en todo caso no habría que olvidar que las posibilidades de expansión del gasto público en los países iberoamericanos son muy limitadas y ello condiciona la efectividad de este tipo de reformas.

Especialmente de la reforma que constituye una de las grandes aspiraciones del Código modelo: la introducción de un procedimiento oral.

Dejemos a un lado las dificultades que pueden oponerse a la efectividad de ese clase de procedimiento por el enraizamiento en los profesionales forenses de una mentalidad formada durante muchos años en los esquemas propios de un procedimiento escrito. Estas dificultades todavía podrían superarse con la aplicación de técnicas apropiadas<sup>119</sup>.

Más graves parecen, desde la situación económica de los países iberoamericanos, los problemas de financiación de una reforma de aquel estilo. La necesidad de un mayor número de jueces y de la dotación de medios adecuados para que un procedimiento oral se desarrolle efectivamente de acuerdo con las previsiones legales, han sido continuamente apuntada por procesalistas iberoamericanos, sea al evaluar resultados de reformas, sea al planificarlas<sup>120</sup>, reconociéndose la dificultad de

---

<sup>117</sup> ALCALÁ-ZAMORA, *A propósito de una planeada ley procesal civil*, cit., pág. 200; del mismo autor, *Unificación de la legislación procesal en México y Unificación de los códigos procesales mexicanos tanto civiles como penales*, ambos trabajos en «*Derecho procesal mexicano*», I, México, 1985, págs. 5-11 y 12-49, respectivamente.

<sup>118</sup> *El Código procesal civil modelo*, cit., págs. 43-44; VESCOVI, *Elementos para una teoría general*, cit., pág. 25.

<sup>119</sup> Sobre estos problemas en relación con la introducción de la oralidad en la reforma venezolana de 1975, RENGEL ROMBERG, A., *El juicio oral en el proyecto de Código de Procedimiento Civil venezolano de 1975*, en «Libro homenaje a Jaime Guasp», Granada, 1984, págs. 493-500.

<sup>120</sup> DEVIS ECHANDIA, H., *La contribución de la sociología jurídica*, cit., pág. 181; del mismo, *Oralidad y escritura en los procedimientos colombianos*, cit., págs. 471-479; del mismo, *La aceleración del proceso judicial y el proceso oral. El caso de Colombia y otros países de América del Sur*, en *Estudios de Derecho procesal*, II, Bogotá, 1980, págs. 557-572; GELSI, *El anteproyecto de*

cumplir aquellos condicionamientos en la realidad iberoamericana<sup>121</sup>. Aunque es razonable la advertencia, que se traduce incluso en una concreta disposición del Código modelo (artículo 28), de que la oralidad del procedimiento, si bien requiere aumentar el número de jueces, permite reducir el de personal auxiliar<sup>122</sup>, no creo que las consecuencias de esto sobre la modificación de la estructura de los gastos de personal disminuya esencialmente la gravedad de los problemas antes enunciados.

### 13. Difusión «jurisprudencial»

Junto a su incorporación a los diversos ordenamientos como ley, existe otra vía a través de la cual el Código modelo puede hacer notar, al menos en cierta medida, su influencia, a la vez unificadora y reformadora, en el proceso civil de los países iberoamericanos. Me refiero a la vía «jurisprudencial», entendida esta expresión en sentido amplio, como modo de entenderse y practicarse el Derecho en las resoluciones de los tribunales, pero también formando parte de aquella vía la actividad de postulación de los abogados, en cuanto condiciona la respuesta de los tribunales, así como la labor, de matiz más teórico, de estudio e investigación del Derecho del proceso, en cuanto llegue a entablar con las dos actividades antes citadas una relación de recíproca influencia<sup>123</sup>.

Ciertamente no todo el contenido del Código modelo es apto para difundirse por esa vía, y ello no tanto porque genéricamente el Derecho procesal esté sometido al principio de legalidad, cuanto porque hay normas procesales cuya aplicabilidad depende de otras precisas normas de organización, pero sobre todo, porque hay muchas normas cuyas enunciación es muy descriptiva y dejan escaso margen de libertad a sus aplicadores.

Así, no parece posible en principio que un procedimiento oral como el preconizado por el Código modelo y configurado por él con una estructura determinada, llegue a introducirse en algún país iberoamericano por la vía de la praxis jurisprudencial. La realización más efectiva y auténtica de las características de un procedimiento oral, mediante una planificada actuación del tribunal y las partes, al estilo del *Stuttgarter Modell*<sup>124</sup>, sólo puede darse bajo el imperio de una ley procesal que reúna ciertas condiciones mínimas, pero es absolutamente impensable bajo una ley procesal que prescriba con claridad un procedimiento escrito.

---

*Código general del proceso*, cit., pág. 28; ALCALÁ-ZAMORA, *La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881*, cit., pág. 193; SARMIENTO, *Consideraciones sobre la reforma*, cit., págs. 554-555; DE LA RÚA, F., *Procesos lentos y reforma urgente*, cit. págs. 226-223. La misma preocupación se muestra en la exposición de motivos del Código modelo, en *El Código procesal civil modelo*, cit., pág. 83.

<sup>121</sup> DEVIS ECHANDIA, *La aceleración del proceso judicial*, cit., pág. 561; SARMIENTO, *Consideraciones sobre la reforma*, cit., pág. 555.

<sup>122</sup> *El Código procesal civil modelo*, cit., págs. 58-59, nota 49.

<sup>123</sup> Véase GORLA, *Unificazione «legislativa» e unificazione «giurisprudenziale»*, cit., págs. 652-703.

<sup>124</sup> Sobre el mismo véase BAUR, F., *Wege zu einer Konzentration der Mündlichen Verhandlung in Prozess*, Berlín, 1966, *passim*; BENDER, R., *Die «Hauptverhandlung» im Zivilsachen*, en *Deutsche Richterzeitung*, 1968, págs. 163 y siguientes.

Similares deberían ser las reflexiones respecto a, por ejemplo, la introducción del procedimiento monitorio, igualmente propugnada por el Código modelo<sup>125</sup>.

Sin embargo, hay aspectos menos procedimentales de la materia procesal que resultan más apropiados -para que, en la praxis diaria de los tribunales iberoamericanos, a la hora de interpretar las leyes vigentes en cada país, pero, sobre todo, al integrar sus lagunas, dar sentido a conceptos jurídicos indeterminados o precisar el contenido de los principios del Derecho atinentes al proceso, puedan llegar a imponerse soluciones recogidas en el Código modelo o, como mínimo, a jugar un papel importante en la busca de la solución.

Teniendo también en cuenta la experiencia del Derecho español, en el que muchas insuficiencias de la Ley de Enjuiciamiento Civil han sido subsanadas por la labor jurisprudencial<sup>126</sup>, indicaría una serie de disposiciones del Código modelo que podrían beneficiarse de ese tipo de difusión:

1) El artículo 11.3 que formula una norma general de admisión de las tutelas meramente declarativa y mediante condena a prestación futura.

2) Los artículos 55 al 57 y 58 al 65, relativos al litisconsorcio y a la intervención de terceros que, como advierte VESCONI, ya actualmente en algunos ordenamientos iberoamericanos son materias que carecen de un régimen legal completo, lo que suple la jurisprudencia<sup>127</sup>.

3) El régimen de la nulidad de los actos procesales, contenido en los artículos 104 a 109, dada la normal carencia en los códigos de vieja factura de una regulación precisa en esta materia.

4) El artículo 280 sobre medidas cautelares indeterminadas, cuya influencia puede consistir especialmente en que, en ordenamientos que ya conocen estas medidas, las mismas adquieran la amplia eficacia (anticipativa, no sólo de aseguramiento) con que las configura el Código modelo<sup>128</sup>.

---

<sup>125</sup> Especialmente sobre la orientación del Código modelo en este punto: VESCOVI, E. (con TORELLO, L, Y VIERA, L.), *La reforma del proceso ejecutivo para Iberoamérica: la adopción del procedimiento de estructura monitoria*, en «Libro homenaje a Jaime Guasp», Granada, 1984, págs. 587-603.

<sup>126</sup> PRIETO-CASTRO, L., *Tratado de Derecho procesal*, I, Pamplona, 1982, págs. 137-138 y, especialmente, nota 36; MONTERO, *Análisis crítico*, cit., págs. 114 y 117.

<sup>127</sup> VESCOVI, *Elementos para una teoría general*, cit., págs. 30-31.

<sup>128</sup> Apoyando interpretaciones más progresivas de los textos legales en este punto, como la que propugno en mi trabajo *Sobre las medidas cautelares indeterminadas del artículo 1.428 LEC*, en prensa en los estudios en honor al profesor FAIRÉN GUILLÉN.

**LA ACCIÓN**  
**(UN INTENTO DE ACLARACIÓN CONCEPTUAL)<sup>(\*)</sup>**

JUAN MONTERO AROCA<sup>(\*\*)</sup>

MANUEL ORTELLS RAMOS

Catedrático de Derecho Procesal

Universitat de València

1. INTRODUCCIÓN. 2. EL PUNTO DE PARTIDA: A) El Derecho Romano, B) La situación en el siglo XIX, C) La polémica Windscheid-Muther, D) Los dos caminos de la acción. 3. LA ACCIÓN COMO DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL CONCRETA: A) Autonomía de la acción frente al derecho material privado, B) Carácter concreto de la acción, C) Titular pasivo del derecho, D) Límites de la acción en sentido concreto. 4. LA ACCIÓN COMO DERECHO A LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL: A) Formulaciones doctrinales, B) Conclusiones críticas, C) Contenido del derecho a la tutela judicial efectiva. 5. CONCLUSIÓN.

---

<sup>(\*)</sup> Comunicación redactada por los autores como informe a la Ponencia 1ª, "Acción, pretensión y defensa", del XII Congreso Mexicano del Derecho Procesal; 24 al 27 de septiembre de 1989, Tampico, Tamaulipas. Publicada en *Temas procesales*, N° 10, México, 1990, pp. 5-35.

<sup>(\*\*)</sup> Catedrático de Derecho Procesal. Magistrado del Tribunal Superior de Valencia (España).



## 1. INTRODUCCIÓN

La doctrina procesal lleva más de un siglo discutiendo en torno a lo que sea la acción y hay que reconocer, con toda humildad por la parte que nos toca, que a la postre todo se ha reducido a una guerra de teorías y de palabras.

Con la fina ironía que le caracterizaba decía Calamandrei que las teorías sobre la acción eran, como las noches de la leyenda, mil y una y todas maravillosas, y es conocido el retruécano de Redenti: "Con l'azione (attività processuale) si propone al giudice l'azione (pretesa), ed egli dirà se l'azione (diritto) sussiste". Por su parte Alcalá-Zamora decía que este concepto había producido una literatura brillante, pero también logomáquica y confusa.

Con estos antecedentes no cabe extrañarse de que sí, por un lado, se ha pretendido que se abandone su estudio (así Guasp y Allorio), se haya convertido, por otro, en uno de los temas preferidos de los procesalistas (Alcalá-Zamora), habiendo producido una bibliografía desbordante que, paradójicamente, no ha tenido repercusiones ni en los códigos ni en la práctica judicial.

Es evidente que a estas alturas lo último que necesitamos es una nueva teoría sobre la acción y por ello en estas páginas no debe buscarse una lucubración como tantas al uso. Vamos a afrontar esta exposición con dos condicionamientos: 1) Renunciamos al despliegue bibliográfico habitual y al destile de teorías sin fin, reduciéndonos a lo que estimamos esencial, y 2) No nos ceñiremos a un derecho positivo determinado, limitándonos a abordar los conceptos para que luego cada cual atienda a su código y a su práctica.

Si al final de este informe hemos logrado que el oyente o el lector tenga un poco más, claro lo que la acción significa, nos daremos por satisfechos.

## 2. EL PUNTO DE PARTIDA

### A) El Derecho Romano

Para comprender el significado de la acción hay que volver al Derecho Romano. De éste se ha dicho que no era un sistema de derechos subjetivos, sino un sistema de acciones. Esta afirmación es indudablemente cierta, pero ¿qué significa?

Hoy está firmemente asentada en la ciencia jurídica la distinción entre derecho objetivo y derechos subjetivos. El primero es un conjunto de normas jurídicas, generales, imperativas y coercibles; estas normas nos dicen quien puede ser considerado propietario, usufructuario, heredero, acreedor, etc. Cuando se habla de los derechos subjetivos se, está haciendo referencia a, situaciones de poder o de preferencia respecto de cosas o contra personas; los propietarios, usufructuarios, herederos, acreedores son titulares de derechos subjetivos.

En el Derecho Romano no hay definiciones del derecho objetivo y no se conocía el concepto de derecho subjetivo. Este fue concebido muy posteriormente y se refiere a la cualidad moral atribuida a una persona para tener o hacer algo justamente; surge cuando la ley es la fuente del derecho objetivo y al mismo tiempo enumeradora de los derechos subjetivos.

En Roma las fuentes, las creadoras del Derecho, son la jurisprudencia y el Edicto del Pretor. El Edicto no contenía un catálogo de derechos subjetivos, sino un catálogo de formas de reclamar procesalmente, de acciones. Cuando un jurista, romano trataba de describir una relación jurídica lo hacía con referencia a la acción.

Veamos algunos ejemplos: a) De derecho real: D. 50, 16, 143: "el haber en su poder se refiere al que tiene acción sobre lo que es objeto del 'haber'; es lo que puede reclamarse por la acción reivindicatoria"; aquí no se define el derecho de propiedad, sino que se hace referencia a una acción. b) De derecho personal: D. 50, 16, 108: "se entiende por, deudor aquel a quien se puede exigir una cantidad a la fuerza"; la referencia también aquí, no está hecha al derecho subjetivo, sino al aspecto procesal de la situación jurídica.

En este contexto, pues, hay que entender las palabras de Celso (en D. 44, 7, 51 recogidas también en la Instituta de Justiniano I. 4, 6, 1): *Nihil aliud est actio quam ius persequendi in iudicio quod sibi debetur*; que no son sino una caracterización incompleta de la *actio in personam* del *ius civile* (Betti), referida además a una época concreta (las primeras décadas del siglo II d. C.).

En todo caso lo que nos importa resaltar es lo que suele denominarse concepción monista de la acción. Desde nuestra perspectiva se dice que en Roma acción y derecho subjetivo son una misma cosa; precisamente en ese orden, primero la acción y luego el derecho subjetivo.

Dentro de esta concepción se mueven también los glosadores, y así Piacentino (siglo XII) distinguía entre 1) *Petitio*: prestación concreta que el actor reclamaba (la pretensión material), y 2) *Actio*: fundamento legal de la *petitio*, por lo que sin acción no hay pretensión. Consiguientemente se identificaba la acción con el sustrato sustancial de la pretensión, de modo que *actio* y *obligatio* son términos sinónimos.

Poco después Azón dirá que *actio* y *obligatio* no son términos sinónimos sino interdependientes, se trata de nociones distintas referidas a realidades vinculadas en una relación semejante a la existente entre antecedente y consecuente. La acción procede de la obligación; ésta es la fuente de las acciones, pero una obligación puede dar origen a varias acciones.

No es preciso hacer referencia ahora a otros glosadores y postglosadores. Lo que importa es seguir destacando la visión monista. En las Partidas, por ejemplo, la relación derecho subjetivo acción se manifiesta desde una visión monista del derecho, en la que la acción no es más que la forma de hacer valer ese derecho.

## **B) La situación en el siglo XIX**

La visión monista derecho subjetivo-acción sigue predominando pero se han invertido los términos; ahora lo primero es el derecho subjetivo y después la acción. Así se descubre, por ejemplo, en:

### **a) Savigny**

La acción es el aspecto bajo el que se nos presenta el derecho subjetivo cuando ha sido violado; es un momento del derecho subjetivo. Por ello el origen de la acción se encuentra en la violación del derecho subjetivo y, consecuentemente, su titular es el

ofendido y su destinatario el que ha realizado la violación.

En la distinción entre derecho público o político y derecho privado, la acción se encuadra en este último, aunque cabe hablar de:

1<sup>o</sup>) Acción en general: noción unitaria, común y genérica que puede incluirse como parte de los procedimientos judiciales y estos considerarse dentro del derecho público.

2<sup>o</sup>) Acciones en concreto: aquí la acción implica, necesariamente, la existencia de un derecho subjetivo material y la violación del mismo. Sin derecho subjetivo material no existe acción y sin violación de aquel tampoco hay acción. Aquí estamos ya en el campo de estudio del civilista.

En esta línea de pensamiento dirá Puchta que la acción es el "derecho subjetivo en pie de guerra" Y Unger que es "el derecho que abandona la toga para endosarse el *sagum*".

### ***b) La escuela francesa***

Entre los procedimentalistas franceses, y aun entre los comentaristas del Código Civil de Napoleón, la acción se concebía como una prolongación del derecho subjetivo, hasta el extremo de que Demolombe llegó a decir que cuando las leyes hablaban de derechos y acciones estaban incurriendo en un pleonasma. Se comprenden así aforismos tan tradicionales como:

- *pas de droit, pas d'action*

- *pas de droit sans action y pas d'action sans droit*

- *point d'intéret, point d'action*

Ya en el siglo XX seguirán diciendo Glasson, Tissier y Morel que la acción es el derecho subjetivo en estado de lucha.

### ***c) España en el siglo XIX***

Aquí íbamos por el mismo camino. La acción no era más que un momento, un aspecto del derecho subjetivo privado que se ejercita o actúa jurisdiccionalmente. Se ha concluido así en un estudio sobre la doctrina española de la acción que comprende desde 1830 a 1930 que "la acción se encuadra institucionalmente en el ámbito del derecho privado porque presupone obligatoriamente: de un lado, la existencia de un derecho; de otro, la lesión o desconocimiento de este derecho. No tiene vida propia. No es un concepto ni figura jurídica autónoma. Igualmente es claro que dada la anterior premisa la división capital de las acciones debe estar basada en criterios privatísticos, es decir, sobre los distintos derechos que garantizan; acciones personales, acciones reales, etc.; que, en definitiva reciban el nombre del derecho material que protegen y no por la naturaleza de la resolución judicial a que tiendan".

### C) La polémica de Windscheid-Muther

En la situación descrita se produce, en los años 1856-57, esta célebre polémica sobre la acción, en la que suele situarse el fin de las teorías que hemos llamado monistas y la aparición de las teorías dualistas, esto es, las que distinguen entre derecho subjetivo y acción.

La concepción de Windscheid no es sustancialmente distinta a sus antecedentes científicos. Parte de que la *actio* romana era un *prius* respecto del derecho subjetivo material, mientras que en el derecho moderno la *actio* es un *posterius* respecto de ese derecho subjetivo material. Ahora bien, esto no significaba ya nada nuevo en el siglo XIX; era algo incardinado ya en una visión del Derecho desde perspectiva distinta.

A partir de aquí este autor lo que pretendía era distinguir entre *actio*, *Klage* y *Anspruch*, con la idea de aclarar conceptos que si tenían valor en el Derecho Romano, lo habían perdido en el derecho moderno:

1) *Klage*: término germánico que podía significar derecho de obrar en el proceso.

2) *Anspruch*: pretensión material. En este sentido se recogía en parágrafo 194 del BGB alemán: "El derecho de exigir de otro un hacer o un no hacer (pretensión), se extingue por prescripción".

3) *Actio*: esta palabra en el Derecho Romano no designaba algo secundario o derivado del derecho subjetivo privado, sino que era expresión primaria de lo que una persona podía exigir de otra, en cuanto esta exigencia era judicialmente amparada; consecuentemente no cabía desvirtuar el sentido de esta palabra y utilizarla con significado absolutamente distinto del que tenía en Roma.

La *actio* romano no equivalía a la *Klage* germánica, sino que se correspondía con la *Anspruch* y como tal pretensión de derecho material se dirige contra el demandado, contra aquel que se pretende obligado en la relación jurídica material. Esto suponía mantenerse en el terreno del derecho privado.

En palabras de Windscheid: "El derecho atribuye a cada individuo una esfera de señorío, en la cual su voluntad es ley para los otros individuos; si el individuo no es reconocido en esa esfera de señorío puede quejarse Y reclamar ante el Estado, custodio del Derecho, y el Estado le ayuda a conseguir lo que es suyo". "Que uno tenga un *actio* significa, en el lenguaje de nuestra conciencia jurídica, para la cual la perseguibilidad es sólo la consecuencia del derecho, que uno tiene una pretensión reconocida por el derecho", y esta pretensión es la del derecho material, la pretensión en el sentido de lo que después fue el parágrafo 194 del BGB.

La acción se separa del derecho material y pasa al campo del derecho público en la obra de Muther. Esta es hoy prácticamente ilegible, pero en ella lo importante es que su autor se da cuenta de que si existe un derecho público subjetivo ha de existir un obligado y este ha de ser el Estado. Muther parte de que en Roma la *actio* no era ni un apéndice del derecho subjetivo material, ni un nuevo derecho surgido de la violación del derecho subjetivo material, ni algo equiparable a la *Anspruch*; la *actio* era el derecho a la fórmula pretoriana y por eso era por lo que el Derecho Romano era un sistema de acciones.

Trasladando estas ideas al derecho moderno, la acción es un derecho a la tutela jurídica por parte del Estado. La unidad entre acción y derecho subjetivo material se ha roto, y en sus destinatarios se aprecia con especial claridad:

1) El derecho subjetivo material se dirige frente a un particular y tiene naturaleza privada.

2) El derecho de acción se dirige contra el Estado, personalizado en sus órganos jurisdiccionales, y tiene naturaleza pública.

Las doctrinas, monistas encuentran aquí su fin. Es cierto que después han surgido algunas explicaciones monistas, como la de Satta, pero se trata de algo excepcional. A partir de Muther las concepciones de la acción serán dualistas, esto es, partirán del hecho de que una cosa es el derecho material y otra la acción; y serán además públicas, pues si el derecho material puede ser privado, la acción quedara incardinada en el derecho público.

#### **D) Los dos caminos de la acción**

La polémica antes reseñada, y especialmente la obra de Muther significó la ruptura frente a lo anterior. Desde entonces la doctrina se ha movido por dos caminos distintos que muchas veces se han presentado como contrarios, cuando en realidad son complementarios:

a) Uno de ellos ha pretendido explicar las relaciones entre derecho material y proceso y, más en concreto, cómo se pasa del derecho material al proceso, a la actividad de los órganos dotados de jurisdicción. Se advirtió que la tutela jurisdiccional del derecho no se explica simplemente con la referencia a un derecho subjetivo privado violado, del que se continúa pretendiendo su satisfacción por el obligado, aunque ahora por la vía jurisdiccional. Esta falta de explicación es la que va a dar origen a la teoría concreta de la acción.

b) Por el segundo camino se ha querido explicar por qué se inicia la actividad de los órganos jurisdiccionales y se llega hasta el fin del proceso; es decir, por qué un particular puede dirigirse al Estado y exigir la actuación de los órganos dotados de potestad jurisdiccional. Para contestar a esta pregunta surge la teoría abstracta de la acción.

Es evidente que estamos ante caminos distintos que se refieren a problemas distintos, que pretenden solucionar cuestiones distintas.

La mayor parte de las discusiones que la doctrina ha sostenido responde a que los autores han confundido esos caminos y los han mezclado. Durante un siglo se ha producido un verdadero "diálogo de sordos", en el que los interlocutores se referían a cosas distintas. De ahí la confusión.



### 3. LA ACCIÓN COMO DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL CONCRETA

Este es el primer camino y quiere explicar -insistimos- como se pasa del derecho material al proceso. Su formulador básico fue Wach (con el antecedente de Muther). El derecho de acción era para aquel una pretensión de tutela jurídica que se compone de tres afirmaciones básicas:

1ª) La pretensión de tutela jurídica es una entidad de naturaleza procesal diversa del derecho subjetivo material y de la pretensión material. Sus presupuestos son distintos y también su objeto:

1) Presupuestos: La acción se vincula a un supuesto de hecho extraprocesal distinto al del derecho subjetivo privado. Esto se ve muy bien en la acción declarativa pues con ella no se trata de hacer valer un derecho subjetivo, sino de tutelar una posición jurídica. En los demás casos no basta para que exista acción que exista un derecho subjetivo, sino que es preciso que concurra un interés jurídico, se exige la necesidad de obtener la tutela jurídica.

2) Objeto: Del derecho de acción es el acto de tutela, que puede ser de diversas clases: declarativo (mero, de condena, constitutivo), ejecutivo y cautelar; esta variedad sigue existiendo aunque se trata de un único derecho subjetivo material. Dicho de otra manera, mientras el derecho subjetivo material siempre tiene el mismo objeto (cada uno el suyo, naturalmente), aquél puede tutelarse de diversas maneras, y de ahí que un mismo derecho material pueda dar lugar a una tutela jurídica que consista en una mera declaración de la existencia del derecho o bien en otra que consista en la condena del obligado a hacer algo.

2ª) La pretensión de tutela jurídica es un derecho concreto, determinado, a obtener una sentencia que satisfaga al actor de modo concreto. No se trata de lograr *una* sentencia, sino de lograr *la* sentencia favorable. Ello supone que solo tiene acción quien la ejerce con fundamento.

3ª) La pretensión de tutela jurídica integra una relación de carácter público y se dirige tanto frente al Estado (que tiene el deber de otorgar la tutela; el otorgamiento no es discrecional, es algo debido siempre que concurran los presupuestos dichos) como frente al demandado (éste debe soportar la actuación de tutela y, en su caso, soportar la decisión del juez; el demandado no siempre ha de ser el obligado a realizar una prestación conforme al derecho privado).

Para comprender mejor esta construcción vamos a desarrollar los anteriores apartados; integraremos así lo que se ha dicho, aludiendo, además, a las críticas.

#### **A) Autonomía de la acción frente al derecho material privado**

Esta autonomía fue usada por Goldschmidt para explicar su Derecho Justicial Material y nosotros vamos a usar a este autor y su construcción para explicar la autonomía.

Decía James Goldschmidt que el derecho público se integraba por: Derecho político, derecho administrativo y derecho justicial, y este último es aquel que tiene por objeto la relación jurídica existente entre el individuo y la justicia estatal. En este Derecho Justicial hay dos clases de normas:

1) Formales: que integran el llamado derecho procesal, y

2) Materiales: se trata de normas, de contenido material, que solo se aplican en la relación juez-individuo, no entre individuo-individuo. El caso más claro es el del derecho penal, que, aun no regulando formas procesales, solo se aplica en la relación juez-individuo, pues las normas penales no se aplican nunca extraprocionalmente. Pues bien, de la misma manera existe un derecho que regula la parte material de la relación judicial civil, que no es derecho privado, pues no rige entre particulares, sino derecho público, pues atiende a regular la relación entre el individuo y la jurisdicción.

Este derecho público configura la pretensión de tutela jurídica de Wach y está integrado por: 1) Normas que específicamente tienen ese objeto (regular la relación juez-individuo), y 2) Normas propias del derecho privado vistas desde el ángulo del juicio y de la actividad del juez.

Ejemplos: 1) Al regular las obligaciones el art. 1098 del Código Civil español dice: "Si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciera, se mandará ejecutar a su costa"; ¿quién lo mandará? el juez. En el art. 1096 del mismo Código, al regular la entrega de cosa genérica, se dice que el acreedor "podrá pedir que se cumpla la obligación a expensas del deudor"; ¿a quién podrá pedirlo?, al juez. En estas normas, y en otras muchas que podrían señalarse, el Código Civil está dirigido a regular algo distinto de las relaciones privadas entre particulares; atiende a la relación individuo-juez; se trata de normas que dicen lo que un individuo puede hacer en un proceso y lo que el juez puede hacer en el mismo.

2) El art. 1445 del Código Civil, al establecer las obligaciones que nacen de la compraventa, puede leerse en clave privatista, y entonces regula las relaciones entre particulares, pero puede leerse también en clave de Derecho Judicial Material: el Estado pone a disposición del contratante la actividad judicial para que llegue a cobrar el precio o para que se le entregue la cosa.

Sin entrar ahora en el estudio de Goldschmidt, hemos utilizado su construcción simplemente para poner de manifiesto que existen normas carentes de aplicación en el tráfico jurídico privado, que se destinan a establecer específicas modalidades de tutela jurisdiccional; esas normas sólo son relevantes cuando esa tutela se pide y se dispensa en el proceso.

Esas normas no regulan formas procesales pero pertenecen al derecho procesal, no al derecho privado.

En el Derecho Romano la noción de Celso llevaba sólo a la acción declarativa de condena; cuando Donello añadió a la definición de Celso las palabras *aut quod nostrum est*, incluyó la acción reivindicatoria, con lo que al lado de las acciones personales incluyó las acciones reales. Pero aparte de lo anterior, si la acción formara parte del derecho material no se explicarían otras formas de tutela jurisdiccional; así la acción declarativa pura, o la acción de condena a prestación futura o las medidas cautelares, sólo se explican porque la acción es independiente del derecho subjetivo material.

Por regla general existe acción declarativa de condena cuando existe un derecho material a prestación actualmente exigible. En este caso se hace difícil distinguir entre el derecho (privado) a exigir la prestación del deudor y el derecho público de acción en sentido concreto a obtener de los órganos jurisdiccionales una sentencia favorable.

Puede suceder, sin embargo, que, sobre el presupuesto de una obligación no exigible actualmente (porque, por ejemplo está sometida a: plazo), -el ordenamiento jurídico permita, para evitar, por ejemplo; la realización de varios procesos cuando se trata de prestaciones periódicas, que se obtenga una sentencia de condena, la cual sólo desplegará su eficacia ejecutiva cuando se produzca la exigibilidad de la obligación, esto es, conforme vayan venciendo los plazos. A esto se llama acción de condena a prestación futura, y de ella existen varios ejemplos en cualquier ordenamiento.

En esta modalidad de acción la distinción entre derecho privado material y derecho público de acción se ve muy claramente. La acción tiene unos presupuestos completamente distintos de los del derecho privado material; no se tiene todavía derecho a exigir la prestación del deudor, pero sí cabe ejercitar una acción.

## **B) Carácter concreto de la acción**

Para Wach, y para los que han seguido por este camino, la acción tiene carácter concreto y esto significa que se trata de un derecho a obtener, no una sentencia cualquiera, sino la sentencia favorable, la tutela jurídica pedida.

La crítica contra esta afirmación se ha formulado siempre de la misma manera: concebida así la acción -se dice- no sabemos si existe o no hasta el final del proceso; incluso no sabemos si se ha ejercitado por su verdadero titular, pues también esto es algo que sólo se sabrá al final del proceso. En consecuencia, la teoría concreta no puede admitirse -se sigue diciendo- - porque si - al final del proceso resulta que el demandante lo pierde habrá que llegar a la conclusión de que el proceso lo ha iniciado quien no tenía derecho de acción o, dicho de otra manera, si la actividad jurisdiccional la inicia quien tiene y quien no tiene razón (eso es algo que se verá al final), no cabe admitir una concepción que afirma que la acción es el derecho a una sentencia de contenido concreto.

Aquí es donde se encuentra la mezcla de los caminos a que hacíamos referencia más arriba. La teoría concreta no pretende explicar la iniciación de la actividad jurisdiccional, no se refiere al derecho del ciudadano a poner en marcha la actividad jurisdiccional del Estado y obtener una sentencia y, por lo tanto, la crítica anterior carece de sentido. El error nació ya con Degenkolb, el iniciador de la teoría abstracta, para el cual la teoría anterior explicaba solamente aquellos casos en los que el juez confería la tutela estatal al derecho subjetivo material invocado por el actor, pero el concepto de acción solo sería un concepto preciso cuando explicara todos los supuestos, tanto los de estimación como los de desestimación de la petición. En este error le ha seguido después la doctrina, aunque ya Hellwig advirtió del desacierto de esta crítica, pues la teoría concreta no quiere explicar la iniciación del proceso y su desarrollo hasta la sentencia, sino la posición jurídica favorable a la victoria en el proceso, la cual depende de que exista y se pruebe un determinado estado de hechos extraprocesales y una configuración jurídica que no es exclusivamente de derecho privado.

Despejada esta crítica hay que seguir afirmando que el derecho de acción lo es a obtener una sentencia de contenido concreto y, por lo tanto, favorable al demandante. La dificultad que se opone a reconocer esto proviene de que el derecho de acción está indisolublemente unido al proceso.

Los derechos subjetivos privados pueden ser reconocidos fuera del proceso, y de hecho ocurre así normalmente. Si yo afirmo que soy titular de la propiedad intelectual de un libro, se trata de una afirmación y de un derecho que puede ser reconocido sin necesidad de proceso; mi derecho de crédito contra un deudor puede ser reconocido por este y pagada la deuda. En cambio el derecho de acción no puede ser reconocido fuera del proceso; dirigido (como luego veremos) frente a los órganos jurisdiccionales del Estado, sólo puede ser reconocido en el proceso, en la sentencia, y de ahí que quede siempre sujeto a un condicionante de duda, de que el juez me dé la razón.

Ahora bien, esto no quiere decir que el derecho de acción sólo exista si se vence en el proceso. Si es posible hablar de sentencias justas e injustas es porque el derecho de acción existe, aunque luego no se venza en el proceso. Cuando se afirma que "las cosas no son lo que son sino lo que los jueces dicen que son", se está incurriendo en un positivismo judicialista de corte totalitario, negador de los derechos de la persona.

Como dice De la Oliva, para que se tenga derecho a una sentencia favorable es preciso:

1º) Que la acción este reconocida de manera general por ordenamiento jurídico (la posibilidad general de que se otorgue la tutela pedida) (si en un país no existe divorcio vincular, la acción que lo pida no tiene reconocimiento general, no llevaría nunca una sentencia favorable).

2º) Que la acción este reconocida de manera especial, decir, que en el caso concreto los hechos puedan subsumirse en la norma general (en el ejemplo anterior que los hechos que se aleguen sean el supuesto de una de las causas de divorcio).

3º) Que las normas reconozcan que el demandante puede pedir la aplicación de la norma (legitimación activa) (el divorcio no lo puede pedir, aun existiendo la causa, quien no tiene legitimación).

4º) Que existe interés legítimo en obtener la tutela jurídica, interés que ha de referirse tanto en general como frente a una persona concreta (piénsese en la acción declarativa negativa; nadie ha intentado pasar por mi finca, alegando una servidumbre de paso, el ejercicio del derecho de acción no tiene sentido).

Partiendo de estos requisitos el derecho de acción lo es a una sentencia favorable; no a cualquier sentencia.

### C) Titular pasivo del derecho

Wach partía de la idea de que los destinatarios del derecho de acción eran, por un lado, el Estado y, por otro, el adversario. A la primera parte se opuso Chiovenda alegando que si el derecho de acción se concibe como un derecho normal, como un derecho a la prestación, ello supondría que entre el particular y el Estado existe un conflicto de intereses, que se resuelve con la subordinación del interés del Estado al interés del individuo, lo cual no le parece admisible pues el Estado, por el contrario, está interesado en proteger en el caso concreto los intereses que ha estimado protegibles mediante la norma general; el Estado no se opone ni niega el derecho de acción.

Niega así Chiovenda que el derecho de acción sea un derecho de prestación frente al Estado y para ello recurre a la noción de derecho potestativo. La acción "es el poder jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la ley"; se trata de un derecho potestativo, entendiendo por estos "los poderes en virtud de los cuales su titular puede influir sobre situaciones jurídicas preexistentes modificándolas, extinguiéndolas o creando otras nuevas mediante una actividad unilateral propia".

En los derechos potestativos falta lo característico de los derechos de prestación, falta la obligación de una persona a hacer una prestación; en aquellos la ley concede a una persona el poder de influir, con una manifestación de voluntad, sobre la condición jurídica de otra, sin el concurso de la voluntad de esta; esta no debe hacer nada, pero tampoco puede apartar de sí el efecto.

Así, la acción es el derecho potestativo que confiere a su titular el poder de provocar la actuación de la ley frente al adversario; el ejercicio del derecho de acción pone la condición necesaria, a la que el ordenamiento jurídico ha subordinado el ejercicio de la potestad jurisdiccional del Estado.

La concepción de Chiovenda, con relación al sujeto pasivo de la acción, supone un retroceso en el camino iniciado por Wach y ese retroceso puede verse en dos aspectos ya señalados por Devis:

1º) Se retrocede en cuanto se atribuye a la acción naturaleza privada; en efecto. Chiovenda partía de que si el interés perseguido por el actor es privado, también la acción ha de ser un derecho privado. En sus palabras: "La tradición latina vio en la acción especialmente esta dirección contra el adversario e hizo de ella, como nosotros hacemos, un derecho privado en cuanto privado es también el interés". Con ello resulta que la acción se separa del juez y se olvida que si su fin es la actuación de la ley y ello no puede conseguirse sino por el juez, en cuanto órgano del Estado, no puede dejarse sin atención esa relación individuo-juez (Estado), relación que ha de ser de derecho público.

2º) Se retrocede con la asunción del concepto de derecho potestativo que lleva a confundir el derecho subjetivo con la facultad. Como dice Devis afirmar la existencia de derechos subjetivos sin obligación correlativa para nadie, es desvirtuar su noción jurídica; de la norma que concede el derecho emana la prohibición de vulnerarlo o desconocerlo Y esto constituye la obligación para ese sujeto pasivo; lo que es potestativo es ejercitar a no el derecho, pero no el derecho mismo, y ello sucede con casi todos los derechos, que se pueden ejercitar o no, sin que esto desvirtúe su

naturaleza. El avance está aquí en desarrollar la acción como un derecho público subjetivo.

Partiendo de que la acción, en cuanto derecho a la tutela jurisdiccional, ha de encontrar en el Estado su titular pasivo, hay que marcar ahora los límites de ese derecho.

#### **D) Límites de la acción en sentido concreto**

Con lo dicho hasta aquí deberíamos tener ya claro que la teoría concreta de la acción no pretende explicar el derecho a poner en marcha la actividad jurisdiccional del Estado. Su objeto atiende a las relaciones entre derecho material y proceso. Y, al mismo tiempo, sirve para demostrar que las normas procesales no se refieren sólo a aspectos formales, sino que inciden también en los presupuestos y modalidades de la tutela jurisdiccional de las diversas situaciones jurídicas materiales.

Lo que nos preguntamos ahora es si la teoría concreta puede servir para explicar todos los casos de actuación del derecho en el proceso. Esto es, conocido que la función de la jurisdicción es la actuación del derecho, objetivo en el caso concreto, cabe preguntarse si esta actuación puede ser siempre explicada mediante la concepción de un derecho subjetivo frente al Estado al otorgamiento por los órganos jurisdiccionales de éste de una tutela favorable al titular de ese derecho.

La teoría concreta nació con dos condicionantes que la limitan y que explican lo que Calamandrei llamó relatividad del concepto de acción. Esos dos condicionantes fueron:

1º) Político: Wach expuso su pensamiento a finales del pasado siglo (el *Manual* se publicó en 1885 y *La pretensión de declaración* en 1888, en el libro homenaje a Windscheid), esto es, en un contexto político liberal, en el cual el interés público se consideraba en función del interés privado y la justicia como un servicio que el Estado pone a disposición del ciudadano para ayudarle a satisfacer el propio derecho subjetivo.

2º) Jurídico: La teoría concreta se elaboró por procesalistas civiles y pretendía explicar solamente como el orden jurídico privado era tutelado por la jurisdicción; se trataba siempre de una explicación de la tutela de situaciones jurídicas subjetivas privadas, bien fueran derechos subjetivos o situaciones subjetivas que, aún no teniendo el carácter de derecho, fueran siempre de naturaleza privada. Wach no planteó nunca su teoría con relación al derecho público, al campo del derecho penal, por ejemplo.

La relatividad se manifiesta en los dos ámbitos y en los dos lo determinante es el juego de intereses privados y públicos o, como decía Calamandrei, entre libertad y autoridad. Se trata, pues, de precisar si el derecho cuya actuación ha de realizar el órgano jurisdiccional está destinado específicamente a definir y proteger derechos subjetivos e intereses jurídicos privados o, por el contrario, si es una parte del ordenamiento jurídico que atiende, de modo directo, a la protección de los intereses generales y públicos.



Así las cosas, hemos de ver ahora en que ámbitos de ejercicio de la jurisdicción el concepto de acción como derecho a la tutela jurisdiccional concreta es adecuado y en cuáles no.

#### **a) Orden civil**

Aquí la actividad jurisdiccional actúa el derecho objetivo sólo a instancia del titular del derecho subjetivo o interés privado, y solo en la medida en que este lo solicita, de modo que si aquél no solicita que se actúe el derecho no puede ser actuado y si pide la actuación ésta solo se producirá en la medida que corresponda a su petición.

El ordenamiento jurídico privado no sólo no sufre menoscabo por la presencia de estos condicionantes a su actuación jurisdiccional, sino que los mismos son plenamente connaturales con su estructura; aquí el derecho de acción no está destinado a provocar cualquier actuación del derecho objetivo, sino precisamente aquella que tutela las situaciones jurídicas indicadas.

Consiguientemente la acción puede concebirse correctamente como regla general, como derecho a una tutela jurisdiccional concreta, lo que no impide la existencia de excepciones.

En el proceso civil se confiere en algunos supuestos legitimación activa al Ministerio Fiscal. Esta atribución constituye una técnica para lograr la actuación del derecho objetivo, al margen de todo interés privado. Esta actuación del Ministerio Fiscal no puede entenderse como un derecho a la tutela jurisdiccional concreta, sino como promoción de la acción de la justicia en defensa de la legalidad.

Otras excepciones habría que buscarlas en materia de nulidad (absoluta) de negocios jurídicos por infracción de los límites imperativos de la autonomía de la voluntad, habida cuenta de la ampliación que se produce de la legitimación activa a sujetos ajenos a la relación jurídica deducida en juicio.

#### **b) Orden laboral**

Puede decirse lo mismo que en caso anterior. Es cierto que tradicionalmente suele establecerse en las legislaciones laborales el principio de la irrenunciabilidad de los derechos del trabajador, pero ello no impide que la tutela jurisdiccional sólo exista si la piden las partes y en la medida en que la pidan.

También aquí hay excepciones, que normal mente suelen referirse a conflictos colectivos o a aspectos muy concretos en que una autoridad administrativa puede actuar ante el órgano jurisdiccional por el trabajador, pero debe tratarse siempre de casos muy bien delimitados, a riesgo de debilitar o suprimir la autonomía de la voluntad y la libertad de las partes.

#### **c) Orden penal**

No existen aquí derechos subjetivos materiales o, mejor, no hay relación jurídica penal material ni con el particular ofendido por el delito, ni con los acusadores públicos. No se trata aquí, pues, de explicar como se pasa del derecho al proceso.

Por medio del proceso se trata simplemente de realizar jurisdiccionalmente el *ius puniendi* del Estado o, mejor dicho, de realizar el derecho objetivo. El Estado tiene

el monopolio del *ius puniendi*, pero lo rodea de una serie de garantías; unas se refieren a la existencia del delito (*nullum crimen sine lege*), otras a la pena (*nulla poena sine lege*) y otras al sistema de declaración de uno e imposición de otra (*nullum crimen y nulla poena sine iudicio*).

Ese proceso como garantía, en el sistema actual no es cualquier proceso sino un proceso de estructura acusatoria, y para él es preciso, sí el ejercicio de la acción, pero no en sentido concreto, sino en el sentido abstracto que veremos después. Titulares de la acción son el Ministerio Fiscal, que actúa sujeto al principio de legalidad, y puede serlo cualquier ciudadano según los ordenamientos jurídicos, en los que cabe monopolio 0 no del Ministerio Fiscal.

Este esquema es el adecuado al interés público que existe en la aplicación judicial del derecho penal, no condicionado por intereses particulares.

#### **d) Orden administrativo**

En este caso la respuesta a la pregunta inicial no es uniforme y hay que distinguir dos supuestos con relación a la clase de pretensión:

1º) De plena jurisdicción: La acción como derecho a una tutela jurisdiccional concreta explica adecuadamente las pretensiones que pueden interponerse para el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y adopción de medidas para el plena restablecimiento de la misma por quienes tengan la legitimación necesaria, esto es, los titulares de un derecho derivado del ordenamiento y lesionado por el acto o disposición impugnado.

2º) De anulación: Concebir la acción como derecho a una tutela jurisdiccional concreta no es acertado si se entiende que la función de la potestad jurisdiccional, en estos casos, es la actuación del derecho objetivo para el mantenimiento de la legalidad y, sólo indirecta y consecuentemente, la tutela de intereses en los supuestos de acción pública y del recurso de lesividad es evidente que el concepto de acción en sentido concreto no es adecuado.

#### **4. LA ACCIÓN COMO DERECHO A LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL**

La acción entendida como derecho a la tutela jurisdiccional concreta no explica, ni pretende hacerlo, el que una persona, cumpliendo determinados requisitos, pueda provocar la iniciación de un proceso, lo continúe hasta la sentencia e inste la ejecución de esta.

Esta otra faceta se pone de manifiesto cuando observamos que en los distintos ordenamientos procesales, es muy raro el caso de que los órganos jurisdiccionales puedan iniciar de oficio el ejercicio de su potestad jurisdiccional. Normalmente esos ordenamientos disponen que la actividad jurisdiccional precisa de la instancia de un sujeto ajeno al órgano. Este sujeto es, además, el que propone el objeto sobre el que ha de versar la actividad procesal y la sentencia y va realizando a lo largo del proceso peticiones de resoluciones concretas y otros actos procesales.

La que importa ahora destacar es que esta segunda faceta o cuestión también se ha considerado implicada en la problemática de la acción y se ha intentado explicar mediante concepciones distintas de estas, a las que suele denominarse abstractas. La

tutela jurisdiccional concreta precisa del proceso para ser reconocida y hecha efectiva, pero no explica ni lo pretende la realización del proceso y el por qué un particular puede poner en marcha la actividad jurisdiccional del Estado.

Las concepciones abstractas se denominan así porque se limitan a reconocer como objeto del derecho de acción la actividad jurisdiccional en si misma considerada, independientemente del resultado, favorable o adverso, al que hubiera instado la actividad. Para estas teorías o concepciones el derecho de acción es sólo un derecho a la actividad jurisdiccional, un derecho al proceso o, como también se ha dicho, un derecho a la jurisdicción.

## **A) Formulaciones doctrinales**

### ***a) Inicio de la concepción abstracta***

La teoría abstracta de la acción se inicia con Degenkolb y de los inmediatos seguidores vamos a destacar la aportación de Alfredo Rocco.

La tesis de Degenkolb fue una reacción contra la concepción privatista de la acción. Si la acción se hace derivar del derecho subjetivo privado ¿cómo -se preguntaba este autor- explicar su eficacia en el caso de derechos inexistentes? Si la existencia de ese derecho sólo se conoce con la sentencia y el sentido de esta depende en gran parte de la actividad procesal ¿cómo explicar en dependencia de aquel derecho la sujeción del demandado al proceso, la validez de este y la fuerza de cosa juzgada, que se produce cualquiera que sea el sentido de la sentencia?

El único elemento indefectible en toda acción es el derecho a sujetar al demandado al proceso, a la actividad procesal respecto a él. Pero este derecho no se funda en el concreto y específico derecho privado hecho valer mediante la acción, sino "en el derecho a que el derecho subsista y en el derecho al mantenimiento de la paz dentro de una comunidad fundada en el derecho y la paz de sus miembros. Prohibida la autotutela, es necesario reconocer un derecho al proceso sin exigir otro fundamento que la afirmación del propio derecho.

Un importante matiz a la abstracción de la acción así concebida es el de que su eficacia depende de que, en su ejercicio se haga una afirmación jurídicamente relevante y de buena fe. Como el proceso es, un procedimiento auxiliar respecto al disfrute o goce jurídico pretendido, aquella afirmación jurídicamente relevante ha de consistir en la afirmación de un derecho extraprocésal cuya satisfacción se pide en el proceso porque no se obtuvo fuera del mismo.

Según Alfredo Rocco cuando el interés material, que está en la base del derecho subjetivo, queda insatisfecho, la prohibición de la autotutela (del tomarse la justicia por propia mano) hace nacer un interés de carácter secundario a la eliminación de los obstáculos que se oponen a la satisfacción del interés material por el único que puede eliminarlos: el Estado. Este interés secundario es, además, abstracto, porque se refiere sólo a la intervención del Estado para la realización de los intereses materiales y es uno y el mismo aunque estos sean diferentes.

Este interés, secundario y abstracto, en cuanto reconocido y tutelado por el derecho procesal es el derecho subjetivo de acción.

Este derecho corresponde a toda persona, a todo sujeto de derechos, con independencia de la existencia en concreto del interés material y de su insatisfacción. Otra cosa es que sea necesario afirmar, alegar la insatisfacción de un interés material tutelado por el Derecho en abstracto: sin esto no existiría, o no se manifestaría como existente, el interés secundario que está en la base del derecho de acción.

Se dirige sólo frente al Estado y tiene por objeto la prestación por este de la actividad jurisdiccional para la declaración del derecho incierto y para la realización forzosa de los intereses cuya tutela sea cierta. Su objeto no es la sentencia favorable, pues si así fuera no se explicaría cómo el derecho de acción corresponde a quien puede no ser titular del derecho material, ni podría darse al proceso una base autónoma, independiente del derecho privado.

### ***b) Orientaciones posteriores***

A nuestro entender pueden distinguirse tres orientaciones en la subsiguiente evolución de las concepciones abstractas:

1ª) Se ha pretendido elaborar un concepto de derecho de acción que explique tanto la iniciación y prosecución del proceso con independencia del resultado del mismo, como la relación entre derecho material y proceso, relación que se produciría por la aptitud del derecho de acción de provocar una resolución de fondo que es la que realiza la actuación jurisdiccional del derecho.

La explicación de ambas cuestiones con un mismo concepto del derecho de acción obliga a que este sea puesto en relación con una concreta situación jurídica material y a establecer unos presupuestos del mismo más complejos que los exigidos en otras orientaciones de las teorías abstractas, porque, en efecto, ni a cualquier persona, ni por cualquier petición dirigida a un órgano jurisdiccional, corresponde el derecho a una resolución jurisdiccional de fondo.

En esta línea se hallaría Liebman y gran parte de la doctrina italiana actual. En España puede señalarse a Prieto-Castro, por lo menos en alguna de las no siempre iguales posturas de las mantenidas por este autor.

2ª) También se ha querido explicar con el concepto de acción el poder de provocar la actividad jurisdiccional, aunque esta produzca resultado mínimo, en el sentido de que cualquier resolución judicial -incluso la que no versa sobre el fondo del asunto- se entiende que satisface el derecho de acción.

Para producir este mínimo efecto el derecho de acción puede concebirse con unos presupuestos también mínimos: cualquier persona puede pedir la actuación de los órganos jurisdiccionales y estos deben responder con una resolución que, aunque no le dé la razón a aquella persona y ni siquiera verse sobre si tiene o no razón habrá satisfecho el derecho de acción. El elevado grado de abstracción de este concepto del derecho de acción le convierte en un concepto no apto para desarrollar en torno a él las cuestiones vinculadas al objeto del proceso, y las relativas a la admisibilidad y contenido de la resolución de fondo. El punto de referencia de todos estos problemas es un concepto distinto al del derecho de acción: para unos autores la pretensión procesal (así Fairén); para otros, la acción como acto (Morón Palomino).

3ª) Por último, otra corriente, que coincidiría con el concepto de derecho de acción acabado de expresar, pero a la que las advertidas consecuencias de la radical abstracción de ese derecho, han inclinado por estimar que el derecho de acción, sin negar su existencia, no es un elemento a tener en cuenta en la sistemática del derecho procesal. Para ésta resulta suficiente y adecuada una concepción de carácter objetivo, según la cual la iniciación y el objeto del proceso, así como la admisibilidad y sentido de la resolución de fondo, tienen que ver no con un derecho del actor, sino con un acto jurídico del mismo que, valorado progresivamente desde el punto de vista del derecho procesal y del derecho material, conduce a la producción de una serie de efectos, fundamentalmente la admisibilidad y la estimación en dependencia de sus respectivos presupuestos.

A este acto se le denomina acción —no derecho de acción— (Serra) o pretensión procesal (Guasp).

Las siguientes conclusiones críticas sobre el concepto de acción como derecho a la actividad jurisdiccional nos darán ocasión de valorar los aspectos más destacados de estas diversas aportaciones doctrinales.

## **B) Conclusiones críticas**

### ***a) No existe un derecho a la actividad jurisdiccional en el "vacío" ni respecto a cualquier petición jurídica***

La existencia de un derecho a la actividad jurisdiccional no puede hacerse depender ni de la realidad del estado de hechos ni de la certeza del derecho a la tutela jurisdiccional concreta afirmado. Sin embargo no pueden compartirse las concepciones abstractas del derecho de acción que llevan la abstracción hasta el punto de mantener que este derecho puede entenderse con independencia de la mera afirmación o invocación de esas situaciones.

La desvinculación entre el derecho a la actividad jurisdiccional y el derecho a la tutela jurisdiccional concreta solo puede admitirse en el sentido de que aquel derecho puede tener éxito sin que se obtenga sentencia favorable.

La invocación de una situación concreta, jurídicamente relevante y apta para ser objeto de actividad jurisdiccional es esencial al concepto de acción como derecho a la actividad jurisdiccional, puesto que esta actividad no puede entenderse debida solo porque una persona abstractamente (sin manifestar ni por qué ni para qué) la pida, dado que esto supondría admitir -dejando de lado todos los esfuerzos doctrinales para precisar en qué consiste la potestad jurisdiccional- que el arbitrio subjetivo del solicitante determina *ex necesse* la naturaleza jurisdiccional de la actividad pedida. Es, por el contrario, más correcto pensar que la actividad jurisdiccional es debida cuando a lo pedido corresponde objetivamente y con arreglo a las normas jurídicas dicha actividad, y no una actividad de "jurisdicción voluntaria", una actividad administrativa o de otra índole.

Consecuentemente, hay que reconocer la existencia de supuestos en los que, aunque se entienda que el órgano jurisdiccional debe dar una respuesta a lo que se le pide -en el sentido de no poder proceder sobre el objeto propuesto-, no está ejercitando con ello su potestad jurisdiccional, ni siquiera en su faceta de potestad de

dirección formal del proceso. Correlativamente, en estos mismos casos, no existiría ni se habría ejercitado el derecho de acción como derecho a la actividad jurisdiccional.

¿Ejercitaría el derecho de acción, como derecho a la actividad jurisdiccional, quien presentara una demanda pidiéndole al Juez que inscribiera en el Registro de la Propiedad su propiedad sobre una finca que acaba de comprar en escritura pública, o que le concediera una licencia de apertura de una industria, o que le admitiera la matrícula para los estudios de tercer curso de la Licenciatura en Derecho?

***b) No existen actos de iniciación procesal de carácter abstracto***

Deriva de lo acabado de exponer que el acto procesal que sea cauce formal para el ejercicio del derecho de acción, en ningún caso puede consistir en una mera petición de iniciación del proceso en abstracto, sino que ha de contener la formulación más o menos desarrollada de una petición de fondo o de un supuesto de hecho concreto respecto al que se pide la actividad jurisdiccional y precisamente esto es lo que le confiere a ese acto la eficacia incoadora del proceso.

Guasp, en su esfuerzo para distinguir la demanda de lo que él llama pretensión procesal, ha indicado que la demanda tiene el carácter de mero acto de iniciación procesal y, generalmente, en el proceso civil, pero no siempre, es el cauce para la interposición de la pretensión. Hay, según este autor, actos de iniciación procesal que no contienen la interposición de la pretensión.

Otros autores que -a diferencia de Guasp- no renuncian a mantener el derecho de acción dentro de la sistemática del proceso, identifican en algunos de estos actos las manifestaciones más puras y nítidas de un ejercicio del derecho de acción desligado de la interposición de la pretensión procesal.

Debe admitirse que, en ocasiones, el ejercicio del derecho de acción no va acompañado de la interposición completa de la pretensión procesal (o de la formulación de aquello que es objeto del proceso -si se entiende que ese objeto no puede conceptuarse *siempre* como una pretensión-), pero lo importante es observar cómo, incluso en esos supuestos, el ejercicio del derecho de acción no se traduce en una petición de iniciación procesal en abstracto, sino que contiene algún elemento de la pretensión procesal que queda pendiente de ulterior desarrollo y expuesta a menores o mayores posibilidades de modificación, y, en todo caso, se refiere a un supuesto concreto.

***c) La concepción del derecho de acción como derecho a cualquier resolución judicial (aunque no verse sobre el fondo) reduce su virtualidad como derecho reconocido incluso constitucionalmente***

Se ha llegado a decir que el derecho de acción es satisfecho por cualquier resolución judicial, incluso aunque no se pronuncie sobre el fondo. A nuestro juicio, mantener que el derecho de acción tiene este objeto tan limitado (una resolución meramente procesal), entra en contradicción con lo afirmado por estos mismos autores sobre el rango constitucional de este derecho.

En efecto, uno de los modos de limitar o restringir, ilegítimamente, el derecho de acción, consiste en el establecimiento por la ley ordinaria de presupuestos procesales o de requisitos que operan con el mismo efecto de condicionar la



prosecución del proceso o la resolución de fondo, que no pueden ser cumplidos o sólo pueden serlo con extrema dificultad por determinadas personas o sectores sociales o que, de cualquier otro modo, son contrarios al ordenamiento constitucional.

Sin embargo, incluso en los supuestos indicados, no se niega el acceso al proceso, porque la falta de aquellos presupuestos o requisitos es jurisdiccionalmente constatada, mediante una resolución de carácter meramente procesal. Partiendo de la concepción criticada no cabría entender que el derecho de acción hubiera sido desconocido, sino que habría sido satisfecho en la medida correspondiente a los presupuestos concurrentes.

Para evitar esta consecuencia, el objeto del derecho de acción como derecho a la actividad jurisdiccional ha de concebirse más ampliamente: 1º) Como mínimo, es el derecho a cualquier resolución judicial, porque incluso la falta de presupuestos procesales debe constatarse jurisdiccionalmente en el proceso, y 2º) Pero es también el derecho a una resolución sobre el fondo (estimatoria o desestimatoria), derecho que depende de la concurrencia de los presupuestos procesales

***d) El derecho a la actividad jurisdiccional no es solamente un derecho fundamental reconocido en las constituciones***

El derecho de acción en este sentido abstracto suele tener incluso rango constitucional, de lo que se deriva que el mismo debe ser en todo caso respetado. Ahora bien, las propias constituciones presuponen una libertad limitada del legislador ordinario para configurar más completamente lo que afecta a ese derecho. La constitución establecerá el núcleo esencial, su contenido básico.

Sobre esta base, el legislador ordinario establece una regulación más compleja y diversificada de los requisitos determinantes del ejercicio válido y eficaz de la acción como derecho al proceso: la capacidad (para ser parte, de actuación procesal y de postulación y, en su caso, los medios de integración de las dos últimas); la legitimación, la competencia de los órganos jurisdiccionales; los procedimientos y su relativa adecuación según materias o cuantías; los requisitos de forma y contenido de los actos de iniciación ; de proposición del objeto procesal; otros requisitos relevantes en supuestos más específicos (plazos de caducidad, reclamaciones previas no jurisdiccionales, cauciones, acreditamientos documentales etc.).

Esto revela que el derecho de acción como derecho al proceso no es solamente una situación jurídica subjetiva reconocida y, en cierta medida, definida por las constituciones, sino que es también en su completa y más compleja regulación por la ley ordinaria, un derecho procesal y que se ejercita en el proceso, sin que pueda prescindirse del mismo en la construcción teórica del derecho procesal.

Por estas razones, estimamos contradictorio reconocer por un lado, que en el plano constitucional la acción puede ser un derecho, y afirmar luego que, en el plano procesal, puede prescindirse de su consideración como derecho y centrarse la atención sólo en su aspecto de acto o de declaración de voluntad petitoria, marginando incluso que este último aspecto representa la manifestación del ejercicio del derecho de acción.

Los restantes derechos constitucionalmente reconocidos no dejan de ser tales derechos cuando el legislador, respetando su contenido esencial, los regula en las leyes ordinarias. Esos derechos son tutelados como tales derechos en principio por los tribunales ordinarios y en los términos de la ley que los regula, sin que proceda inmediata y necesariamente una tutela por órgano jurisdiccional encargado del control de la constitucionalidad de las leyes referida a lo que puede considerarse el contenido esencial de los mismos según las constituciones, aunque esa tutela puede ser posterior.

Con el derecho de acción no ocurre nada distinto. La más compleja regulación del mismo, tanto por lo que se refiere a su eficacia generadora inicial del proceso, como por lo que afecta a su eficacia contenida a lo largo del proceso hasta la obtención de la sentencia, debe considerarse como una especificación de ese derecho que sobrepasa su configuración constitucional -aunque deba respetar el contenido esencial de esta- y la realización de los actos que aquella regulación contempla, determinando su eficacia ha de considerarse como ejercicio del derecho de acción.

Partiendo del carácter constitucional de la acción, o derecho al proceso, o derecho a la jurisdicción, debemos precisar ahora cual debe ser el contenido esencial de ese derecho.

a) En primer lugar la acción no asegura solo la mera posibilidad de acceso de toda persona a los órganos jurisdiccionales para el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sino también el derecho a obtener la tutela efectiva de aquellos órganos, sin que puedan producirse situaciones de indefensión. Ello comporta dos conclusiones de especial trascendencia:

1ª) Titulares de ese derecho son todas las personas, sin que pueda excluirse a los extranjeros.

2º) Cualquier asunto jurídico debe poder plantearse ante un órgano jurisdiccional y ser resuelto por éste, sin que los órganos administrativos puedan asumir funciones jurisdiccionales y sin que existan materias jurídicas exentas del control judicial.

b) Esa tutela efectiva que se tiene derecho a obtener de los tribunales no es, en este segundo camino de la acción, la tutela jurisdiccional concreta, sino que se refiere al proceso y comprende:

1º) El deber del Estado, de los órganos del Poder Judicial, de poner en marcha la actividad jurisdiccional cuando el particular lo solicite.

2º) La realización del proceso con todas las garantías propias del mismo, sin que puedan producirse situaciones de indefensión para algunas de las partes.

3º) Que se dicte una sentencia sobre el fondo del asunto planteado por las partes, pero sin que se refiera al contenido de esa sentencia.

4º) Que se proceda a la ejecución y a que la parte vencedora sea repuesta en su derecho y compensada, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido. Es discutible si el derecho a la ejecución comprende el que esta lo sea en forma específica o si puede entenderse satisfecho con una ejecución genérica; en nuestra opinión la solución más acorde con el derecho es la primera, pero en los derechos positivos se está admitiendo la segunda.

c) Objeto del derecho a la tutela judicial efectiva no lo es -insistimos- una resolución estimatoria de la petición de fondo deducida, sino simplemente una resolución judicial de fondo, cualquiera que sea su sentido, favorable o adverso, pero al mismo tiempo se comprende normalmente en el derecho:

1<sup>o</sup>) La realización del proceso según los principios constitucionales que lo conforman; aún en el caso de que en un país determinado la constitución no recoja algunas garantías esenciales del proceso, el derecho de acción debe comprender la realización del mismo con respeto escrupuloso a la igualdad y a la contradicción.

2<sup>o</sup>) La resolución jurisdiccional de fondo a que se tiene derecho no es cualquier resolución, sino precisamente aquella que este fundada en derecho. Esto no implica que se tenga derecho -insistimos, por este camino de la acción- a una sentencia de contenido favorable, sino simplemente a que la sentencia debe estar fundamentada, no admitiéndose la posibilidad de sentencias sin fundamentación, tanto fáctica como jurídica. Hoy una sentencia reducida al fallo o parte dispositiva, y que no explique las razones del mismo no es admisible.

3<sup>o</sup>) Caso similar anterior será el del fallo contradictorio con los razonamientos que lo preceden, pues entonces estaríamos sólo ante un supuesto especial de la falta de fundamentación.

4<sup>o</sup>) El derecho se infringe cuando se incurre en elementales vicios de incongruencia, es decir cuando no existe pronunciamiento sobre una petición, aunque sea accesoria, o cuando existe pronunciamiento sin petición.

d) Naturalmente el derecho no puede existir de modo incondicionado; lo lógico es que se haga depender en su ejercicio de las normas relativas a la organización judicial y al proceso:

1<sup>o</sup>) La tutela efectiva está condicionada a que se haya acudido al órgano judicial competente para conocer del tema de fondo suscitado. El legislador ordinario puede repartir la competencia (que no la jurisdicción, entendida esta como potestad) entre diversas clases de tribunales, y la parte debe acudir al órgano señalado en la ley; si no lo hace así, el tribunal no dictara una sentencia de fondo.

2<sup>o</sup>) De la misma manera la ley ordinaria puede regular diversos tipos de proceso, y si la parte no insta el adecuado no podrá dictarse resolución de fondo.

3<sup>o</sup>) De la misma manera la tutela efectiva queda condicionada por los presupuestos procesales que la ley ordinaria pueda establecer, sin perjuicio de que quepa estimar la inconstitucionalidad de esa ley cuando el presupuesto sea lesivo del propio derecho de acción. También puede suceder que la interpretación que de los presupuestos procesales haga el tribunal sea arbitraria, irrazonable o absurda, estableciéndose en los distintos derechos positivos soluciones diversas (principalmente el llamado recurso de amparo). En principio, con todo, la existencia de los presupuestos procesales juega como condicionante.

4<sup>o</sup>) En la misma línea la existencia de la resolución de fondo se condiciona a la concurrencia de algunos requisitos de admisibilidad de los actos procesales; si los requisitos no concurren deberá dictarse una resolución meramente procesal.

## 5. CONCLUSIÓN

Hemos procurado exponer, con la claridad posible en un tema tan complejo, la formación del concepto de acción y su posterior bifurcación en dos aspectos que no son incompatibles entre sí. No creemos que hoy pueda sostenerse por nadie que se es partidario de la acción en sentido abstracto y contrario a la acción en sentido concreto. Los dos aspectos son validos porque con una misma palabra se está haciendo mención de dos realidades no contradictorias entre sí.

Lo único que se requiere es precisión en el lenguaje; existe, por un lado, un derecho a la tutela jurisdiccional concreta y, por otro, un derecho a la actividad jurisdiccional (o al proceso, o a la jurisdicción), siendo los dos complementarios en tanto en cuanto atienden a situaciones diferentes y pretenden explicar realidades distintas. El primero no suele tener rango constitucional, el segundo sí, y los dos se denominan derecho de acción. Del uso multívoco de una palabra nace la confusión y por ello no deberíamos seguir hablando de la acción sin más, sino siempre precisando en qué sentido se está empleando la palabra.

Si lo anterior está claro, también debe estarlo que no cabe ya seguir hablando de clases de acción, ni mucho menos de ir dándoles nombres específicos, estableciendo una larga lista de ellas, un nomenclator.

A partir de la polémica Windscheid-Muther no puede seguirse con una concepción de la acción que encuentra sus raíces en el Derecho Romano. Hoy los sistemas jurídicos no pueden basarse en un elenco de acciones con nombre propio. El concepto de la acción es unitario, aunque quepa referirse a una faceta concreta y a otra abstracta. Existe un único derecho de acción, en el que se incluye la tutela jurisdiccional concreta y la actividad jurisdiccional, como aspectos complementarios, pero no existen acciones.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

1. Las citas iniciales corresponden a CALAMANDREI, *La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina*, ahora en "Opere giuridiche", I, Napoli, 1965, página 514; REDENTI, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1949, página 31, y ALCALÁ-ZAMORA, *Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción*, en "Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)", I, México, 1974, página 323.

Pretendieron abordar el estudio de la acción, GUASP, *La pretensión procesal*, en Anuario de Derecho Civil, 1952, enero-marzo, página 32 (hay ahora edición en Cuadernos Civitas, Madrid, 1981) y ALLORIO, *Reflexiones sobre el desenvolvimiento de la ciencia procesal*, en "Problemas de derecho procesal", tomo I, Buenos Aires, 1963, página 117. La consideración de tema "preferido" en ALCALÁ-ZAMORA, *Veinticinco años de evolución del derecho procesal, 1940- 1965*, México, 1968, página 141.

2. Una información sobre las antiguas concepciones privatistas puede obtenerse en CHIOVENDA, *La acción en el sistema de los derechos*, en "Ensayos de derecho procesal", tomo I, Buenos Aires, 1949, y en ORESTANO, *L'azione in generale: a) Storia del problema*, en "Enciclopedia del diritto" IV, Varese, 1959.

Los ejemplos del Derecho Romano provienen de VALIÑO, *Derecho privado romano*, Valencia, 1982. De más difusión BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, 4ª ed., Milano, 1965, y BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, 2ª ed., tomo I, Padova, 1947. También PUGLIESE, *Azione (diritto romano)*, en "Novissimo Digesto Italiano", vol. III, Torino, 1958.

Sobre los glosadores, CHIOVENDA, op. cit. De PIACENTINO habría que ver su *Summa de actionum varietatis*, escrita durante la primera mitad del siglo XII, y de AZON *Summa Institutionum y Summa Codicis*, escritas a finales del siglo XII o principios del XIII.

De SAVIGNY naturalmente su *Sistema del derecho romano actual*, 2ª ed., Madrid, s.f., tomo I. La cita de PUCHTA proviene de PEKELIS, *Azione*, en "Nuovo Digesto Italiano", II, Torino, 1938, y la de UNGER de DE LA RUA, *El concepto de acción en la doctrina*, en el libro homenaje a A. A. Mercader, La Plata, 1972.

Para la escuela francesa vid. VIZIOZ, *Observations sur l'étude de la procédure civile*, en "Études de Procédure", Bordeaux, 1965, y SOLUS et PERROT, *Droit judiciaire privé*, tomo I, Paris, 1961. La cita de DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, 4ª ed., tomo IX, París, 1870, núm. 338, y la de GLASSON, TISSIER et MORELL, *Traite théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, 3ª ed., tomo I, Paris, 1925, núm. 173.

La doctrina española fue sistematizada por GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, *Doctrina procesal española sobre la acción: 1830-1930*, en Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, 1979.

Los trabajos en que se plasmó la polémica entre WINSCHIED y MUTHER, están reunidos y traducidos al castellano en *Polémica sobre la acción*, Buenos Aires, 1974.



La moderna concepción monista de SATTÀ en *Gli orientamenti pubblicistici della scienza del processo*, en Rivista de diritto processuale civile, I, 1937; existe traducción en *Soliloquios y coloquios de un jurista*, Buenos Aires, 1971. Este trabajo dio lugar a otra interesante polémica con CRISTOFOLINI y sobre ella vid. SERRA, *Evolución histórica del concepto de acción*, en "Estudios de Derecho procesal", Barcelona, 1969.

3. La elaboración por WACH del concepto de acción como pretensión de tutela jurídica puede encontrarse en sus obras *Manual de derecho procesal civil*, I, Buenos Aires, 1977, y *La pretensión de declaración*, Buenos Aires, 1962. Resultara de gran utilidad para comprender esta concepción de la acción el libro de DE LA OLIVA, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, Barcelona, 1980. Para la reconducción de esta concepción al derecho privado, en nuestra doctrina muy claramente SERRA, *Evolución*, cit.

La teoría del Derecho Justicial Material y la inserción en la misma de la pretensión de tutela jurídica, en GOLDSCHMIDT, J., *Derecho justicial material*, y GOLDSCHMIDT, R., *Derecho justicial material civil*, ambos trabajos en edición reunida, Buenos Aires, 1959; además J. GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1936.

La cita de DONELLO en CHIOVENDA, *La acción*, cit.

Las críticas al carácter concreto de la acción, por la inseguridad del resultado del proceso, pueden verse en los autores que mantienen la tesis abstracta y que citamos después. Los postulados de realismo jurídico de signo judicialista en que se basa, en RAMOS, *Derecho y proceso*, Barcelona, 1978. Clarificador en su respuesta a estas críticas fue ya HELLWIG, *Klagrecht und Klagemöglichkeit*, Leipzig, 1905; más accesible DE LA OLIVA, *Sobre el derecho*, cit.

La tesis de CHIOVENDA en *La acción*, cit. La referencia a DEVIS ECHANDIA, *Tratado de derecho procesal civil*, tomo I, Bogotá, 1967, páginas 341-2, y con él hay que citar a RAMÍREZ ARCILA, *Teoría de la acción*, Bogotá, 1969. Trabajo de importancia es el de CALAMANDREI, *La relatività del concetto d'azione*, en "Opere giuridiche", I, Napoli, 1965.

En cuanto al concepto de acción adecuado al proceso penal, vid. GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, II; Barcelona, 1951. Para reflexionar sobre el concepto de acción en el proceso administrativo CORDÓN MORENO, *La legitimación en el proceso contencioso-administrativo*, Pamplona, 1979.

4. La teoría de DEGENKOLB, H., en su obra *Einlassungswang und Urteilsnorm*, Leipzig, 1877 (reimpresión Aalen, 1969), aunque también pueden encontrarse resúmenes de su tesis en las obras de CHIOVENDA y SERRA citadas.

ROCCO, A., *La sentenza civile*, 1906 (reimpresión Milano, 1962).

Dos exponentes de las que llamaríamos concepciones abstractas atenuadas del derecho de acción son LIEBMAN, E. T., *L'azione nella teoria del processo civile*, en "Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti", II, Padova, 1950, y también su *Manual de Derecho procesal civil* Buenos Aires, 1980 (trad. SENTÍS MELENDO);



en nuestra doctrina PRIETO-CASTRO, *Tratado de Derecho procesal civil*, I, Madrid, 1952.

Una concepción abstracta mas "radical" la mantiene el profesor FAIRÉN GUILLEN, *La acción, el Derecho procesal y el Derecho político*, en "Estudios de Derecho procesal", Madrid, 1955; del mismo autor *El proceso como función de satisfacción jurídica*, en "Temas del Ordenamiento procesal", I, Madrid, 1969. MORÓN PALOMINO M., *Sobre el concepto de Derecho procesal*, RDProlberoam-  
filip., 1962.

Para la postura de SERRA véase su obra citada.

La tesis de GUASP DELGADO, J., en *La pretensión procesal*, ya citada y en *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil*, I, Madrid, 1943, comentario al art. 62; *Derecho procesal civil*, I, Madrid, 1977; *Administración de justicia y derechos de la personalidad*, Rev. Est. Políticos, 1944. Una interesante critica de la tesis de GUASP en GÓMEZ ORBANEJA *Sobre una nueva entrega de los comentarios de Guasp*, en RDpro, 1945; *Derecho procesal civil*, I, Madrid, 1976, paginas 236-237.

Sobre el objeto del proceso penal GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento criminal*, II, citado, paginas 286-317.

Una panorámica de la doctrina alemana e italiana sobre el planteamiento constitucional del tema de la acción la ofrece TROCKER, N., *Processo civile e Costituzione. Problemi di Diritto tedesco e italiano*, Milano, 1974.

Manuel Ortells Ramos

**EXCLUSIVIDAD JURISDICCIONAL PARA LA RESTRICCIÓN DE DERECHOS  
FUNDAMENTALES Y ÁMBITOS VEDADOS A LA INJERENCIA JURISDICCIONAL<sup>(\*)</sup>**

MANUEL ORTELLS RAMOS  
Catedrático de Derecho Procesal  
Universidad de Valencia

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. MEDIDAS RESTRICTIVAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES NO RELACIONADAS CON LA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL. III. RESTRICCIONES DE DERECHOS FUNDAMENTALES DERIVADAS DE LA IMPOSICIÓN DE PENAS. IV. MEDIDAS RESTRICTIVAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS ACTUACIONES DE PREVENCIÓN, INVESTIGACIÓN Y ENJUICIAMIENTO DE DELITOS. V. LAS NORMAS CONSTITUCIONALES ESPECÍFICAS SOBRE EXCLUSIVIDAD JURISDICCIONAL PARA ADOPTAR MEDIDAS RESTRICTIVAS Y LA NORMA GENERAL SOBRE ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA A LOS JUECES DE LA POTESTAD JURISDICCIONAL. VI. ÁMBITOS VEDADOS A LA INJERENCIA JURISDICCIONAL AL: DERECHOS Y DEBERES DE SECRETO FRENTE A LAS ACTIVIDADES DE INVESTIGACIÓN Y PRUEBA EN EL PROCESO PENAL.

---

<sup>(\*)</sup> Publicado en *Medidas restrictivas de derechos fundamentales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.

## I. INTRODUCCIÓN

La materia del curso se enuncia muy ampliamente. Dentro de ella la ponencia de carácter más general es la que tengo encargada. Resulta por ello conveniente que realice, de entrada, una acotación de mi materia suficientemente justificada. En primer término, la referencia a medidas restrictivas de derechos fundamentales permite dejar fuera de consideración ' las acciones de los particulares que afectan a un derecho fundamental, causando su, lesión o violación. La expresión "medida restrictiva de un derecho fundamental" alude implícitamente a actuaciones de los poderes públicos que, en principio, están amparadas por las normas jurídicas y que afectan a un derecho fundamental.

Es cierto que si los poderes públicos se exceden de la autorización normativa en la afectación de los derechos fundamentales, su actuación pasa de ser una medida (aparentemente) legítima, a ser una violación del derecho. Sin embargo no es ésta la perspectiva que interesa para esta ponencia.

Por otra parte, también es cierto que si, frente a la infracción de un derecho fundamental realizada por un particular o por un órgano del poder público no jurisdiccional, el órgano jurisdiccional, al que eventualmente se haya acudido, no dispensa la debida tutela, puede entenderse que también él viola el derecho fundamental (art. 43.3 LOTC). Tampoco vamos a considerar aquí estos supuestos, porque no consisten en medidas restrictivas que podría adoptar un órgano jurisdiccional, sino en la indebida falta de tutela judicial frente a la violación del derecho fundamental.

En segundo lugar, el carácter restrictivo de los derechos fundamentales que tienen las medidas objeto de estudio también necesita unas precisiones.

De entrada una medida restrictiva de un derecho sería aquella que incidiera en el contenido de ese derecho en un sentido reductor de acuerdo con el alcance de la medida misma.

Sin embargo, al considerar los supuestos específicos que son tratados como de medidas restrictivas de un derecho fundamental, no siempre resulta el concepto tan nítido.

Se ajustan, sin duda, al concepto los supuestos en los cuales el ordenamiento atribuye a un órgano del poder público la potestad de afectar, limitándolo, bajo ciertos presupuestos, el contenido esencial de un derecho fundamental. Por ejemplo, el derecho a la inviolabilidad del domicilio puede ser legítimamente, limitado en caso de flagrante delito y, mediante resolución judicial, por otras causas legales.

Sin embargo, en otros supuestos también considerados como de medidas restrictivas, lo que está en cuestión no es si el derecho fundamental puede ser objeto de limitación por alguna causa y por alguien, sino si la actuación del poder público incide o no en el contenido esencial del derecho fundamental. Es el caso de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y moral (art. 15 CE) que tienen un carácter absoluto y que no pueden sufrir medida restrictiva alguna (como lo era, por ejemplo, la pena de muerte cuando el ordenamiento la autorizaba), pero que son el punto de referencia para valorar la legitimidad de, por ejemplo, medidas de intervención sobre el cuerpo humano. La legitimidad de estas medidas descansa en

que pueda sostenerse que las mismas dejan intacto el contenido del correspondiente derecho, que no sufre con ellas ninguna limitación.

No obstante la sustancial diferencia que existe entre las medidas restrictivas y estas otras medidas que no limitan el derecho fundamental, sino que se sitúan en la frontera del mismo, nos ocuparemos de ambas clases de medidas en este trabajo. La razón es que incluso la segunda clase de medidas en cuanto pueden ser adoptadas por los poderes públicos -y en cuanto no son, simplemente, actuaciones posibles dentro del ámbito de libertad de acción de un particular-, requieren fundarse en normas que atribuyan a órganos de aquellos poderes la potestad correspondiente.

Lo último apuntado nos conduce a la tercera consideración acotadora de la materia. El régimen de las medidas restrictivas de los derechos fundamentales tiene diversos componentes, tales como la determinación de los supuestos en los que las medidas pueden adoptarse, la forma y los efectos de su adopción, etcétera. De ese régimen interesa aquí sólo la cuestión de si, en el ordenamiento español, se halla establecida la exclusividad jurisdiccional para la adopción de estas medidas o si, en algunos supuestos, pueden ser adoptadas por órganos no jurisdiccionales. En definitiva la cuestión básica es la garantía jurisdiccional en la restricción de los derechos fundamentales.

Aún acotado el tema de la ponencia siguiendo las consideraciones expuestas hasta ahora, quedaría planteada una larga serie de supuestos heterogéneos de medidas restrictivas de derechos fundamentales, que sería imposible estudiar con una mínima detención.

El ordenamiento establece, dentro de los límites constitucionales, medidas restrictivas de derechos fundamentales por diversas causas. Con cierta arbitrariedad podría hacerse esta clasificación:

1) Medidas restrictivas que tienen por causa la imposición de una pena, de una medida de seguridad o el establecimiento de una consecuencia accesoria, todo ello en virtud de la comisión de un delito.

2) Medidas que tienen por causa actuaciones para prevenir la comisión de delitos y para su investigación y enjuiciamiento.

3) Medidas restrictivas cuya causa (de previsión por la norma y de adopción en el caso concreto) no está relacionada con la ley penal.

De estas tres clases de medidas he optado por centrar la atención en la segunda, por las razones que explicaré en el apartado.

No obstante, sin pretensiones de exhaustividad y sólo para -ofrecer una visión panorámica de las medidas restrictivas de derechos fundamentales y de la potestad que puede adoptarlas, en los dos siguientes apartados me referiré a los supuestos normativos que se incluyen en el primer y en tercer grupo.

Por otra parte, la ponencia ha de ocuparse también de los "ámbitos excluidos de la injerencia jurisdiccional".

No creo que esta referencia deba ser entendida en el sentido de los límites que los derechos fundamentales oponen a una intervención judicial sobre ellos. Es

indudable que esos límites existen, pero es igualmente claro que carece de especial interés considerarlos en su proyección frente a la potestad jurisdiccional, puesto que ésta es, precisamente, la potestad jurídico-pública que en mayor grado puede restringir aquellos derechos.

Entiendo, más bien, que el planteamiento que se espera es el siguiente: dado que la reserva exclusiva -en principio- de la restricción de los derechos fundamentales a la potestad jurisdiccional, es reveladora de la elevada consideración constitucional de esa potestad ¿Es legítimo que existan ámbitos sustraídos a la misma, aunque no consistan -tal vez, tanto menos si no consisten- en derechos fundamentales? Esta cuestión es muy amplia, porque remite globalmente a la delimitación negativa del ámbito sobre el que puede proyectarse la potestad jurisdiccional. Resulta también conveniente reducir las cuestiones a tratar y me inclino por centrarlas en los límites que las diversas facultades o deberes -según los supuestos- de secreto suponen para la prueba de los hechos en el proceso penal.

## II. MEDIDAS RESTRICTIVAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES NO RELACIONADAS CON LA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL

Este grupo de medidas, que conviene delimitar de modo residual, comprende aquellas que ni consisten en penas u otras consecuencias jurídicas vinculadas a delitos, ni tienen su fundamento en la actividad jurídico-pública dirigida a la aplicación de la ley penal.

Describir el conjunto de estas medidas en forma positiva resultaría difícil porque, como podrá comprobarse por el catálogo seguramente incompleto que expongo a continuación, las razones que las fundamentan son muy diversas.

A) Como medida limitativa del *derecho a la integridad física* reconocido en el art. 15 CE, puede considerarse la esterilización de personas incapacitadas si concurren los presupuestos previstos en el art. 156, 11 CP y de acuerdo con el procedimiento establecido por el mismo. Esta medida, que ya estaba establecida en el art. 428 del antiguo Código Penal, aunque con técnica menos perfecta que en el actual, fue objeto de cuestión de inconstitucionalidad, que fue rechazada por la STC (Pleno) 215/1994, de 14 de julio (supl. BOE 18 agosto 1994). El Fundamento Jurídico 3.º destaca, precisamente, que -tal como se establece en el art. citado del CP sólo al juez, dotado de independencia e imparcialidad, puede encomendarse la potestad de autorizar esta medida.

B) En relación con la faceta de la *libertad religiosa* consistente en el derecho a asociarse para desarrollar comunitariamente las actividades religiosas, constituyendo entidades a las que se reconoce personalidad jurídica, requiere inscripción en un registro específico encomendado al Ministerio de Justicia (art. 5.1 y 2 Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa), de modo que la creación de entidades asociativas religiosas con ciertos efectos jurídicos necesita el ejercicio de una potestad administrativa. Sin embargo, la cancelación de los asientos registrales, salvo que se produzca a instancia de los interesados, sí que está rodeada de la garantía jurisdiccional (art. 5.3 Ley Orgánica 7/1980: "en cumplimiento de sentencia judicial

firine " que, aunque la ley no lo especifique, puede fundarse en una infracción de los límites de la libertad religiosa no necesariamente constitutiva de delito).

C) Medidas restrictivas del *derecho a la libertad* no relacionadas con el proceso penal, ni con las penas privativas de ese derecho, están previstas en diversos supuestos.

El art. 211 del Código Civil prevé el internamiento de incapaces con intervención jurisdiccional, tanto para realizarlo, como para mantenerlo.

El internamiento de extranjeros en función del procedimiento administrativo para su expulsión de España está previsto por el art. 26.2 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio. El carácter decisivo de la potestad jurisdiccional para la adopción y prórrogas de este internamiento, ha sido resaltado por la STC (Pleno) 115/1987, de 7 de julio, frente a la posibilidad de interpretar esta intervención judicial como un mero complemento formal de una potestad administrativa de detención.

La detención para preservar el orden público en las situaciones de estado de excepción, de acuerdo con lo previsto por el art. 16 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de estados de alarma, excepción y sitio, se realiza por la autoridad gubernativa, que debe comunicarla al juez, quien está facultado para conocer la situación de los detenidos.

El arresto del quebrado, previsto por los arts. 1.044. 2.<sup>a</sup> del Código de Comercio de 1.829 y 1.335 y 1.340 de la LEC, es -aun con las limitaciones de la STC (Pleno) 178/1985, de 19 de diciembre- una restricción de la libertad acordada por el juez con fines no penales, o no exclusivamente penales.

Para la protección de la salud pública frente a enfermedades transmisibles el art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, faculta a las autoridades sanitarias para adoptar medidas de control de enfermos y de personas relacionadas con ellos con vistas a evitar riesgos de contagio, medidas que podrían llegar a la privación de libertad. La norma no prevé la inicial intervención judicial, que puede producirse *a posteriori* mediante el procedimiento de *habeas corpus*.

El cumplimiento de deberes de colaboración personal con la justicia, incluso en procesos distintos a los penales, puede ser impuesto coercitivamente mediante privaciones de libertad, como la conducción de testigos por la fuerza pública prevista por el art. 643 LEC. Obviamente estas medidas restrictivas de la libertad las adopta un órgano jurisdiccional.

Por fin, al amparo de la habilitación implícita en el art. 25 CE, la privación de libertad puede ser aplicada como sanción disciplinaria por la Administración militar. Está, en efecto, prevista como tal en los arts. 10 y 18 de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas y en los arts. 10, 13 y 18.2 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de régimen disciplinario de la Guardia Civil. -La intervención jurisdiccional puede realizarse *a posteriori* mediante el contencioso- disciplinario.

D) El *derecho a la intimidad personal y familiar* (art. 18.1 CE) puede ser afectado, sin relación con la aplicación de las leyes penales, por la Administración Tributaria con ocasión de las comprobaciones e investigaciones que se realizan en las actuaciones de gestión tributaria (arts. 110 al 113 de la Ley General Tributaria, los tres últimos con la redacción dada por Ley 25/1995, de 20 de julio).



Esta afectación no supone una limitación del derecho a la intimidad, sino que se produce fuera de los límites de ese derecho. Las SSTC (Sala 1.º) 575/1983, de 26 de noviembre, y 143/1994, de 9 de mayo, indican que los datos correspondientes a la participación de las personas en el tráfico económico no forman parte del ámbito de la intimidad y la Administración Tributaria puede legítimamente requerir su aportación.

Se deduce de lo dicho que esta afectación no solo puede ser ordenada mediante la potestad jurisdiccional, sino que corresponde a la potestad administrativa. El art. 18.1 CE no hace referencia a la potestad necesaria para la afectación y, de acuerdo con él, el art. 8.1 de la Ley Orgánica. 1/1982, de 5 de mayo, de protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, se refiere genéricamente a la autoridad competente de acuerdo con la ley" para indicar la que puede realizar actuaciones legítimas sobre tales derechos.

E) La afectación del *derecho a la inviolabilidad del domicilio* por causas que no guardan relación con las leyes penales y su aplicación, presenta varias manifestaciones en nuestro ordenamiento.

Según el art. 21.3 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de protección de la seguridad ciudadana, es causa suficiente para la entrada en domicilio por parte de las fuerzas de seguridad pública la necesidad de evitar daños inminentes y graves a personas y bienes, en supuestos de catástrofe, calamidad, ruina inminente u otros semejantes.

En situaciones de estado de excepción, la entrada y registro domiciliario puede decretarse por la autoridad gubernativa, no sólo para el esclarecimiento de posibles delitos, sino también con justificación en la finalidad de mantenimiento del orden público, de acuerdo con lo previsto por el art. 17 de la LO 4/1981, de 1 junio, de estados de alarma, excepción y sitio, que desarrolla lo previsto por el art. 55.1 CE.

Requiere en cambio autorización judicial la entrada en domicilio necesaria para la ejecución de determinados actos administrativos (art. 96.3 Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común) y específicamente para la realización de ciertos actos propios de la inspección tributaria (arts. 141 en relación con el 109 de la Ley General Tributaria; respecto a estos arts. puede verse la STC (Sala Iº) 50/1995, de 23 de febrero, que analiza el régimen de la autorización judicial en estos supuestos).

F) La restricción del *secreto de las comunicaciones* (art. 18.3) por causas no relacionadas con la aplicación de la Ley Penal está prevista, para situaciones de estado de excepción y con el objetivo de restablecer y mantener el orden público, por el art. 18 de la LO 4/1981 citada, que, además, atribuye 14 competencia a la autoridad gubernativa.

G) Los *derechos a la libre elección de residencia, a la libre circulación por el territorio nacional y a la libre entrada y salida del mismo* (art 19 CE) están sujetos a diversas restricciones que pueden ser decretadas por órganos administrativos.

Respecto a los extranjeros que residan legalmente en España, el Ministro del Interior puede decretar, por razones de seguridad pública, las medidas restrictivas previstas en el art. 6 de la LO 7/1985, de 1 de julio, de derechos y libertades de los

extranjeros en España. Medidas restrictivas de estos mismos derechos puede adoptarlas también el Ministro del Interior respecto a los extranjeros refugiados en los supuestos del art. 18.1 y 2 la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado.

La Administración competente en los estados de alarma puede acordar medidas limitativas de los derechos en examen, de acuerdo con lo previsto en el art. 11, a) de la LO 4/1981 citada.

La Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana autoriza, en su art. 19.2, a los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a limitar y restringir, por breve tiempo, la libertad de circulación para los fines que ese artículo establece.

Si pudiera entenderse incluido en el art. 19 CE el derecho a la libertad de movimientos en el sentido (no tutelado por el art. 17 CE, ni por una interpretación muy estricta del propio art. 19) de autodeterminación personal de moverse o no y en que modo, cabría hacer referencia a una serie de restricciones previstas por las leyes.

Así, la compulsión sobre las personas que puede adoptarse como medio de ejecución forzosa de los actos administrativos, de acuerdo con el art. 96. 1, a LRJAPPAC.

La Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana autoriza medidas de policía administrativa respecto a espectáculos públicos (art. 8) que pueden comportar la inmovilización momentánea de personas (estas medidas tienen consideración más específica en los arts. 66 y 67.4 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte); dispone igualmente que los agentes de la autoridad pueden realizar comprobaciones sobre personas, en lugares públicos, relativas al porteo de armas (art. 18) y llevar a cabo, en determinadas circunstancias, desalojos de locales y evacuaciones de inmuebles (art. 18).

Los arts. 91.4, 95.2 y 93 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General invisten a los presidentes de mesas electorales de la potestad de ordenar coacción directa sobre personas que perturben el desarrollo de los actos del modo previsto en los preceptos citados.

En fin, los arts. 4 y 19 de la Ley de protección civil (citada) imponen deberes personales de colaboración en la prevención y auxilio exigibles por necesidades de protección civil, deberes que deben cumplirse a requerimiento de las autoridades administrativas competentes.

H) Respecto a los *diversos derechos fundamentales reconocidos en el art. 20 CE*, la Ley Orgánica 4/1981 (citada) prevé en su art 21 medidas restrictivas que pueden adoptar las autoridades gubernativas con la finalidad de alcanzar los objetivos propios del estado de excepción.

Por otra parte, se pueden citar casos concretos» enjuiciados por el Tribunal Constitucional, como el contemplado en la STC (Sala 1.ª) 2051/1994, de 11 de julio (BOE 4 agosto), que considera como medida restrictiva de la libertad de expresión del ahogado la imposición de corrección disciplinaria por el órgano jurisdiccional -en el caso concreto aprecia que fue correctamente aplicada la STC (Sala 1.ª) 144/1987, de 23 de noviembre (BOE 20 octubre), que presupone la legitimidad de la medida administrativa de clausura de una emisora de radio que no contaba con la preceptiva autorización administrativa; y, por fin, en la STC (Sala 1.ª) 52/1995, de 23 de febrero (BOE 31 marzo), que reconoce que excluir del servicio público de correo la

distribución de publicaciones pornográficas es una medida restrictiva del derecho reconocido en el art. 20. 1, a) CE, que, si estuviera facultada para ello por ley formal, podría adoptar legítimamente la Administración- la CE sólo establece la exclusividad jurisdiccional para el secuestro de publicaciones-.

I) El *derecho de reunión* (art. 21 CE) no puede ser objeto de medidas restrictivas anteriores a su ejercicio por parte de la Administración, dado que no precisa autorización previa. Sin embargo sí que existen en el propio art. 21 CE, con desarrollo en la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión, límites al derecho de reunión, que la Ley Orgánica 9/1983 persigue que sean concretamente aplicados por los órganos jurisdiccionales en los casos en que se suscite conflicto entre la comunicación de quienes pretenden ejercitar el derecho y la posición de la autoridad gubernativa (resulta muy ilustrativo del sentido del sistema establecido por la Ley Orgánica 9/1983, el Fundamento Jurídico 2.º de la STC (Sala 2.ª) 66/1995, de 8 de mayo, BOE 13 junio; y el Fundamento Jurídico 5.º de la STC (Sala 1.ª) 59/1990, de 29 de marzo, BOE 4 mayo).

Iniciado el ejercicio del derecho de reunión la autoridad gubernativa puede adoptar medidas restrictivas a su respecto si, aparte del supuesto de ser ilícitas según las leyes penales, causan alteraciones del orden público con peligro para personas o bienes y si los asistentes usan uniformes paramilitares (art. 5 LO 9/1983; arts. 16 y 17 de la Ley de protección de la seguridad ciudadana).

En situaciones de estado de excepción, el ejercicio del derecho de reunión puede quedar sujeto a autorización previa de la autoridad gubernativa (art. 21 de la Ley Orgánica 4/1981, citada). Una limitación similar prevista por el art. 7 de la Ley Orgánica 7/1985 (citada) para las reuniones de extranjeros residentes en España fue declarada inconstitucional por la STC 7 julio 1987, BOE 29 julio.

J) En cuanto a las medidas restrictivas del *derecho de asociación* (art. 22 CE) por causas no relacionadas con la aplicación de la ley penal, habría que distinguir entre las que pueden adoptarse en un momento inicial, impidiendo la constitución de la asociación, y las que pueden afectar a la asociación constituida, mediante su disolución o la suspensión de sus actividades.

Respecto a eventuales medidas restrictivas en el momento de la constitución, el régimen general de asociaciones (aún hoy vigente) constituido por la Ley 191/1964, de 24 de diciembre, resulta impreciso porque no sigue vigente una potestad administrativa de reconocimiento de la asociación, sino que la inscripción en el registro sólo tiene efectos de publicidad (art. 22.3 CE), y, por otro lado, no puede sostenerse que proceda la constitución de una asociación prescindiendo de su ajuste a Derecho, aunque, como luego veremos en el caso de constitución de sindicatos, ese ajuste sólo pueda ser enjuiciado por un órgano jurisdiccional.

La suspensión de los actos de las asociaciones (art. 6.6 Ley 191/1964) y su disolución (art. 6.7 Ley 191/1964) sólo pueden producirse por resolución judicial.

La exclusividad jurisdiccional para la suspensión de actividades e, incluso, posible disolución por causas no jurídico-penales está garantizada también para las asociaciones promovidas por extranjeros o integradas mayoritariamente por ellos (art.

8, LO 7/1985, cuyo párrafo segundo, que reconocía al respecto una potestad administrativa, fue declarado inconstitucional por STC de 7 julio 1987, BOE 29 de julio), específicamente cuando tengan la condición de refugiados (art. 18 LO 511984, citada).

En especial, las asociaciones que tienen la naturaleza de partidos políticos no están expuestas, en su momento constitutivo, a ninguna medida restrictiva que pueda adoptar la Administración, sino que sólo podría impedirse la constitución si se inicia un proceso por presunta ilicitud penal del partido (art. 2 y 3 Ley 54/1978, de 4 de diciembre, de Partidos Políticos; SSTC 25 junio 1986, BOE 22 junio; 2 febrero 1981, BOE 24 febrero). La disolución del partido, y la suspensión del mismo pendiente el proceso sobre la disolución, corresponde a la potestad jurisdiccional y no sólo procede por causa de ilicitud penal, sino también porque la organización y actividades del partido sean contrarias a los principios democráticos (art. 5 Ley 54/1978), aspecto este último que no podría ser controlado en el momento de la constitución.

La constitución de asociaciones que tengan la naturaleza de sindicatos también está libre de toda medida restrictiva aplicada por la Administración. El sindicato adquiere personalidad jurídica a los veinte días hábiles del depósito de los estatutos y sólo impide la constitución la declaración jurisdiccional de que los estatutos no son conformes a Derecho (art. 4.6 y 7 Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical). Una vez constituidos, la medida restrictiva consistente en la disolución y, temporalmente, en la suspensión, sólo puede ser adoptada por la potestad jurisdiccional con fundamento en el "incumplimiento grave de las leyes (art. 2.2. c LO 11/1985).

K) Entre las restricciones por causas no jurídico-penales de *los derechos reconocidos por el art. 23 CE*, podemos apuntar las establecidas por el art. 3. 1.b y c de la LO de Régimen Electoral General en cuanto al derecho de sufragio activo de los declarados incapaces y de los internados en hospital psiquiátrico con expresa privación del derecho de sufragio activo. En ambos casos estas restricciones sólo pueden ser acordadas mediante ejercicio de potestad jurisdiccional.

L) Como medida restrictiva del *derecho a la educación* e independiente de causas jurídico-penales puede considerarse, si se medita en el contenido de la STC, Sala 1.<sup>a</sup>, 260/1994, de 3 de octubre (BOE 8 de noviembre), la declaración de desamparo de menores realizada por la autoridad administrativa de acuerdo con el art. 172 del Código Civil, que conlleva la asunción por la misma de la tutela de los menores y la posibilidad de hacer efectiva su escolarización.

La libertad de creación de centros docentes (art. 27.6 CE) está sujeta, en cuanto a su ejercicio, a autorización administrativa a través de la cual se concretan los requisitos legales que condicionan la creación de los centros (arts. 23 y 24 Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación).

M) Sobre las posibles restricciones a la *libertad sindical* en cuanto derecho a fundar sindicatos (art. 28.1 CE) debe verse lo que he expuesto antes al tratar del derecho de asociación.

El *derecho a la huelga* (art. 28.2 CE) puede sufrir medidas restrictivas según el propio art. 28,2 CE (establecimiento de servicios mínimos) y de acuerdo con las leyes -siempre que respeten el contenido esencial del derecho fundamental. La restricción consistente en la fijación de servicios mínimos está atribuida a la Administración pero, como recuerda la STC, Sala 2.<sup>a</sup>, 148/1993, de 29 de abril, BOE 28 de mayo, la conformidad de este régimen con la Constitución depende de que pueda establecerse un control jurisdiccional inmediato de los actos administrativos sobre servicios mínimos (en su caso, con adopción de medidas cautelares) que impida que se reduzca a la ineffectividad el derecho de huelga.

### III. RESTRICCIONES DE DERECHOS FUNDAMENTALES DERIVADAS DE LA IMPOSICIÓN DE PENAS

Los derechos fundamentales pueden sufrir restricciones que tienen como causa jurídica la imposición de penas por la comisión de delitos o faltas.

En estos supuestos la exclusividad jurisdiccional para la adopción de tales medidas restrictivas deriva de lo implícitamente dispuesto por el art. 25.1 CE y no tiene excepción. En efecto, el art. 25.1 CE establece una correlación entre condena por acciones que constituyan delito o falta enfrentada con la correlación entre sanción por acciones que constituyan infracciones administrativas, que permite concluir que un castigo con la naturaleza jurídica de pena por la comisión de un delito o falta sólo puede ser impuesto mediante el ejercicio de la potestad jurisdiccional (ver, infra, apartado V.A).

Atendiendo al fundamento de la exclusividad jurisdiccional en estos supuestos, si la medida restrictiva a título jurídico de pena afecta a derechos no fundamentales sigue siendo cierto que su adopción (la imposición de la pena) sólo puede producirse mediante ejercicio de la potestad jurisdiccional.

La misma exclusividad jurisdiccional, en cuanto se trata, en todo caso, de efectos jurídicos vinculados a la apreciación de la existencia de delito, se da respecto a la imposición de medidas de seguridad (ahora en todo caso postdelictuales, art. 95 CP) y de consecuencias accesorias del delito (arts. 127-129 CP).

Revisemos ahora someramente de qué modo las penas y otras consecuencias jurídicas del delito previstas en el CP afectan, restringiéndolos, a derechos, fundamentales.

A) De manera destacada el derecho de libertad resulta afectado por las penas privativas del mismo, previstas en los arts. 35 al 38 del Código Penal (prisión, arresto de fin de semana y responsabilidad penal subsidiaria por impago de multa).

También resulta afectado ese derecho por las medidas de seguridad previstas en los arts. 101 al 104 del Código Penal, consistentes en internamientos forzados en centros o establecimientos que prestan asistencia médica, psiquiátrica o de otro orden que ayudan al sujeto pasivo a superar las causas que influyeron en la comisión de la acción delictiva.

El art. 25.2 CE dispone que "el condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este capítulo, a



excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria".

Este precepto permite realizar un específico planteamiento de las medidas restrictivas de derechos fundamentales, que aquí no podríamos desarrollar con amplitud. Sí que cabe mencionar, sin embargo, algunos importantes puntos de referencia normativos y de jurisprudencia constitucional como, en relación con el derecho a la intimidad personal, el art. 23 de la Ley Orgánica General Penitenciaria sobre cacheos y registros y la STC, Sala 2.<sup>a</sup>, 57/1994, de 24 de febrero, BOE del 24 de marzo; en relación con el derecho a la vida y la prohibición de tratos inhumanos y degradantes respecto de las situaciones de las denominadas "huelgas de hambre", las SSTC, Pleno, 11/1991, de 17 de enero, BOE de 13 de febrero, 120/1990, de 27 de junio, BOE de 30 de julio, 137/1990, de 19 de julio, BOE de 30 de julio, y, en relación con esos mismos derechos, la sanción disciplinaria de aislamiento en celda (arts. 42 y 43 LOG Penitenciaria; SSTC, Sala 1.<sup>a</sup>, 2/1987, de 21 de enero, BOE 10 de febrero, 1904987, de 1 de diciembre, BOE 26 de diciembre); en fin, en relación con la intervención de comunicaciones el art. 51 de la LOG Penitenciaria y la STC, Sala 1.<sup>a</sup>, 73/1983, de 30 de julio, BOE de 18 de agosto.

B)Otros derechos fundamentales distintos al de libertad -y también derechos subjetivos no fundamentales- son afectados por penas y otros efectos jurídico penales.

La pena de inhabilitación absoluta (arts. 41, 55 CP) afecta al derecho al empleo y cargo públicos, al igual que el posible contenido de la pena de inhabilitación especial (arts. 42, 44 y 57 CP; en jurisprudencia constitucional pueden verse la STC, Sala 1.<sup>a</sup>, de 3 de mayo de 1993, BOE de 28 de mayo, y la STC, Sala 1.<sup>a</sup>, 166/1993, de 20 de mayo, BOE de 21 de junio) y la pena de suspensión de empleo y cargo público (arts. 43 y 56 CP; STC, Sala 1.<sup>a</sup>, 209/1993, de 28 de junio, BOE de 2 de agosto). A los derechos fundamentales del art. 19 CE afectan las penas configuradas por los arts. 48 y 57 CP.

Derechos fundamentales quedan también afectados por las medidas de seguridad del art. 107 (inhabilitación para cargos y empleos) y del art. 105.1.b, c y d CP (limitaciones a las libertades de residencia y circulación).

Medidas que puede adoptar el juez en caso de suspensión de penas privativas de libertad son restrictivas de derechos fundamentales reconocidos por el art. 19 CE (art. 83.1.1.º y 2.º CP).

En fin, el juez, o tribunal puede imponer como consecuencias accesorias del delito restricciones al derecho de asociación (art. 129. 1.b y c CP), además de otras que afectan a derechos no fundamentales.

#### IV. MEDIDAS RESTRICTIVAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS ACTUACIONES DE PREVENCIÓN, INVESTIGACIÓN Y ENJUICIAMIENTO DE DELITOS

Las restricciones de los derechos fundamentales pueden tener también su causa en diversas necesidades que se manifiestan en las actuaciones de los poderes públicos dirigidas a prevenir la comisión de delitos y a evitar, del modo más inmediato, que continúe y culmine la acción delictiva y en las que tienen por objeto la investigación de posibles delitos y, luego, la realización de su enjuiciamiento.



Como ya dije el principio voy a centrar la atención en esa clase de restricciones, porque el tema de la ponencia (exclusividad jurisdiccional o no para adoptarlas) tiene en él supuesto de las mismas una proyección muy especial.

En el debate, aún abierto entre nosotros, sobre la configuración de la instrucción o, en términos más genéricos, del conjunto de actuaciones previas al juicio oral penal, una de las cuestiones básicas es la de los poderes a atribuir al juez, al Ministerio Fiscal y a la policía para la realización de los actos que forman parte de esa etapa. Una de las respuestas más inmediatas a esa cuestión suele ser la de reservar al juez los poderes de adopción de medidas que afectan a derechos fundamentales. Como veremos, esta respuesta tan rápida y extendida es discutible.. Esta repercusión en importantes reformas legislativas, pero también un estudio tendencialmente completo -como mínimo en el aspecto informativo- del régimen actual de la materia, creo que justifican la opción de centrar la ponencia en las medidas restrictivas relacionadas con el proceso penal.

Por otro lado, y también como planteamiento de *lege data*, que la afectación de derechos fundamentales dentro de las actuaciones que ahora consideramos, se realice por la clase de órgano del poder público que tenga legítimamente atribuida la potestad, es uno de los presupuestos para que se produzca una válida afectación del derecho y no una violación del mismo. Ciertamente no basta con ese presupuesto, sino que se requiere también que la medida restrictiva se adopte en el supuesto previsto por la ley y en la forma establecida por ella. El cumplimiento de todos estos requisitos es necesario para evitar el efecto negativo sobre la validez de los actos procesales en general, para cuya declaración establecen cauce los arts. 793.2 LECrim y 36.11 Ley del Jurado, y, específicamente cuando se trate de actos de investigación de fuente de prueba y de producción de medios de prueba, para evitar la denegación de eficacia jurídica dispuesta por el art. 11. 1 LOPJ.

Expongo, a continuación, las líneas generales del régimen jurídico de las medidas restrictivas de derechos fundamentales en el proceso penal y actividades previas al mismo, destacando la parte de ese régimen que rige la atribución de potestad para adoptar las medidas.

#### **A) Medidas cautelares personales y patrimoniales.**

Las medidas cautelares personales de detención y prisión provisional son restrictivas del derecho fundamental a la libertad reconocido en el art. 17.1 CE. La medida cautelar de libertad provisional, particularmente por los efectos complementarios de obligación de comparecencia con la periodicidad que el juzgado determine (art. 530 LECrim), puede ser restrictiva de la libertad de movimientos reconocida por el art. 19 CE (véase el Fundamento Jurídico 3º STC, Sala 1.ª 85/1989, de 10 de mayo, BOE' 13 de mayo).

Sobre la potestad necesaria para la adopción no hay planteadas dudas importantes a nivel legal y constitucional. La prisión provisional, como siempre ha estado establecido en la ley e implícitamente se deduce del art. 17.2 CE, sólo puede ser adoptada mediante potestad jurisdiccional.

La plenitud del sometimiento de la medida de prisión provisional a la potestad jurisdiccional recibe una confirmación por la STC, Pleno, 71/1994, de 3 de marzo,

BOE 24 de marzo, que declara la inconstitucionalidad del art. 504 bis LECrim (en su redacción por Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo), el cual confería efecto suspensivo por plazo de un mes al recurso del Ministerio Fiscal contra auto de excarcelación de imputados por delitos de terrorismo y rebelión. En efecto, el TC argumenta que, fuera del plazo de la detención fijado por el art. 17.2 CE, de este mismo precepto se deduce que la privación cautelar de libertad requiere, para adoptarse y mantenerse, una apreciación judicial de sus presupuestos, que excluye la licitud constitucional de cualquier automatismo en la subsistencia de la medida.

La detención puede ser adoptada, como autoriza el art. 17.2 CE, por la policía (art. 492 LECrim entre otros) y por el Ministerio Fiscal (art. 5.2 Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal).

Esta potestad de detener (de la policía y del Ministerio Fiscal) es una potestad propia en el sentido de que les corresponde apreciar a ellos la concurrencia de los presupuestos de su ejercicio y de que no actúan como ejecutores de una resolución judicial.

Pero es una potestad orientada al cumplimiento de los fines de un proceso penal, dirigido por un órgano jurisdiccional, no a fines de orden público o de otro tipo atendidos por órganos no jurisdiccionales. De ahí que no sólo esta detención debe cesar cuando se esclarezcan los hechos y, en todo caso, en el plazo máximo de 72 horas el detenido ha de ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial (arts. 17.2 CE, 520.1.II LECrim), sino que, desde el primer momento de la detención, el órgano jurisdiccional puede ordenar la inmediata puesta a su disposición del detenido. Por otra parte, ésta no es más que una consecuencia del carácter de competencia a prevención que corresponde a esta competencia de la policía. En efecto, dispone el art. 286 que cuando el juez se presente a formar sumario, cesarán las diligencias de prevención, "poniéndose a su disposición a los detenidos si los hubiere".

El régimen especial de la detención policial en caso de bandas armadas y sujetos terroristas y rebeldes, es, en este aspecto, un tanto ambiguo. Someter la prórroga del plazo máximo ordinario de la detención a la autorización judicial expresa (art. 520 bis.I), implica reconocer la supremacía jurisdiccional. Pero el apartado 3 del art. 520 bis, establece un reconocimiento expreso de facultades del juez, estrictamente innecesario si se diera por sentado que, en todo momento, el detenido estará disponible para él.

La libertad provisional, como alternativa a la prisión, ha de ser decretada por el órgano jurisdiccional, aunque la LECrim recoge en el párrafo segundo del núm. 3 del art. 492 un supuesto de libertad con fianza decidida por la policía (como alternativa a la detención que podría acordar).

Las medidas cautelares patrimoniales (fianzas y embargos para asegurar la ejecución de sentencia de condena al pago de dinero; aprehensión y secuestro de cosas determinadas para asegurar la ejecución de pronunciamientos de condena a la entrega de las mismas) no afectan a derechos fundamentales, sino al derecho a la propiedad privada (art. 33 CE). Sin embargo, la adopción de esas medidas está reservada por la LECrim al órgano jurisdiccional. Sólo con alcance muy limitado al art. 786.2.º.c LECrim permite a la policía adoptar una medida de naturaleza próxima al embargo sobre una específica clase de bien, aparte del efecto eventualmente cautelar de los secuestros autorizados en sede de diligencias de prevención (art. 13 y 282 LECrim).

## **B) Medidas preventivas personales.**

Se trata de medidas con apariencia de cautelares porque afectan, restringiéndolo de manera provisional, a un derecho (distinto a la libertad) que va a ser afectado por la pena que puede imponerse. Les aleja de la naturaleza cautelar que en ningún caso, aunque estas medidas no se adopten, corre peligro la efectividad de la sentencia de condena que pueda dictarse.

Tienen estas características las diversas medidas de suspensión de cargos y empleos públicos (art 384 bis LECrim -sobre el mismo, véase la STC, Pleno, 71/1994, de 3 de marzo, BOE 24 marzo, Fundamento Jurídico 6.º; arts. 775.II LECrim; arts. 383. 1.º y 2.º, 384 LOPJ; art. 60 Estatuto Orgánico Ministerio Fiscal; art. 48 TA Ley de funcionarios civiles del Estado) y de otros derechos (p. ej. derecho a conducir vehículos de motor, art. 529 bis LECrim).

No todas estas medidas afectan a derechos fundamentales, ni solamente pueden ser adoptadas por un órgano jurisdiccional en un proceso penal (véase, p. ej., el art. 33 del Reglamento de Régimen Disciplinario, que contempla la suspensión provisional de funciones en expediente disciplinario). Sin embargo, como es el caso de la suspensión provisional de funcionarios prevista por el art. 24 del Reglamento de Régimen Disciplinario, si la medida -aunque no la adopte el juez- depende de una resolución dictada en el proceso penal, su subsistencia queda a expensas completamente de la resolución que termine este proceso (STC, Sala 2.ª, 104/1995, de 3 de julio, BOE 31 de julio).

## **C) Las medidas preventivas están también autorizadas en relación con las que el nuevo Código Penal ha denominado consecuencias accesorias del delito.**

El art. 129.2 CP dispone que el juez de instrucción podrá acordar, durante la tramitación de la causa, una clausura temporal de empresa, locales o establecimientos de la misma y una suspensión de actividades de sociedades, fundaciones, empresas o asociaciones.

Nuevamente aquí se observa que no sólo resultan afectados derechos fundamentales. A pesar de ello legalmente se establece la potestad jurisdiccional como exclusiva.

Constitucionalmente la exclusividad jurisdiccional para adoptar medidas preventivas respecto a consecuencias accesorias de delito, sólo está expresamente prevista si las consecuencias afectan al derecho de asociación (art. 22.4 CE; SSTC, Sala 1ª, 2 febrero 1980, BOE 24 febrero; Pleno, 115/1987, de 7 de julio, BOE 24 de julio, Fundamento Jurídico 3.º) y, aunque no sea derecho fundamental, -al derecho de fundación (art. 34.2 CE).

## **D) Medidas coercitivas dirigidas a impedir la continuación de la acción delictiva o de sus efectos.**

Las medidas coercitivas dirigidas a impedir la continuación de la acción delictiva o de sus efectos y, en consecuencia, a socorrer o ayudar a las víctimas del

delito, tienen también un cierto carácter preventivo, puesto que evitan que siga y se agrave el resultado delictivo, pero ni están relacionadas con una pena u otra consecuencia jurídica del delito, ni su fin es contrarrestar -como las medidas estudiadas en los dos apartados anteriores- el riesgo de comisión de nuevos delitos.

Estas medidas van desde la coacción física sobre el presunto delincuente para impedir un delito flagrante (para cuya adopción esta autorizada la policía: art. 13 "dar protección a los perjudicados... y detener a los presuntos reos", 284 y 492.1º en relación con 490. 1º y 2º LECrim), hasta el secuestro de la publicación o la prohibición de difundir o proyectar el medio a través del cual se produjo la actividad delictiva, si ésta se hubiera producido a través de medios mecánicos de publicación, sonoros o fotográficos. Las medidas de la última clase están reservadas por el art. 20.5 CE a la potestad jurisdiccional (véanse incidentalmente sobre esto los Fundamentos Jurídicos 3.º, 4.º y 5.º de la STC, Pleno, 52/1983, de 17 de julio, BOE 15 de julio), reserva que respetan, en la legislación ordinaria, el art. 816 LECrim y el art. 3 de la Ley de Protección jurisdiccional de derechos fundamentales.

### **E) Medidas coercitivas sobre objetos en función de las actividades de investigación y de prueba.**

Se trata de medidas que, contra la voluntad de la persona afectada o prescindiendo de ella, están destinadas a la aprehensión de cosas (específicamente de documentos en cualquiera de sus posibles soportes físicos) o, en sentido más amplio, a la obtención de conocimiento directo de conductas, a los efectos de las actividades de investigación y de prueba del proceso penal.

La determinación de la clase de potestad que se requiere para adoptar estas medidas, impone distinguir entre aquellos supuestos en que para llevarlas a la práctica sea necesario afectar a los derechos a la inviolabilidad de domicilio y al secreto de las comunicaciones (supuestos para los que constitucionalmente se garantiza la exclusividad jurisdiccional -art 18.2 y 3 CE-, salvo matizaciones), y los supuestos que no precisen de esa afectación.

En la segunda clase de supuestos, la policía tiene potestad para adoptar medidas que conserven el estado material de cosas resultante de la acción delictiva y para aprehender los elementos materiales relacionados con ella, todo ello en calidad de primeras diligencias o diligencias de prevención (arts. 13 y 284 LECrim). La policía puede establecer controles en vías, lugares y establecimientos públicos, para descubrir y aprehender instrumentos, efectos y pruebas de delitos (art. 19.2 Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana). Esta aprehensión se realiza para la posterior puesta a disposición del Ministerio Fiscal o del Juez de Instrucción.

Quedan incluidos en esta clase de supuestos los casos en que no sea necesario penetrar en domicilios, pero si en edificios y lugares cerrados de naturaleza distinta. En estos casos la Constitución no garantiza la exclusividad jurisdiccional, pero la LECrim establece, con rango de ley formal, la necesidad de resolución del juez (arts. 564-566 LECrim).

En la primera clase de supuestos la exclusividad jurisdiccional para la adopción de las medidas, establecida por la Constitución, tiene su exacto reflejo en la legislación ordinaria (arts. 558, 566, 579 LECrim).

Esta exclusividad tiene excepciones amparadas en preceptos constitucionales (arts. 18.2 y 55 CE), en las que la policía tiene potestad de afectar a los dos derechos fundamentales que consideramos. Así la entrada y registro en domicilios y lugares cerrados si existe flagrancia o cuasiflagrancia (art. 553.1 LECrim; sobre el juego del concepto de flagrancia a efectos de excepcionar la exclusividad jurisdiccional en la afectación a la inviolabilidad de domicilio son básicos los Fundamentos Jurídicos 7º y 8º de la STC, Pleno, 341/1993, de 18 de noviembre, BOE 10 de diciembre); la entrada y registro de domicilios y la intervención de comunicaciones en estados de anormalidad constitucional (arts. 17, 18, 32 y 34 LO 4/1981, de 1 de junio) y esas mismas actuaciones en los supuestos de hecho en que la ley lo autoriza en la persecución de delitos cometidos por bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes (arts. 553.1 y 579.4 LECrim).

Las medidas consideradas en este apartado también pueden afectar al derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE) en el sentido de que las cosas que interese aprehender y las conductas o comportamientos de los que se tome conocimiento, pertenezcan al ámbito de la intimidad personal o familiar, aunque para practicar las medidas correspondientes no sea necesario penetrar en domicilio o intervenir una comunicación secreta.

La CE no establece la exclusividad jurisdiccional para las medidas que afecten al derecho a la intimidad. Esa misma indeterminación se mantiene en el art. 8.1 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen, que dispone que no se reputarán intromisiones legítimas (en los derechos citados) las actuaciones, autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la ley.

Por otra parte, la LO 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal, por la disposición combinada de sus arts. 20 y 11.21, autoriza que las fuerzas y cuerpos de seguridad formen ficheros con ciertos datos personales e incluso, a tal efecto, sean cesionarios de datos, sin consentimiento del interesado. Al Ministerio Fiscal y a los órganos jurisdiccionales los faculta para ser concesionarios de datos, sin consentimiento del interesado la propia LORTAD, siempre que requieran tales datos en el ejercicio de las funciones que tienen atribuidas (art. 11.2.d).

Si para la obtención de las cosas y de los conocimientos comprendidos en la esfera de la intimidad, fuera necesaria la entrada y registro de domicilio o en lugar cerrado, la exclusividad jurisdiccional vendría impuesta por la última circunstancia. Pero, como dice la STC, Sala 1.ª 37/1989, de 15 de febrero BOE 2 de marzo, "es del todo claro que el mandamiento judicial que hace posible la entrada y registro en un domicilio... se justifica, en el orden procesal penal, por la necesidad de identificar y, en su caso, recoger lo que interese a la instrucción, sin que sea oponible, frente a tal pesquisa legítimamente ordenada, 'secreto' alguno que, dentro del domicilio investigado, importe a las actuaciones judiciales en curso". Tal vez porque en el caso concreto, el mandamiento de registro ya se refería a documentos y con un cierto contenido (identidad de una persona y fecha de una consulta médica), el TC no tuvo oportunidad de enfatizar que LECrim requiere una específica justificación para la



extensión del registro a libros y documentos privados (art. 573 y mi *Derecho jurisdiccional*, III, Barcelona, 1994, págs. 186-187).

De modo diferente, si la captación de imágenes y sonidos, la directa obtención de conocimiento -con fijación complementaria por cualquier sistema- tiene lugar en el espacio público y respecto a los comportamientos que en ese espacio se desarrollan y no en un ámbito reservado, aunque sea observado desde el espacio público, la policía está facultada para adoptar las medidas correspondientes (STS, Sala 2.<sup>a</sup>, 6 mayo 1993, RA 1993/3854; sobre el tema, más ampliamente, MARTÍN PALLÍN, J.A., *Identificación del delincuente*, en "Las restricciones de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal", Madrid, 1994, págs. 140-144).

No se incluye en la anterior consideración la captación de señales en el dominio público radioeléctrico, porque éstas constituyen sólo la aplicación de una nueva técnica para las comunicaciones telefónicas, cuyo secreto y régimen de injerencia en el mismo está garantizado por el art. 18.3 CE y bloque normativo de desarrollo (art. 2.2 Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de ordenación de las telecomunicaciones; Fundamento Jurídico 5.º STC, Sala 2.<sup>a</sup>, 34/1996, de 11 de marzo, BOE 17 de abril; resoluciones básicas dictadas por juzgado de Instrucción y Sección 15.<sup>a</sup> AP de Madrid en el caso denominado "las escuchas del CESID").

#### **F) Medidas coercitivas sobre las personas en función de actividades de investigación y de prueba.**

Con un grado menor de intensidad nos encontramos, en primer término con el régimen de controles en vías, lugares y establecimientos públicos que, según el art. 19.2 de la Ley de protección de la seguridad ciudadana, tiene como presupuesto la comisión de un hecho delictivo causante de grave alarma social y la opinión de que esta técnica será útil para descubrir y detener a los partícipes y para descubrir y aprehender instrumentos y efectos del delito. Esta medida pueden acordarla las autoridades competentes en materia de seguridad y tiene por fin proceder a la identificación de personas, registro de vehículos y control superficial de efectos personales. Comporta por su naturaleza una cierta limitación de la libertad de movimiento al servicio de los fines de la actividad investigadora.

En segundo término, corresponde también a los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad la competencia para requerir la identificación de personas y realizar las comprobaciones necesarias al efecto en el propio lugar en el que se realiza la identificación. Esta actividad tiene, entre otros, el fin de prevención e indagación de delitos" (art. 20.1 Ley de protección de la seguridad ciudadana) y comporta una mínima constricción sobre la libertad de movimientos, que puede aumentar si concurren los supuestos de aplicación del art. 20.2 de la Ley citada.

Esta controvertida disposición es fruto, en cierto modo, del intento de legalizar la llamada retención policial, como privación de libertad brevísima, no fundada en una imputación de delito y que no precisaría estar rodeada de las garantías de la detención.

A mi juicio la disposición no llega a establecer legalmente esa retención. Los apartados 1 al 3 del art. 20 no invisten a la policía de la potestad de practicar una conducción coactiva, sino sólo de la potestad de requerir la realización de cierta



conducta que posibilite la identificación del requerido (y ello de acuerdo con los supuestos, fines y garantías que establece el precepto para el ejercicio legítimo de esa potestad). Sólo la resistencia o la negativa infundada frente al requerimiento, autoriza, por la remisión del art. 20.4 al CP y a la LECrim, a que la policía practique la detención en función de un probable delito o falta de desobediencia. Pero esa privación provisional de libertad está, sin más, sujeta al régimen de la detención de la LECrim.

La STC, Pleno 341/1993, de 18 de noviembre, BOE 10 de diciembre, sostiene, en cambio, que el art. 20.2 autoriza, de acuerdo con el régimen que establece, una verdadera privación de libertad, que, aunque no se ajuste a las mismas garantías que la detención procesal penal, no por ello es contraria al artículo 17.1 CE, dado que lo cumple estableciendo unas garantías adecuadas a la función perseguida, que es la de identificación de personas en determinadas circunstancias. De seguirse esta interpretación nos hallaríamos ante un supuesto de privación de libertad provisionalísima distinto a la detención procesal penal.

Para la práctica de actos de investigación o de prueba que consistan en declaraciones de testigos, en exámenes periciales v declaraciones de peritos y en declaraciones u otra actividad que necesite de la presencia del imputado, la ley establece deberes de comparecencia, para cuya efectividad pueden resultar necesarias medidas coercitivas que afectan al derecho fundamental de libertad.

En el caso del imputado estas medidas coercitivas quedan un tanto desdibujadas en el conjunto de medidas cautelares personales que pueden adoptarse frente a él. Adoptadas estas últimas medidas, no sólo ni principalmente para posibilitar ciertas pruebas que requieren la participación del imputado, es lo cierto que, como efecto indirecto, queda también asegurado que está a su disposición.

Solamente en el caso del imputado y por la razón acabada de apuntar, puede decirse que la policía y el Ministerio Fiscal y no sólo el juez, pueden adoptar estas medidas coercitivas al ser competentes para acordar la detención en los supuestos legales.

Respecto a testigos y peritos la potestad de ordenar la conducción coactiva sólo la tiene reconocida legalmente el órgano jurisdiccional (arts. 420 y 463 LECrim). No la tiene la policía (ni el Ministerio Fiscal; véanse, respecto al último, la CFGE 1/1989, en suplemento al BIMJ, núm. 1.522, págs. 30-31), que sólo ve reconocidas facultades de mucho menor intensidad (consignar las pruebas: art. 13 LECrim; requerir a facultativo para que les acompañe, identificar y tomar los datos personales y dirección de las personas presentes: art. 786. 1.º y 2.º LECrim).

Un mayor grado de intensidad en las medidas coercitivas sobre las personas está constituido por las intervenciones sobre el cuerpo de las mismas en sus aspectos anatómico, fisiológico y psicológico, para encontrar y percibir directamente en el mismo elementos materiales del delito o para obtener muestras o vestigios que serán sometidos a examen pericial. Sobre este tema hay una ponencia específica. Me limitaré, pues, a las líneas generales y en especial a la cuestión de la atribución de las potestades necesarias.

Analizadas como medidas que pueden afectar a los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y moral, con prohibición de tratos inhumanos y degradantes (art. 15 CE), a la libertad y seguridad (art. 17.1 CE), a la intimidad

personal (art18.1 CE) y, específicamente si se trata de la persona del imputado, a los derechos a no declarar y a no confesarse culpable (art. 24.2 CE), está reconocida generalizadamente su legitimidad constitucional, con el argumento de que suponen restricciones conformes a la Constitución en determinados supuestos, o bien, si el derecho fundamental tiene carácter absoluto y no tolera restricción (como ocurre con el del art. 15 CE), a condición de que no lleguen a afectar al derecho fundamental (ASENCIO MELLADO, J.M.<sup>a</sup>, *Prueba prohibida y prueba preconstitucional*, Madrid, 1989, págs. 138-139; Instrucción FGE 6/1988, 12 diciembre, en suplemento BIMJ, núm. 1.518, apartados II, 1 al 3; VARELA AGRELO, J.A., *El cuerpo humano como medio de prueba; en especial, las intervenciones corporales*, en BIMJ, núm. 1.772, págs. 8-13).

El último planteamiento argumental es el que permite excluir la legitimidad constitucional de técnicas de interrogatorio que, por afectar a la consciencia y a la libre formación de la voluntad interna, restringen esencialmente el derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE), además, en su caso, de derechos del art. 24.2 CE (ST5 22 mayo 1982, RJA 1982/2702; STS 26 noviembre 1991, RJA 1991/8562; ASENCIO, *Prueba prohibida*, cit. págs. 130-132; BERDUGO, J.R., *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, en la obra colectiva del mismo nombre cit. págs. 297-298).

Reconocida la legitimidad constitucional, es, sin embargo, tema de debate la existencia o no en nuestro ordenamiento de una norma de rango legal y con calidad de ley orgánica que regule expresamente las intervenciones corporales, potestad para acordarlas, supuestos de procedencia y modo de realización (ampliamente, GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, 1990, págs. 285-290; también MONER MUÑOZ, E., *Las intervenciones corporales, en la restricción de los derechos fundamentales*, cit., págs. 173-176). La Instrucción de la FGE 6/1988, cit., entendió que esa norma legal estaba en los arts. 339 y 478. 1.º LECrim y así lo admite también la STC 37/1989, Sala 1ª, de 15 de febrero, BOE 2 de marzo, en su Fundamento Jurídico 8º.

Hay regulación legal más específica en los casos en que respecto a delitos o infracciones relacionadas con el tráfico sea relevante la comprobación de la intoxicación alcohólica. El art. 12.2 del texto articulado de la ley sobre tráfico, circulación de vehículos y seguridad vial, dispone que los análisis de sangre, orina u otros análogos, para contrastar los resultados de la técnica de verificación del aire expirado, sólo podrán ser practicados, salvo consentimiento del afectado, por orden de un juez.

A pesar de la falta de una regulación legal más específica que sería técnicamente conveniente, se sostiene, en términos generales, la exclusividad jurisdiccional para acordar medidas de intervención corporal.

Ya la STC 37/1989, cit., sostenía que "la intimidad personal puede llegar a ceder en ciertos casos, y en cualquiera de sus diversas expresiones, ante exigencias públicas, pues no es este un derecho de carácter absoluto, pese a que la Constitución, al enunciarlo, no haya establecido de modo expreso la reserva de intervención jurisdiccional que figura en las normas declarativas de la inviolabilidad del domicilio o del secreto de las comunicaciones (núms. 2 y 3 del mismo art. 18). Tal afectación del

ámbito de la intimidad es sólo posible por decisión judicial que habrá de prever que su ejecución sea respetuosa de la dignidad de la persona y no constitutiva..., de trato degradante alguno (arts. 10. 1 y 15 de la Constitución)".

La exclusividad jurisdiccional se mantiene unánimemente por la doctrina aunque, tal vez por las inseguridades que genera la falta de una regulación legal específica, no faltan matizaciones, *lege data* o *lege ferenda*, en favor de limitar aquella exclusividad en supuestos de intervenciones corporales levísimas y en supuestos de urgencia, en los que se frustraría el fin de la medida si hubiera que esperar a la resolución del juez (GONZÁLEZ-CUELLAR, *Proporcionalidad*, págs. 306-307; ASECIO, *Prueba prohibida*, págs. 144-146; MONER, *Las intervenciones*, pág. 171; VARELA, *El cuerpo humano como medio de prueba*, págs. 13-16; FERRER AMIGO, G., *Incidencia constitucional de las intervenciones corporales*, en *"La restricción de los derechos fundamentales"*, cit., pág. 408).

### **G) Otras medidas.**

A los derechos fundamentales reconocidos en el art. 18.1 CE (honor, intimidad, propia imagen) afectan también técnicas habitualmente utilizadas para la identificación de imputados y para el descubrimiento de su paradero, tales como la difusión pública -o en el círculo que se considere conveniente- de imágenes de una persona o de datos privados de la misma útiles para los efectos anteriores.

En la práctica no se sigue la exclusividad jurisdiccional para la aplicación de esta técnicas, lo que concuerda con lo dispuesto en el art. 8.1 de la Ley de protección civil del derecho al honor, cit., que, como ya advertimos, no limita a la autoridad judicial la facultad de autorizar o acordar actuaciones, de acuerdo con la ley, que no tendrían el carácter de intromisión ilegítima sobre los derechos protegidos.

Resta, por fin, referirse a las medidas restrictivas del derecho fundamental a comunicar libremente información veraz por cualquier medio de difusión (art. 20. 1, d CE) que son consecuencia del carácter secreto que por disposición de la ley o por resolución judicial amparada en la ley, tienen las actuaciones procesales o preprocesales en su totalidad o en parte.

De la STC, Sala Segunda, 3/1985, de 31 de enero, BOE de 5 de marzo, se deduce implícitamente que lo que está cubierto por el secreto del sumario -que no son los acaecimientos sobre los que el sumario versa, sino el contenido mismo del sumario- ni debe ser objeto de revelación indebida, ni ha de permitirse su conocimiento ilícito y su difusión posterior. El juez podría impedir esa difusión (art. 20.5 CE). La reflexión es generalizable a los casos de declaración judicial de secreto de acuerdo con la ley.

Supuestos más específicos de restricción de la libertad de información son los previstos en el art. 2.2 de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales. La actuación policial dispuesta por el precepto constituye ejecución de una restricción acordada por órgano jurisdiccional.

V. LAS NORMAS CONSTITUCIONALES ESPECÍFICAS SOBRE EXCLUSIVIDAD JURISDICCIONAL PARA ADOPTAR MEDIDAS RESTRICTIVAS Y LA NORMA GENERAL SOBRE ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA A LOS JUECES DE LA POTESTAD JURISDICCIONAL

Se ha observado en el apartado anterior que una serie de preceptos constitucionales disponen expresa y específicamente la exclusividad jurisdiccional para adoptar medidas restrictivas de ciertos derechos fundamentales.

La necesaria garantía jurisdiccional para afectar a derechos fundamentales está tan arraigada que el Tribunal Constitucional la considera exigible incluso respecto a derechos de aquella naturaleza sobre los que no existe en la CE norma expresa. Es ilustrativo el párrafo, que reproducíamos en el apartado anterior, de la STC 37/1989 relativo a una medida que incidía en el derecho a la intimidad personal. En la doctrina puede verse, en favor de esa regla general de la reserva jurisdiccional, ASENSIO MELLADO, *Prueba prohibida*, págs. 93-96.

De manera coherente con lo anterior, cuando se considera *lege ferenda* un modelo de instrucción previa dirigido por el Ministerio Fiscal siempre se excluye de las potestades de éste y se reserva al juez la afectación de derechos fundamentales (ORTELLS RAMOS, M., *Nuevos poderes para el Ministerio Fiscal en el proceso penal: Límites constitucionales y valoración político jurídica*, RDPro, 1990, núm. 2, págs. 242-243; GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad*, págs. 110-112).

Esas conclusiones deben ser sin duda compartidas. Sin embargo no dan una idea completa de los fundamentos constitucionales de las atribuciones exclusivas de los órganos jurisdiccionales y del alcance de las mismas, particularmente respecto a las medidas restrictivas que, en modos diversos, son instrumentales de la actividad procesal, en especial de la dirigida a la investigación, persecución y enjuiciamiento de delitos.

**A) La potestad exclusivamente atribuida a los órganos jurisdiccionales.**

El art. 117.3 CE establece que el ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales.

Este precepto deja abierta la cuestión de en qué consiste, qué es esa potestad jurisdiccional, en qué supuestos es necesario el ejercicio de la misma. La respuesta a esas cuestiones condiciona qué pueda concluirse que la potestad está atribuida con arreglo a la Constitución.

Sintetizo ahora el razonamiento que, para determinar la naturaleza de la potestad jurisdiccional, desarrollé más ampliamente en *Aproximación al concepto de potestad jurisdiccional en la Constitución española* (en Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura, 1984-85, núm. 3, págs. 417-453).

1) Esa potestad exclusiva no queda identificada por la simple referencia a su función de actuación del Derecho, entendiéndose por tal la realización en el caso concreto de las reacciones previstas por el ordenamiento para los casos de inobservancia o de riesgo de inobservancia de las normas. En un sistema jurídico que

permite, dentro de ciertos límites, la autotutela administrativa, una potestad sólo identificada por esa función es también propia de la Administración, y, por tanto, no exclusiva de los órganos jurisdiccionales.

2) El art. 106.1 CE, según el cual "Los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican" ofrece un dato decisivo para identificar una potestad exclusiva. Se deduce, en efecto, del precepto que, aunque la Administración pueda estar investida de potestad de actuación del Derecho, solamente los órganos jurisdiccionales tendrán potestad de actuación del derecho de modo definitivo e irrevocable, con eficacia de cosa juzgada, de modo que siempre habrá de existir la posibilidad de que los tribunales controlen una previa actuación del Derecho realizada por la Administración.

3) Si el anterior fuera el único criterio identificador de la potestad jurisdiccional como potestad exclusiva, nada quedaría dicho sobre si, ante un caso en que se requiera la actuación del Derecho, ésta deberá llevarse inmediatamente a cabo por un órgano jurisdiccional, mediante el ejercicio de su exclusiva potestad, o si el legislador ordinario, sin ningún tipo de vinculación constitucional, puede establecer que esos asuntos se sometan a una previa resolución por órganos no jurisdiccionales.

4) Aunque el criterio de la eficacia de cosa juzgada es muy seguro y preciso para identificar la potestad jurisdiccional como potestad exclusiva, la conclusión a la que conduce no es, sin más, aceptable, por dos razones: en primer término, porque se halla en abierta contradicción con el modo tradicional de ejercerse entre nosotros la potestad jurisdiccional en sus manifestaciones civil penal: difícilmente cabe pensar que la Constitución autorice el cambio tan radical de estructuras jurídicas que supondría la posibilidad incondicionada de permitir una previa decisión administrativa en aquellos ámbitos; en segundo lugar porque la CE, a diferencia de otros textos constitucionales, proporciona orientaciones más completas para definir la potestad exclusivamente atribuible a los órganos jurisdiccionales.

En efecto, no puede ser irrelevante para el objetivo que perseguimos que, así como la *Grundgesetz* se limita a proclamar, en su art. 19.4, que "Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial", nuestra Constitución reconozca, por un lado, el derecho de toda persona "a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos" (art. 24.1 CE) y, por otro, la potestad de control de los tribunales sobre la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa" (art. 106.1 CE). Frente a la limitada conclusión que puede extraerse del precepto de la *Grundgesetz*, las disposiciones de la CE permiten pensar que, para el constituyente, ambas regulaciones no se hallan totalmente superpuestas: para unos casos basta la del art. 24. 1; para otros se estableció la segunda como especificación respecto a los derechos e intereses afectados por una previa actuación administrativa, cuya tutela se realiza mediante el control de la legalidad y del sometimiento a sus fines de esa previa actuación.



5) El problema es, pues, determinar bajo qué condiciones la actuación del Derecho, por ser expresión de la potestad jurisdiccional, exclusivamente puede atribuirse a órganos jurisdiccionales, sin que esa función pueda ser cumplida por otros órganos, no jurisdiccionales, ni siquiera con carácter previo y con eficacia no definitiva, ni irrevocable.

6) Una clara y primera respuesta, de acuerdo con la CE, está constituida por la serie de supuestos expresos en la misma en los que, por afectar la actuación del Derecho a derechos fundamentales y libertades públicas, la potestad correspondiente sólo está atribuida a los órganos jurisdiccionales. A estos supuestos se ha hecho referencia en el apartado IV de este trabajo.

7) Otra respuesta, adicional a la anterior y de mayor alcance que ella, la dan los preceptos de la CE que justifican que la actuación del Derecho Penal requiere potestad jurisdiccional.

Efectivamente, en la Constitución existe una correlación entre ejercicio de la potestad jurisdiccional, el proceso, la condena por un delito tipificado con anterioridad y la pena, que se deduce de los arts. 117.3, 24.2 y 25.2 CE: la potestad jurisdiccional se ejercita en el proceso (art. 117.3), alguna de cuyas garantías se formulan por la Constitución de modo literal con relación al proceso penal (art. 24.2), en el cual una persona puede ser *condenada* por una acción u omisión que constituyera *delito o falta* según la legislación vigente en el momento de cometerse (art. 25. 1). A esa correlación se enfrenta la que el propio art. 25.1 CE establece, con precisa terminología, entre infracción administrativa y sanción (no penal), la cual -en virtud de la propia contraposición que expresa el texto constitucional- hay que entender que puede imponerla la Administración tras un procedimiento administrativo. Lo que se concluye -básicamente del art. 25.1 CE y de que el término condena no puede entenderse más que como consecuencia de una actividad jurisdiccional- es que la infracción que formalmente sea delito o falta sólo puede ser castigada mediante el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

Además de esta reserva a la exclusividad jurisdiccional de la actuación de lo que formalmente constituye Derecho Penal, el art. 25.3 CE contribuye a la delimitación material del Derecho Penal, al establecer que la privación de libertad no puede imponerse como sanción por la Administración civil.

8) Con el carácter más general, la respuesta viene a darla el propio -art. 117.3 CE, al definir la potestad jurisdiccional como una potestad que se ejerce "juzgando", lo que significa actuando el Derecho no -según hace la Administración- como autotutela, en situaciones jurídicas de las que ella misma es sujeto, sino respecto a situaciones jurídicas de otros.

La consecuencia de esta argumentación para nuestro asunto es que no sólo en los supuestos señalados en el punto 6, de acuerdo con la CE, la potestad de actuar el Derecho está atribuida a los órganos jurisdiccionales, sino que también corresponde a los órganos jurisdiccionales, sólo a ellos y a nadie antes ni fuera de ellos, la actuación del Derecho mencionada en los puntos 7 y 8.



**B) Los supuestos de afectación de derechos fundamentales** (y de derechos de otra naturaleza) que hemos considerado en el apartado IV no representan, ciertamente, actuación del Derecho como resultado final de un proceso. Son elementos instrumentales de la actividad para la actuación del Derecho, específicamente del Derecho Penal. Son instrumentales, además, en sentidos muy diversos: desde la específica instrumentalidad de las medidas cautelares -próxima a la cual está la de las medidas que hemos denominado preventivas-, hasta la instrumentalidad más genérica de las medidas cuyo fin es posibilitar la actividad de investigación y de prueba necesaria para la actuación de la ley penal.

Esta consideración nos aproxima al problema teórico (al que la doctrina española dedicó, en algún momento, cierta atención: BALLBE, M., *La esencia del proceso*, RGLJ, 1947, págs. 42-46, SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Jurisdicción*, en "Estudios de Derecho Procesal", Barcelona, 1969, págs. 39-40) de si las potestades de dirección del proceso (en el sentido más amplio de estos términos) tienen o no naturaleza jurisdiccional, dado que, a diferencia de lo que ocurre con la *res de qua agitur*, el órgano jurisdiccional no es ajeno a la relación jurídica procesal cuyo desarrollo dirige. Según el sentido de la respuesta podrán extraerse conclusiones diferentes acerca de la atribución exclusiva a los jueces de esas potestades de dirección.

Sobre este problema mi posición es la siguiente.

El proceso como actividad jurídica realizada con intervención (más preciso: bajo presidencia y dirección) judicial es algo que viene impuesto por la propia Constitución. El art. 117.3 CE no permite que la potestad jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado pueda ejercitarse de cualquier modo, sino que somete su ejercicio a las normas de procedimiento que las leyes establezcan. E incluso la regulación legal del procedimiento específicamente judicial no es indiferente al legislador constitucional, que establece normas tanto respecto a la forma del mismo (art. 120 CE), como respecto a los derechos de las partes (art. 24.1 y 2 CE) y los poderes del juez (art. 118 CE).

Considero, en consecuencia, que la tesis de que las potestades del órgano jurisdiccional en la relación jurídica procesal no son jurisdiccionales o son, de algún modo, "menos" jurisdiccionales, está llamada a permanecer en un plano puramente teórico y no puede tener ninguna incidencia en el Derecho positivo, porque el ordenamiento constitucional impide que esas potestades le sean sustraídas al órgano jurisdiccional.

**C) La conclusión última de este planteamiento es la siguiente:** no sólo corresponde exclusivamente a los órganos jurisdiccionales adoptar las medidas restrictivas de derechos fundamentales, con carácter instrumental de las actividades de investigación y persecución de delitos, en aquellos supuestos que específicamente dispone la CE, sino que también corresponde a esos órganos en exclusiva la dirección de la actividad y, dentro de ella, la adopción de medidas restrictivas de derechos de cualquier naturaleza, desde el momento en que deba entenderse iniciado un proceso penal.

Lo decisivo es, pues, determinar el supuesto de la constitución de un proceso penal, en el sentido de iniciación de la existencia jurídica del mismo. Concurrente ese

supuesto, las potestades de dirección -que comprenden las de adoptar medidas restrictivas de derechos- sólo pueden estar atribuidas a un órgano jurisdiccional, con la salvedad, que luego trataremos, de las competencias excepcionales a prevención.

Es indiscutible la existencia de proceso penal desde que se pide que se abra juicio oral para conocer de una determinada acusación. Podría, en cambio, cuestionarse que tuviera esa naturaleza jurídica de proceso el conjunto de actividades que preceden (y preparan) aquella apertura. Pero esta cuestión ha de ser resuelta con arreglo a los datos de Derecho positivo que ofrezca un ordenamiento jurídico dado.

En concreto, en Derecho español, ese conjunto de actividades es prioritariamente judicial, su dirección corresponde a un juez.

Esta regla no tiene excepción ninguna en el ámbito de aplicación del proceso ordinario, a pesar de las actuaciones a prevención que puede realizar la policía y el Ministerio Fiscal, actuaciones que no forman parte del sumario. Establece directamente esa regla el art. 303 LECrim, según el cual "La formación del sumario, ya empiece de oficio, ya a instancia de parte, corresponderá a los Jueces de Instrucción por los delitos que se cometan dentro de, su partido...". Pero son incluso más significativas -para demostrar la regla enunciada- las normas que se han establecido en el proceso abreviado para dar especial eficacia a la investigación del Ministerio fiscal (art. 789.3); la ausencia de esas normas en el proceso ordinario demuestra que sólo en actos de investigación judiciales pueden fundarse las resoluciones propias de esta fase.

En el proceso abreviado el procedimiento preliminar puede ser judicial o estar atribuida su realización (salvo determinados actos) al Ministerio fiscal (arts. 785 bis, 789.3 y 790.1 y 2). Pero incluso en el régimen del proceso abreviado el procedimiento preliminar judicial (diligencias previas) es prioritario, porque el Fiscal deberá cesar "en sus diligencias tan pronto como tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hecho" (art. 785 bis.3).

El conocimiento de hechos que tengan apariencia de delito es constitutivo de la potestad de un órgano jurisdiccional de iniciar el procedimiento preliminar penal que sea adecuado, según el estado de conocimiento existente en ese momento. Ello puede ocurrir directamente, si la *notitia criminis* llega de modo inmediato, al órgano jurisdiccional penal. Indirectamente, si la *notitia criminis* llega a la policía, porque ésta tiene el deber legal de deferir el asunto al órgano jurisdiccional cuando éste lo requiera (art. 286 LECrim) y, en todo caso, cuando concluya la práctica de las diligencias de prevención (arts. 284 y 13 LECrim). Este deber de remitir el atestado al juez de instrucción, continúa establecido en el ámbito de aplicación del proceso abreviado (art. 789.1 LECrim), a pesar de la configuración de un procedimiento preliminar dirigido por el Ministerio Fiscal. Se hace, en consecuencia, más probable el supuesto de extinción de este último procedimiento previsto por el art. 785.3 LECrim.

En una eventual reforma legislativa podría ser modificado el supuesto constitutivo de la iniciación del procedimiento judicial, en caso de apariencia de delito, y encomendarse la dirección de parte de las actividades previas a un órgano no jurisdiccional. Este órgano podría, entonces sí, ser investido de poderes de adopción de medidas restrictivas de derechos sin más limitación que la de los preceptos constitucionales que específicamente reservan a los jueces esos poderes respecto a determinados derechos fundamentales (GONZÁLEZ-CUELLAR. SERRANO, *Proporcionalidad*, págs. 123-130). Debe apuntarse, no obstante, que no siempre la

atribución del poder de dirección del procedimiento preliminar comporta la de poderes de adoptar medidas restrictivas de derechos (este último paso no se dio en la reforma de la LECrim por LO 7/1988, de 28 de diciembre, a pesar de que estaba previsto en el anteproyecto: ORTELLS RAMOS, *Nuevos poderes para el Ministerio Fiscal*, págs. 245-246).

#### **D) Sobre las competencias excepcionales por razón de urgencia y de flagrancia del delito.**

Junto a la atribución ordinaria de los poderes para adoptar medidas restrictivas de derechos fundamentales y de derechos de otra naturaleza, los ordenamientos prevén situaciones de hecho extremas que hacen exigible la actuación de cualquier agente u órgano del poder público, aunque no sea el titular de aquella atribución ordinaria. En efecto, vimos en el apartado anterior competencias excepcionales reconocidas a órganos no jurisdiccionales en casos de flagrancia del delito, urgencia de actuar frente al riesgo de perjuicio para los fines de la investigación, actuaciones o diligencias a prevención.

Son convenientes al respecto algunas consideraciones generales.

1) Si el derecho afectado es un derecho fundamental cuya restricción está reservada por la Constitución exclusivamente a los órganos jurisdiccionales, el reconocimiento por las leyes ordinarias de competencias excepcionales a otra clase de órganos ha de estar previsto en la CE y no ha de exceder los límites de tal previsión (GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad*, pág. 129).

La flagrancia delictiva autoriza a cualquier órgano del poder público a restringir la inviolabilidad de domicilio (art. 18.2 CE), pero no el secreto de las comunicaciones, ni la libre difusión de medios de información, ni el derecho de asociación. Pero la inviolabilidad de domicilio sólo es restringible por un juez, aunque medie extrema urgencia en practicarla para evitar la frustración de sus resultados.

La STC 341/1993, Pleno, 18 de noviembre, BOE 10 de diciembre, tras criticar la imprecisión de una norma que trataba de fijar legalmente el supuesto de flagrancia, y afectaba con ello a la extensión de la garantía jurisdiccional establecida en el art. 1.8.2 CE, indica: "La interpretación y aplicación legislativa de los conceptos constitucionales definidores de ámbitos de libertad o de inmunidad es tarea en extremo delicada, en la que no puede el legislador disminuir o relativizar el rigor de los enunciados constitucionales que establecen garantías de los derechos ni crear márgenes de incertidumbre sobre su modo de afectación. Ello es no sólo inconciliable con la idea misma de garantía constitucional, sino contradictorio, incluso, con la única razón de ser -muy plausible en sí- de estas ordenaciones legales, que no es otra que la de procurar una mayor certeza y precisión en cuanto a los límites que enmarcan la actuación del poder público, también cuando este poder cumple, claro está, el "deber estatal de perseguir eficazmente el delito" (STC 41/1982, Fundamento Jurídico 2.º). La eficacia en la persecución de un delito, cuya legitimidad es incuestionable, no puede imponerse, sin embargo, a costa de los derechos y libertades fundamentales".

2) Si han de ser afectados derechos distintos a los del punto 1 de este apartado es necesaria norma con rango de ley formal que atribuya a la policía y/o al Ministerio Fiscal la competencia excepcional correspondiente. Diversas normas de esta clase han sido citadas en el apartado IV.

3) Los supuestos habilitantes de estas competencias excepcionales tienen diferente configuración.

La flagrancia del delito requiere percepción de la comisión del delito en su totalidad o en la inmediata terminación de la acción delictiva. A ello se une la urgencia en actuar para evitar la consumación, la huida del responsable o la desaparición de elementos de convicción (STC 341/1993, Fundamento Jurídico 8.º B).

Si el presupuesto es simplemente la urgencia en actuar, ésta puede venir dada por cualquier circunstancia que ponga en peligro el resultado de una actuación de no realizarse inmediatamente. Es un supuesto más genérico que la flagrancia, porque en ésta lo que justifica la inmediata actuación es, precisamente, que la comisión del delito va a terminar con la subsiguiente eliminación de rastros y huida del responsable:

4) Se ha apuntado con razón que el establecimiento de estas competencias excepcionales tiende a generar una práctica expansiva en cuanto al ejercicio de las mismas (ASENCIO, *Prueba prohibida*, pág. 94; ORTELLS, *Nuevos poderes para el Ministerio Fiscal*, pág. 258). Para contrarrestar esa tendencia debería quedar claro que el titular de la competencia ordinaria puede revisar los actos realizados a prevención para reconocerles eficacia jurídica o denegársela.

5) Es ciertamente una técnica distinta a la del reconocimiento de competencias excepcionales, aunque conduce a resultados prácticos similares, la articulación entre el procedimiento administrativo sancionador y el proceso penal sobre los mismos hechos, establecida en el art. 32 Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana: las medidas precautorias adoptadas en el procedimiento sancionador (art. 36 ley citada), aunque éste quede en suspenso hasta la resolución penal firme, se mantienen en vigor mientras el órgano jurisdiccional no les revoque o modifique (art. 32.3 ley citada).

#### VI. ÁMBITOS VEDADOS A LA INJERENCIA JURISDICCIONAL: DERECHOS Y DEBERES DE SECRETO FRENTE A LAS ACTIVIDADES DE INVESTIGACIÓN Y PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

El segundo de los temas de la ponencia lo trato con la acotación que anuncié al final del apartado I: frente a la potestad jurisdiccional -de tan elevado valor en el sistema constitucional que sólo a ella se le reserva la posible restricción de derechos fundamentales- ¿pueden existir, en las actividades de investigación y prueba del proceso penal, derechos e incluso deberes de secreto?.

Debe recordarse, de entrada, que la potestad jurisdiccional debe ejercerse "según las normas de competencia y de procedimiento que las mismas (las leyes) establezcan" (art. 117.3 CE).

Entre esas normas de procedimiento están precisamente las que regulan los actos de investigación y de prueba,

Aunque sea una obviedad, es conveniente dejar sentado que esa investigación (en el procedimiento preliminar o instrucción previa) y esa prueba son actividades jurídicas y, por ello, es consustancial a las mismas estar sometidas a una ordenación, que supone establecer limitaciones y condicionamientos y también, por consiguiente, la posibilidad de valoraciones, positivas o negativas sobre la eficacia jurídica de la actividad realizada, sin que importen solamente unos efectos de mero hecho de haber contribuido a la formación de la convicción.

Sintetiza la STC 64/1986, de 21 de mayo, que "El derecho probatorio es de configuración legal, como hemos señalado cuando ha sido necesario puntualizar el derecho que también reconoce el art. 24 a las pruebas pertinentes. A su legalidad habrá que atenerse para enjuiciar la corrección de la acción de los tribunales, si la legitimidad constitucional del ordenamiento legal no está puesta en duda".

Y el Auto del Tribunal Supremo 18 junio 1992, RJA 1992/6102, afirma que: "...en un Estado de Derecho como el nuestro, corresponde a los jueces penales descubrir la verdad sólo a través de los procedimientos legalmente establecidos conforme a la Constitución y en función de ella interpretados así como de los correspondientes instrumentos internacionales' y no de otros medios no ajustados a la legalidad por mucho y noble que pueda ser el interés de descubrir la verdad histórica o real".

Es, en consecuencia, posible (y efectivamente ocurre) que la ley establezca derechos y hasta deberes de secreto (de no declarar conocimientos sobre hechos y de no dar información acerca de ellos), que suponen una limitación a que el órgano jurisdiccional pueda adquirir esos conocimientos de la persona fuente de prueba titular de aquellos derechos o sujeta a aquellos deberes.

En la doctrina española falta un estudio sistemático y de conjunto, aunque aspectos parciales han merecido mayor atención. Lo que sigue es sólo una aproximación al tema.

#### **A) No existe un deber de declarar sobre uno mismo y en contra de uno mismo.**

No existe un deber de declarar sobre uno mismo y en contra de uno mismo, más bien existe, como derecho fundamental (art. 24.2 CE), un derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

Ese derecho (aquel inexistente deber) comprende no sólo la declaración person4- sino también que no pueda imponerse a su titular un deber, de algún modo sancionado, de aportar él mismo documento cuyo contenido implique efectos equivalentes a la declaración desfavorable.

Sin embargo, el titular de este derecho sí que está sujeto, contra su voluntad y prescindiendo de ella, a que el órgano competente, mediante el procedimiento debido (p. ej. intervención de comunicaciones, entrada y registro, "cacheo"), pueda obtenerlos documentos y objetos de interés para la investigación y prueba y a la injerencia, con ese fin, en su círculo propio.



Cabría plantear si existe un último reducto de la intimidad personal absolutamente intangible, incluso frente a las técnicas indicadas en el último párrafo. La respuesta afirmativa es difícil. La STC 37/1989, Sala U, 15 de febrero, BOE 2 de marzo, sostuvo que frente a la pesquisa judicial legítimamente ordenada no es oponible..., "secreto alguno que, dentro del domicilio investigado, importe a las actuaciones judiciales en curso". De reconocerse ese último reducto probablemente comprendería las manifestaciones realizadas para uno mismo (diario íntimo) o para un círculo íntimo sobre la religión, ideología y creencias (art. 16.2 CE).

### **B) Supuestos de inexistencia de un deber de declarar acerca de hechos de otro y eventualmente contra él.**

Son excepciones, de diverso alcance, al deber general de declarar como testigo (art. 410 LECrim). En los mismos supuestos, a mi juicio, se exime también del deber sancionable de exhibir "los objetos y papeles que se sospeche puedan tener relación con la causa" (art. 575 LECrim), sin perjuicio de lo que luego puntualizaré acerca de la sujeción a medidas coercitivas para obtener tales objetos y papeles.

Los supuestos aquí comprendidos son diversos:

1) El derecho de las personas unidas al imputado por la relación de parentesco prevista en el art. 416. V LECrim, a no declarar como testigos contra aquél, de lo que deberán ser previamente advertidos por el juez de instrucción, que ordenará documentar la respuesta que den a esta advertencia.

Ésta es, en la actualidad, la regulación legal prevista en el último párrafo del art. 24 CE. El derecho a no declarar por razón de parentesco puede entenderse que se halla en estrecha relación con el derecho fundamental a la intimidad familiar (art. 18.1 CE). La infracción de aquel derecho, por omisión de la advertencia de que ese derecho se ostenta y por requerimiento ordinario de la declaración testifical, tal vez puede suponer prueba obtenida con violación de derecho fundamental (art. 11. 1 LOPJ).

2) El derecho a no declarar como testigos de las personas a las que se refiere el art. 411 LECrim, que tiene, en cuanto a su alcance objetivo, una amplitud absoluta.

3) El derecho de los eclesiásticos y ministros de confesiones religiosas a no declarar como testigos respecto de los hechos que les hubieran sido revelados en el ejercicio de las funciones de su ministerio (art. 417. 1.º LECrim).

El fundamento de este derecho a mantener secreto que, desde el punto de vista del ordenamiento propio de la confesión religiosa puede ser un deber, pero que bajo el Derecho estatal y en el proceso penal sólo es un derecho, puede radicar en la protección de la intimidad personal (confiadamente desvelada en esta clase de relación) o de la libertad religiosa y de culto de los individuos y comunidades (art. 16.1 CE).

En los supuestos del número 1 los titulares del derecho al secreto están sujetos a las medidas coercitivas que se decreten para la obtención, sin la colaboración de

aquellas personas, de documentos y objetos relevantes para la investigación y la prueba. Tal vez este tratamiento sea adecuado también a los supuestos del número 3.

Pero indiscutiblemente no puede aplicarse en los supuestos del número 2. La inviolabilidad de la persona del Rey (art. 56.3 CE), el régimen de entrada y registro en los palacios reales (que depende en absoluto de la licencia real o del funcionario competente: arts. 555 y 556 LEcrim) y el régimen de la inmunidad de las representaciones de Estados extranjeros y organizaciones internacionales y supranacionales, excluyen la posibilidad de aplicar medidas coercitivas.

**C) Supuestos en que existe un deber de no declarar lo que se conoce sobre ciertos hechos.**

Supuestos en que existe un deber de no declarar lo que se conoce sobre ciertos hechos, determinándose la extensión objetiva del secreto por el modo de obtención del conocimiento, por la naturaleza de los datos conocidos, etc.

La distinción con los supuestos del apartado anterior consiste en que no sólo existe un derecho a no declarar, que exime del deber general contrario, sino que se establece un deber de no declarar, de no proporcionar información.

Entre estos supuestos se hallan los deberes de secreto profesional, que tal vez comprenden los más específicos de profesionales oficiales y de funcionarios públicos, cuyo régimen por falta de claridad en muchos aspectos, dista de ser satisfactorio (en general puede verse MICHAVILA NÚÑEZ, J.M.<sup>a</sup>, *El derecho a secreto profesional y el art. 24 de la Constitución: una visión unitaria de la institución*, en "Estudios sobre la Constitución española, homenaje al prof. GARCÍA DE ENTERRÍA", II, Madrid, 1991, págs. 1415-1433)., También se encuadran aquí los secretos oficiales que por su especial interés trataremos en apartado distinto.

Considero unos supuestos específicos de secreto profesional y concluyo con una consideración general que permita valorar adecuadamente las abundantísimas normas que imponen deberes de reserva y sigilo.

1) El régimen del secreto profesional de abogados y procuradores es paradigmático en muchos sentidos. El deber queda establecido, con definición de su alcance objetivo y con carácter ¡limitado en lo subjetivo, por normas con rango de ley formal (arts. 437.2 y 438.2 LOPJ), tal como requiere el art. 24.2, párr. II CE. Establecido como deber, desaparece la ambigüedad de simple derecho a no declarar.

Este deber es imprescindible para la efectividad de varios derechos fundamentales reconocidos en el art. 24.2 CE. La obtención de resultados de investigación y de prueba con afectación ¡lícita de ese deber (y del simultáneo derecho) puede incurrir por ello en la ineficacia prevista por el art. 11. 1 LOPJ.

2) Un deber de secreto profesional igualmente bien perfilado y establecido por norma del rango necesario, es el que afecta al personal de los servicios estadísticos respecto de aquellos datos determinados cubiertos por el denominado secreto estadístico (arts. 13 al 19 de la Ley 12/1989, de 9 de mayo, reguladora de la función estadística pública).

3) Otros deberes de secreto profesional, algunos muy arraigados en la conciencia social como el de los médicos (tres artículos de cierto interés sobre el tema de debate "Secreto médico y acción de los jueces" se publicaron en EL PAIS, 11 enero 1996), tienen un fundamento débil por insuficiencia de rango de las normas que los establecen, o, debidamente analizado el alcance de los mismos, no subsiste el deber de secreto frente al órgano jurisdiccional en las actividades de investigación y prueba de un proceso penal.

Sin posibilidad de estudiar ahora específicamente las diversas normas rectoras del secreto profesional, sí que deben explicitarse dos directrices seguras para el buen resultado de ese estudio.

En primer término, habida cuenta de que el deber de declarar todo lo que se conozca si se es citado a testificar, se halla establecido por ley, se requiere ley formal para eximir de ese deber y para imponer el deber contrario.

En segundo término, existente la norma legal su interpretación debe perseguir precisar el alcance del deber de secreto establecido, en un sentido objetivo (¿qué es secreto?) y en un sentido subjetivo (¿frente a quién es secreto?). La conclusión de la interpretación podrá ser que conocimientos e informaciones que son secretos frente al público en general, frente a determinadas unidades de una Administración, o frente a determinadas (o todas las) Administraciones Públicas, no lo son, en cambio, frente a las Cámaras Legislativas, otros poderes públicos, o frente a los órganos jurisdiccionales, de cualquier orden o tal vez sólo del orden jurisdiccional penal.

#### **D) Referencias a los secretos oficiales**

Un deber de secreto establecido por la ley formal (Ley 9/1968, de 5 de abril, reguladora de secretos oficiales, modificada por Ley 48/1978, de 7 de octubre) de alcance definido con bastante precisión, es el deber de secreto oficial.

El secreto oficial alcanza objetivamente a las materias así declaradas por Ley (art. 1.2 Ley citada) y a las "materias clasificadas" que son aquellos asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos así declarados por el órgano competente (Consejo de Ministros y Junta de Jefes de Estado Mayor -art. 4-) por entender que su conocimiento por personas no autorizadas puede dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado (art. 2). La competencia de clasificación no es transferible, ni delegable (art. 5) y la de cancelar la clasificación corresponde al órgano que clasificó (art. 7).

El carácter de secreto oficial tienen los efectos de: 1) exclusión de conocimiento salvo por personas debidamente facultadas y en el modo establecido (art. 8.A); 2) Prohibición de acceso y limitación de circulación a personas no autorizadas en los espacios en que radiquen las materias secretas (art. 8.B); 3) prohibición de ser comunicadas tales materias y utilizado su contenido fuera de los límites establecidos por la Ley (art. 13).

Fuera de la estructura organizativa que gestiona materias constitutivas de secreto oficial, sólo pueden acceder al conocimiento de las "materias clasificadas" el Congreso de Diputados y el Senado en la forma prescrita por sus reglamentos y en sesión secreta (art. 10.2), el Defensor del Pueblo en los términos del art. 22 de su Ley

reguladora y, por tanto, con sumisión a la decisión discrecional del Gobierno, y tal vez el Tribunal Constitucional, si se entiende que el art. 88.2 LOTC reconoce implícitamente una potestad o una autorización de acceso.

No existe, en consecuencia, ni potestad ni autorización de acceso a materias constitutivas de secreto oficial para los órganos jurisdiccionales. Distinta es, como es obvio, la situación si ha sido cancelada por el órgano competente la declaración de "materia clasificada", cancelación que puede producirse a instancia del órgano jurisdiccional.

El debate, procesal y de opinión pública, en torno a un caso reciente y notorio de aplicación de estas normas, hace conveniente que avance unas consideraciones provisionales, pero relativas a los puntos clave.

1) Es, sin duda, un punto clave en el conflicto de jurisdicción resuelto por sentencia del Tribunal de Conflictos de 14 de diciembre de 1995, el de si el procedimiento de conflicto era el adecuado para decidir la discordancia entre el Juzgado y el Ministro respecto al acceso por el primero a determinado material.

En el auto del Tribunal y en las alegaciones precedentes se aportaran argumentos convincentes para una respuesta afirmativa. Yo añadiría una consideración.

El sistema de conflictos jurisdiccionales es un elemento complementario de la autotutela administrativa. No conduce a la exclusión del ejercicio de la potestad jurisdiccional, sino sólo a diferir su ejercicio a un momento en que la Administración ya haya ejercitado sus potestades propias.

¿Qué ocurriría ante una eventual denegación de la instancia de cancelar la clasificación de reservadas de determinadas materias?

La reforma de 1978 de la Ley de Secretos Oficiales de 1968 derogó el apartado 2 del art. 10 de la Ley, que excluía expresamente de la jurisdicción contencioso-administrativa "las cuestiones que se susciten en relación con las calificaciones a que se refiere esta Ley". Aun así ¿no sería aplicable a esta materia la calificación, correcta, de acto político del Gobierno con la consiguiente aplicación del art. 2.6 LJCA? Presupuesto que fuera admisible un pronunciamiento sobre el fondo: ¿alcanzan los poderes jurisdiccionales de control de la discrecionalidad administrativa, (pero ¿hay aquí discrecionalidad administrativa?) a revisar el juicio presupuesto por el art. 2 de la Ley de Secretos Oficiales? Previamente ¿No se produciría el absurdo de necesitar cancelar la clasificación para juzgar si la clasificación era o no conforme a Derecho?

2) Otro punto clave es la cuestión de fondo de la potestad o autorización del juez de acceso a las materias constitutivas de secreto oficial.

Esta cuestión debe analizarse en dos planos: en el de la legalidad y en el de la constitucionalidad.

En el primero, la respuesta negativa es impecable porque el deber de colaboración con los órganos jurisdiccionales en el proceso es un deber a cumplir de acuerdo con la ley (art. 117.3 CE y 17.1 LOPJ) y ya se ha visto poco antes lo preceptuado para esto en materia de secretos oficiales.

En el plano de la constitucionalidad una eventual denegación de la desclasificación por parte del Consejo de Ministros, debería contrastarse con el "derecho a la prueba pertinente" (art. 24.2), de dudoso éxito en el amparo puesto que el fracaso de la específica proposición probatoria estaría justificado por una limitación legal razonable.

3) Tercera y última consideración. Es también cierto que si se produjera una infracción del secreto oficial y las materias correspondientes se integraran en las actuaciones, no cabría sostener que utilizar ese material para fundar la sentencia diera lugar a las consecuencias previstas por el art. 11.1 LOPJ. No se olvide que la ineficacia procesal (la ineficacia probatoria) de la prueba ilícitamente obtenida sólo se da cuando la ilicitud ha consistido en violar un derecho fundamental.



Manuel Ortells Ramos

**DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA TUTELA  
JUDICIAL CAUTELAR EN MATERIAS NO PENALES (1981-1996)<sup>(\*)</sup>**

MANUEL ORTELLS RAMOS  
Catedrático de Derecho Procesal  
Universitat de València

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. EL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA TUTELA JUDICIAL CAUTELAR.- III. LÍMITES CONSTITUCIONALES A LA CONFIGURACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES DESDE LA PERSPECTIVA DEL SUJETO PASIVO DE LAS MISMAS.- IV. CONDICIONAMIENTOS CONSTITUCIONALES RESPECTO AL PROCEDIMIENTO PARA LA RESOLUCIÓN SOBRE LAS MEDIDAS CAUTELARES Y SU EJECUCIÓN.- V. CONCLUSIONES Y PROBLEMAS ABIERTOS.

## I. INTRODUCCIÓN.

El Tribunal Constitucional se ha ocupado muy profusamente de las medidas cautelares en el proceso penal y ha formado respecto a las mismas un cuerpo doctrinal importante<sup>1</sup>. Como fácilmente se explica, la amplitud de esta doctrina se debe a que las medidas cautelares en materias penales afectan, por lo general, de manera directa a derechos fundamentales.

Pero el Tribunal Constitucional ha tenido también oportunidad de tratar la tutela judicial cautelar respecto a procesos no penales. Su doctrina al respecto ha alcanzado un desarrollo suficiente. Este trabajo pretende hacer una revisión de las resoluciones que han formado esa doctrina, consideradas en su conjunto<sup>2</sup>.

De entrada este trabajo reflejará, con cierta amplitud, las razones aducidas para la decisión de los casos sometidos al Tribunal, pero las realmente substanciales, prescindiendo de argumentos colaterales irrelevantes.

De esa exposición derivará información acerca de cómo comprende el Tribunal Constitucional la tutela judicial cautelar. Pero el objetivo del trabajo es principalmente otro: determinar qué aspectos del régimen legal de la tutela cautelar tienen relevancia constitucional y, como ésta puede ser variada, qué clase de relevancia tienen los diferentes aspectos. Se trata de verificar si la tutela judicial cautelar tiene fundamento constitucional o es simplemente fruto de la libertad de configuración normativa del legislador ordinario, específicamente si, y en qué medida, forma parte del contenido esencial de un derecho fundamental -por las perspectivas que esto abre para la protección mediante amparo-, y se trata, por fin, de considerar los límites y condicionamientos constitucionales a la libertad de configuración normativa de la tutela cautelar.

---

<sup>1</sup> Puede verse con utilidad la exposición de TORRES-DULCE LIFANTE, E., «Libertad, detención, prisión y habeas corpus en la doctrina del Tribunal Constitucional», en *Seminario sobre detención y prisión provisional*, Santiago, 1996, pp. 235-294.

<sup>2</sup> Entre los estudios sobre algunas de las resoluciones del TC sobre la materia pueden citarse los siguientes: CALDERÓN CUADRADO, M.P., «Tutela anticipatoria, procesos sumarios y medidas cautelares (Con ocasión de la sentencia del Tribunal Constitucional 210/1993 de 28 de junio)», *La Ley*, 1995, número 3800, pp. 1-6; CHINCHILLA MARÍN, C., «El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales», en *RAP*, número 131, mayo-agosto, 1993, pp. 167-189; BAYLOS, A., «Sobre la suspensión de los actos de imposición de servicios mínimos en casos de huelga (Comentario a la STC 148/1993, de 29 de abril)», en *Revista de Derecho Privado y Constitución*, número 1, 1993, págs. 289-3310; MARÍN PAGEO, E., «Notas en torno a la contracautela en el proceso civil, como manifestación del derecho a la tutela efectiva. Su presunta colisión con el artículo 14 de la Constitución», en *La Ley*, 1988-III, pp. 855-862.

## II. EL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA TUTELA JUDICIAL CAUTELAR.

La primera cuestión que cabe plantearse es si el establecimiento por el legislador de regímenes de tutela judicial cautelar se debe absolutamente a su libertad de configuración normativa o responde, en alguna medida, a la imposición de alguna norma constitucional.

Si el segundo término de la alternativa fuera el correcto y si la norma constitucional fuera una de las que reconocen derechos fundamentales, hay que preguntarse, a la vista de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, en qué casos ha entendido este Tribunal que un juez ordinario ha violado el derecho a obtener tutela cautelar, y, también, qué ha entendido el Tribunal Constitucional que podía revisar del enjuiciamiento del juez ordinario como paso para apreciar aquella violación.

Con estos focos de atención vamos a analizar las resoluciones del Tribunal que han versado sobre estas cuestiones.

A) El recurso de amparo resuelto por la **STC (Sala 2ª) 66/1984, de 6 de junio (BOE 19 de junio de 1984)**, plantea directamente que es contrario a la presunción de inocencia que la interposición del recurso contencioso-administrativo no provoque por sí misma, y a la simple petición del recurrente, la suspensión de la ejecución del acto impugnado, si éste consiste en la imposición de sanciones -en el caso, de multas previstas en el régimen jurídico de viviendas de protección oficial-. Según el recurrente una reinterpretación de los artículos de la LJCA relativos a la suspensión del acto impugnado debía conducir en esta clase de supuestos a la suspensión automática.

El TC rechaza el planteamiento porque *“la propia legitimidad de la potestad sancionadora, y la sujeción a un procedimiento contradictorio, abierto al juego de la prueba..., excluye toda idea de confrontación con la presunción de inocencia”*. Dice esto, no obstante, después de una imprecisa salvedad referida a un *“campo sancionador no diferenciado cualitativamente de las sanciones punitivas”*. Es interesante hacer una hipótesis sobre el significado de esa salvedad: tal vez el Tribunal ha querido insinuar que si nos halláramos en ese otro *“campo sancionador”*, para que no hubiera confrontación con el derecho a la presunción de inocencia, sería exigible precisamente algún fundamento razonable -cautelar o de otra índole- para la pretensión de inmediata ejecutividad de la sanción por parte de la Administración y no tanto para excluirla.

Abandonado, sin embargo, el anterior camino, el TC enfoca la cuestión desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, que podría entenderse violado si la denegación de la suspensión *“cerrara, por uno u otro camino, la defensa jurisdiccional del sancionado”*. Considerada la cuestión en esos términos -y tras reiterar la advertencia de estar tratando del tema de sanciones en relaciones de sujeción especial- *“estando abierto el control judicial, por la vía incidental con ocasión de la impugnación del acto, de modo que se garantice la valoración de los intereses comprometidos por la ejecutividad, o por la suspensión, intereses que son, junto a los de las partes en eventual litigio, los intereses generales, y a la técnica preventiva que es propia de lo pendiente de decisión judicial, el contenido esencial del derecho a la*

*tutela judicial efectiva no padece*". Este derecho se satisface "*facilitando que la ejecución pueda ser sometida a la decisión de un tribunal y que éste, con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión*". Sin embargo no es indiferente al contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva la regla de derecho que rija esa resolución, ni el modo de aplicarla; el TC -no para el caso concreto, si no como doctrina- entiende que ese derecho podría ser violado si la no suspensión implica "*para las hipótesis estimatorias del recurso, difíciles fórmulas reintegrativas*" o permite "*situaciones irreversibles*" o genera "*de una u otra forma limitaciones carentes de justificación respecto al acceso a la jurisdicción*". Cabe concluir, pues, que el derecho a la tutela judicial efectiva no sólo impone la posibilidad de obtener un pronunciamiento jurisdiccional sobre medidas cautelares, sino también un régimen de éstas y una aplicación del mismo que permita evitar estas consecuencias acabadas de apuntar.

**B) La STC (Pleno) 115/1987, de 7 de julio (BOE 29 de julio de 1987),** decide un recurso de inconstitucionalidad referido, entre otros, al artículo 34 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, según el cual "en ningún caso podrá acordarse la suspensión de las resoluciones administrativas adoptadas de conformidad con lo establecido en la presente Ley". Era pues ineludible entrar en las exigencias constitucionales para la configuración legal de la medida cautelar de suspensión. Se echa en falta una mejor argumentación de la doctrina, pero ésta es muy clara. El derecho a la tutela judicial efectiva no impone que si se impugna jurisdiccionalmente un acto administrativo deba producirse siempre la suspensión de su ejecución, pero, prevista legalmente la posibilidad de esa suspensión "*para la protección de los derechos fundamentales*" - referencia restrictiva que también contribuye a oscurecer el alcance de la doctrina de esta sentencia-, lo anterior no quiere decir que "*la supresión de esa posibilidad de suspensión para ciertos casos o grupos de personas no afecte a este derecho a la tutela judicial efectiva, al margen de que también pueda afectar al derecho a la igualdad del artículo 14 de la Constitución*". Formulando en términos positivos esta última tesis el TC recuerda, en primer lugar, la igualdad de españoles y extranjeros respecto al derecho a la tutela judicial efectiva y, por tanto, respecto a las garantías judiciales de los derechos fundamentales, alude luego a las restricciones previstas para estos derechos en la ley enjuiciada y a la necesidad de que se reduzca al mínimo el riesgo de aplicación arbitraria de la misma. Siendo así que debe ser alcanzado este último objetivo, "*no es posible eliminar para todos los casos la facultad judicial de declarar la suspensión del acto si el juzgador comprueba que tal medida (scilicet: la inmediata ejecución del acto) no se adecua a la necesidad de salvaguardar los intereses generales*". Por otro lado, si esta facultad judicial está reconocida, resulta también posible salvaguardar los intereses protegidos por la no suspensión; la garantía opera "*mediante el uso por el Tribunal competente de las facultades de valoración de los intereses en juego*", en la cual valoración también son considerados y tienen opción a ser protegidos los intereses favorecidos por la no suspensión. Cabe concluir de esta sentencia que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva impone la previsión de la posibilidad legal de que un órgano jurisdiccional resuelva sobre la suspensión de la ejecución de un acto administrativo impugnado jurisdiccionalmente,

aunque no impone la suspensión en todo caso, ni siquiera en el supuesto de actos administrativos sancionadores. En cuanto a la regla de juicio aplicable en la resolución sobre la suspensión el TC reitera la referencia, que ya va siendo frecuente en su doctrina sobre esta materia, a la ponderación de los intereses en juego, aunque no menciona las específicas razones justificativas de la protección cautelar que apuntaba en la **STC 66/1984** (dificiles fórmulas reintegrativas, situaciones irreversibles, limitaciones sin justificación al acceso a la jurisdicción), ni el modo en el que éstas pueden incidir en la decisión del juicio ponderativo. Sí que hay en cambio un apunte sobre otros criterios que deben influir en tal decisión: los intereses generales son prioritarios, si en el caso concreto concurre la necesidad de salvaguardarlos. Cuestión distinta -que ahora puede quedar abierta- es lo que deba entenderse por intereses generales.

**C) La STC (Sala 2ª) 202/1987, de 17 de diciembre (BOE 8 de enero de 1988)**, se ocupa de un caso cuyas líneas generales son las siguientes: un litigante con derecho reconocido a justicia gratuita pide una anotación preventiva de demanda y le es concedida, aunque subordinada a la previa prestación de una fianza de elevada cuantía, que le resulta imposible constituir. El recurrente en amparo sostiene que el tribunal ordinario, al no haber interpretado y aplicado el requisito de la fianza de un modo que no imposibilitara su cumplimiento por una persona que carecía reconocidamente de recursos económicos, había violado el principio de igualdad y el derecho a la tutela judicial efectiva.

El TC rechaza la violación del principio de igualdad en su doble posible aspecto de igualdad en la ley e igualdad en la aplicación de la ley. No hay infracción del primer aspecto porque la norma aducida a efectos comparativos -la exención legal de depósito en los recursos- no tiene la misma razón de ser que la que establece la fianza como presupuesto de una medida cautelar, por lo que la última fianza no debe tener el mismo tratamiento legal. El segundo aspecto de la posible violación de la igualdad tampoco concurre porque el recurrente no ha aducido término de comparación.

Sobre la violación del derecho a la tutela judicial efectiva argumenta el TC, en primer término, para rechazarla que a la petición de la medida cautelar ha respondido el juez con una resolución en la que la *“ponderación y valoración de los intereses en pugna es hecha y detalladamente”*. Rigurosamente la argumentación del TC debió pararse ahí: el derecho a la tutela judicial efectiva no supone el derecho a la anotación preventiva de demanda (como el TC llega a describir resumidamente la pretensión del recurrente), sino el derecho a un pronunciamiento de fondo y fundado en Derecho sobre la medida cautelar solicitada, y un pronunciamiento de esa clase se ha dado en el presente caso. No obstante el TC, siguiendo una de las orientaciones de su doctrina sobre el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva<sup>3</sup> - la que adiciona al derecho a un pronunciamiento de fondo el de que ese pronunciamiento no pueda basarse en una interpretación arbitraria, infundada o patentemente errónea- entra a valorar el propio enjuiciamiento de fondo para comprobar si el juez ordinario ha violado aquel derecho fundamental. En esa línea excluye, en primer término, la

---

<sup>3</sup> Acerca de las diversas orientaciones de la jurisprudencia del TC al respecto, véase BORRAJO INIESTA, I., DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo*, Madrid, 1995, pp. 25-77.

aplicabilidad al caso de su doctrina acerca de que las fianzas prohibitivas o especialmente gravosas son contrarias al derecho a la tutela judicial efectiva; esta doctrina no sería aplicable según el TC porque *“lo que puede ser decisivo en ese ámbito (scilicet: materia penal, en fianzas sobre querrela y libertad provisional) no puede ser trasladado, sin más, al orden jurídico en el que se desenvuelve el proceso que ha motivado este recurso de amparo, proceso de carácter civil para la decisión de intereses privados, aquí económicos, y sin la trascendencia de los derechos que en aquel otro orden se debaten”*. No hubiera estado de más añadir que en los supuestos citados se trataba de intereses disponibles para el Estado (acceso de los ciudadanos a la acusación pública y facilitación de las medidas alternativas a la prisión provisional), mientras que en el caso planteado por el amparo era el interés de un particular el que estaba en juego, y no podía ser limitado sin cumplir los requisitos del artículo 33.3 CE.

En segundo lugar, entra en la justificación constitucional de la fianza dentro del régimen de los presupuestos de las medidas cautelares: *“la anotación preventiva de demanda no afecta al fondo de su derecho, respecto al cual se dará respuesta en sentencia. La anotación es sólo una garantía de la ejecución, en su caso, y la vicisitud positiva o negativa de su acuerdo no impide el ejercicio del derecho principal, aunque la negativa pueda significar un inconveniente o una mayor dificultad de ejecución. Pero esa dificultad hipotética es también la que puede afectar a la parte demandada, a quien la ley protege también con la fijación y exigencia, en su caso, de la fianza. No puede, pues, considerarse que en este contraste de intereses privados distintos se vulnere la tutela judicial por condicionar a una fianza, cuya adecuación se razona por el juez, la concesión de una petición accesoria de garantía que ha de alcanzar (la garantía) a las dos partes enfrentadas, y que en modo alguno impide que el proceso siga su curso”*.

Esta sentencia -como ya habían hecho otras- sitúa el fundamento constitucional de la tutela cautelar en el derecho a la tutela judicial efectiva, pero matizado por el principio de igualdad aplicado a las partes procesales, cualquiera sea su posición, respecto de aquel derecho fundamental. La pregunta -que en otras resoluciones del TC tiene algunos esbozos de respuesta- es a qué criterios se debe atender para decidir sobre la tutela cautelar, decisión que incide -alterándola en alguna dirección- en esa posición de igualdad de las partes. Específicamente en esta sentencia el TC destaca la función del presupuesto de la fianza como medio para equilibrar las posiciones de las partes cuando van a sufrir un desequilibrio a consecuencia de la medida cautelar decretada.

**D) La STC (Sala 1ª) 237/1991, de 12 de diciembre (BOE 15 de enero de 1992), (cuya fundamentación es plenamente asumida por el ATC 63/1993, de 25 de febrero)** supone a mi juicio una cierta quiebra en la doctrina hasta este momento sostenida sobre el fundamento constitucional de la tutela cautelar y sobre el significado menos dudoso del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva en su proyección específica sobre la tutela cautelar. En efecto, podía parecer inseguro el reconocimiento, subordinado en todo caso a determinados presupuestos, de un derecho fundamental a obtener de los órganos judiciales actuaciones de protección cautelar de los derechos e intereses legítimos. Hemos visto, sin embargo, como algunas resoluciones del TC han iniciado esa tendencia. Era en cambio menos dudoso que ante



una petición admisible de tutela cautelar el derecho a la tutela judicial efectiva imponía un pronunciamiento jurisdiccional al respecto, fundado en Derecho y motivado, favorable o adverso. Sorprendentemente la **STC 237/1991** rechaza que tenga relevancia constitucional que la Sala Tercera del Tribunal Supremo haya desestimado la suspensión del acto solicitada en apelación sin ni siquiera considerar las alegaciones del apelante. *“Los derechos e intereses respecto de los cuales se solicitó la tutela judicial (que la Constitución garantiza en su art. 24.1) estaban -dice el TC-, en el momento de interponerse el presente recurso, aún pendientes de resolución por parte de la jurisdicción ordinaria, que no se había pronunciado sobre el fondo de la cuestión ante ella suscitada...Será esa resolución la que deba traducir a la práctica la tutela judicial, que no podrá, por tanto, entenderse denegada en virtud de defectos o errores cometidos en fases intermedias, o incidentes cautelares del procedimiento...”*. Si el razonamiento se hubiera detenido ahí sería tanto como sostener, rectificando anterior doctrina jurisprudencial, que la tutela judicial cautelar no forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva. El TC sigue afirmando, no obstante, que la mencionada indiferencia respecto a la tutela judicial sólo se produce si los defectos y errores *“no prejuzgan o hacen imposible la efectividad de la tutela judicial, y ello independientemente de las irregularidades procesales que hayan podido producirse en el transcurso del procedimiento, siempre que no representen por sí mismas la lesión de otro derecho fundamental sustantivo y si no suponen que ese procedimiento no pueda ya alcanzar sus fines, es decir, si no implican la desaparición o pérdida irremediable de los intereses cuya protección se pretende, o si no prejuzgan irreparablemente la decisión final del proceso”*. Como nada de esto se ha alegado como ocurrido en el presente caso, no hay violación del derecho a la tutela judicial efectiva. Esta última parte del razonamiento del TC viene a confirmar la doctrina de que el contenido esencial de este último en cuanto a la tutela cautelar, va más allá que el mero derecho a un pronunciamiento judicial fundado. No obstante, admitir su corrección sería tanto como reconocer que hecha justicia material en la sentencia de fondo, se puede prescindir de que ésta aparezca como fundada en Derecho y motivada.

**E) La STC (Pleno) 238/1992, de 17 de diciembre (BOE 20 febrero de 1993)**-sobre la cuestión de inconstitucionalidad de una norma de la Ley de Fincas Manifiestamente Mejorables que prohibía la suspensión del Decreto de calificación de la finca como mejorable impugnado en vía jurisdiccional- afronta muy directamente el asunto del fundamento constitucional de la tutela cautelar, ratifica y desarrolla la doctrina de la **STC 115/1987** y elimina una cierta ambigüedad de ésta, que parecía limitar su doctrina a la tutela judicial de los derechos fundamentales sustantivos.

De entrada sienta un claro postulado en el FJ 3º: *“Ciertamente el artículo 24.1 CE no hace referencia alguna a las medidas cautelares ni a la potestad de suspensión. Pero de ello no puede inferirse que quede libre el legislador de todo límite para disponer o no medidas de aquel género o para ordenarlas sin condicionamiento constitucional alguno”*.

La exigencia constitucional básica para la configuración de la tutela cautelar radica en que *“La tutela judicial ha de ser, por imperativo constitucional, “efectiva”, y la medida en que lo sea o no ha de hallarse en la suficiencia de las potestades atribuidas por ley a los órganos del poder judicial para, efectivamente, salvaguardar*

*los intereses o derechos cuya protección se demanda*". Esa suficiencia requiere, negativamente, que el legislador no elimine de una manera absoluta *"la posibilidad de adoptar medidas cautelares dirigidas a asegurar la efectividad de la sentencia estimatoria que pudiera dictarse en el proceso contencioso-administrativo; pues con ello se vendría a privar a los justiciables de una garantía que, por equilibrar y ponderar la incidencia de aquellas prerrogativas, se configura como contenido del derecho a la tutela judicial efectiva."* En un sentido positivo impone que la ejecutividad de los actos administrativos *"pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal, y que éste, con la información y contradicción que resulte menester, pueda resolver sobre su eventual suspensión (STC 66/1984, fundamento jurídico 3º)."*

Respetada la exigencia constitucional básica mediante la previsión legal de un régimen de suspensión, existe un *"margen de discrecionalidad del legislador para modular o condicionar la concesión de esa suspensión y del margen de apreciación del juzgador para conceder o negar, ponderadas las circunstancias del caso, la suspensión pedida (STC 66/1984, fundamento jurídico 3º)."*

Ahora bien, dentro de ese ámbito de discrecionalidad ¿existe aún alguna exigencia constitucional adicional? De esta sentencia se deducen dos claras exigencias para el legislador a la hora de configurar -de acuerdo con el precepto constitucional que le impone esa configuración- la tutela judicial cautelar para los derechos e intereses jurídicos: 1º) Esta tutela no puede quedar limitada a la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales *"pues el derecho enunciado en el artículo 24.1 CE tiene, en cuanto limite frente al legislador, una sustantividad propia derivada de su contenido esencial, lo que impide suscribir la afirmación...de que tales limites operan únicamente en la defensa procesal de un derecho fundamental. Por el contrario, la efectividad de la tutela judicial es exigible en favor de cualesquiera "derechos e intereses legítimos" (art. 24.1 CE) y no sólo de los derechos incluidos en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I CE."* 2º) Esta tutela no puede establecerse sólo para derechos no patrimoniales, con el argumento de que, aunque no hubiera tutela cautelar para los derechos patrimoniales, la indemnización subsidiaria del cumplimiento específico siempre evitaría situaciones de irreversibilidad o de reintegración difícil<sup>4</sup>; para el TC *"el criterio de la posible conversión a un equivalente dinerario del bien o derecho afectado por el acto administrativo no conduce a singularizar la propiedad sobre bienes materiales de las demás situaciones jurídicas subjetivas, pues aquella conversión o ecuación cabe realizarla respecto a todas ellas. La cuestión es más bien, si la valoración económica a posteriori del perjuicio puede conseguir, visto el derecho o bien afectado, hacer totalmente reversible su afectación inicial, esto es, restaurar plenamente la situación anterior al acto administrativo. Parece evidente, sin embargo, que la reversibilidad plena o absoluta es, sencillamente, una ficción, pues, de no suspenderse el acto administrativo, el mero transcurso del tiempo podría conllevar un perjuicio en sí mismo irreparable."* En esta sentencia nada se dice si sobre la

---

<sup>4</sup> Obsérvese, como contraste, que cuando el TC ha de resolver sobre la petición de suspensión de resoluciones judiciales recurridas en amparo, entiende, por regla general, que si tienen efectos meramente económicos o patrimoniales no causan perjuicio irreparable y, por tanto, no procede la suspensión: VECINA CIFUENTES, J., *Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1993, p. 233; ATC 258/1996, de 24 de septiembre, en Tribunales de Justicia, número 1, pp. 124-126, con nota de BORRAJO INIESTA. I.

consideración del “*derecho o bien afectado*” o sobre la valoración de la irreparabilidad del perjuicio hay alguna exigencia normativa de la Constitución y podría el TC entrar a revisar la decisión legislativa o la del juez ordinario, incluso en los supuestos en los que la suspensión estuviera regulada y se hubiera resuelto en algún sentido acerca de una petición de la misma.

**F)** La última cuestión la trata precisamente la **STC (Sala 2<sup>a</sup>) 148/1993, de 29 de abril (BOE 28 de mayo de 1993)**. En el caso que motiva el recurso de amparo resuelto por dicha sentencia se habían impugnado en vía contencioso-administrativa las disposiciones administrativas reguladoras de los servicios mínimos para una huelga general convocada y se había obtenido la suspensión cautelar de parte de las mismas, pero esta suspensión fue revocada por el TS por el motivo de que la misma suponía perjuicio grave para el interés general. Esta resolución del TS es la recurrida en amparo.

El TC empieza por recordar su doctrina acerca de la tutela cautelar como componente del derecho a la tutela judicial efectiva. Las exigencias de esta doctrina estaban cumplidas en el caso: había un régimen de suspensión aplicable -el del artículo 7.4 de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona-, las resoluciones de la entonces Audiencia Territorial y del Tribunal Supremo se habían dictado en aplicación del mismo y la **STC 148/1993** no deja traslucir que las resoluciones de los tribunales ordinarios, específicamente la del TS, carecieran de una motivación suficiente.

Para estimar el amparo el TC precisa entrar a revisar el propio enjuiciamiento realizado para denegar la medida cautelar. La razón reconocida expresamente para aquella estimación es que el Tribunal Supremo no realizó la ponderación de bienes jurídicos necesaria para resolver en estos supuestos. Opino, sin embargo, que la verdadera *ratio decidendi* de la estimación es la de que la calificación de “servicios esenciales de la comunidad” (art. 28.2 CE), integradores de los “intereses públicos” a los efectos de la resolución sobre la suspensión (art. 7.4 LPJDFP), es considerada incorrecta por el TC y éste era competente para dicho enjuiciamiento puesto que con la ordenación de los servicios mínimos se puede afectar esencialmente -violándolo de manera irreversible- a un derecho fundamental sustantivo como es el derecho de huelga. Me parecen muy ilustrativos en este sentido estos párrafos del FJ 5º: “*No se trataba, pues, de anticipar el contenido del juicio principal efectuando la cuidadosa ponderación que, en interpretación del artículo 28.2 de la CE, este Tribunal ha subrayado, sino de corregir al menos las decisiones que no menoscaban los intereses de la comunidad por constituir una manifiesta extralimitación o abuso en la fijación de servicios mínimos, a fin de no impedir de modo innecesario o irreversible el ejercicio del derecho de huelga, porque sólo la suspensión de las medidas encaminadas a garantizar los mínimos indispensables para el mantenimiento de los servicios esenciales podrían reportar un grave perjuicio al interés general.*” Y sigue: “*Sin embargo, frente a la individualización efectuada por la Audiencia Territorial de Sevilla acerca de la cuota de actividad que de modo patente desbordaba el estándar de servicio mínimo, la resolución impugnada, sin efectuar ponderación alguna, consideró que la suspensión causaría grave perjuicio al interés general en atención exclusivamente a la naturaleza de las actividades productivas a las que afectaban los*

*servicios mínimos establecidos, olvidando que el concepto de servicio esencial viene caracterizado no sólo por la índole de la actividad sino también por el resultado que con dicha actividad se persigue, coincidente con la satisfacción de derechos o bienes constitucionales y en la medida y con la intensidad con que los satisfagan.”.*

De modo más secundario es conveniente algún apunte crítico acerca de la doctrina del TC sobre los presupuestos que deben ser apreciados para resolver sobre la tutela cautelar y que en esta sentencia tiene una formulación bastante estructurada en uno de los apartados del FJ 5º: *“Aunque el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal, sí ha de verificar la concurrencia de un peligro de daño jurídico para el derecho cuya protección se impetra derivado de la pendencia del proceso, del retraso en la emisión del fallo definitivo (periculum in mora) y la apariencia de que el demandante ostenta el derecho invocado con la consiguiente probable o verosímil ilegalidad de la actuación administrativa (fumus boni iuris) y, de otro lado, valorar el perjuicio que para el interés general (en este caso asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales) acarrearía la adopción de la medida cautelar solicitada.”.* Hay razones para poner en duda la autonomía de la valoración del “perjuicio para el interés general” respecto al presupuesto de *fumus boni iuris*, porque, con referencia al caso concreto, si los servicios mínimos se entienden correctamente fijados, su mantenimiento es acorde con las exigencias del interés público, y, en esa medida, el derecho de huelga con la extensión con la que pretendía ejercerse no tiene a su favor el *fumus boni iuris*.

**G)** De una manera más indirecta que en las anteriores resoluciones la consideración de las medidas cautelares como instrumentos para garantizar la efectividad de la tutela judicial se pone de manifiesto en la **STC (Sala 2ª) 296/93, de 18 de octubre (BOE 9 de noviembre de 1993)**, en la cual la específica previsión de esas medidas en relación con el proceso ordinario para impugnar los resultados de un procedimiento hipotecario judicial sumario constituye uno de los argumentos para negar que ese régimen de impugnación establecido por la ley sea contrario al derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión. A estos efectos el párrafo 8 del artículo 132 LH es interpretado por el TC ampliamente<sup>5</sup>, en el sentido de *“que prevé la petición y adopción de medidas cautelares capaces de asegurar la sentencia que en el procedimiento declarativo se dicte”*, específicamente *“podía asegurar su derecho mediante la anotación preventiva de demanda”*.

**H)** La **STC (Sala 2ª) 78/1996, de 20 de mayo (BOE 21 de junio de 1996)** utiliza como criterios efectivos de decisión *obiter dicta* que aparecen en las **STC 66/1984** y **STC 237/1991**. El tribunal ordinario había desestimado el recurso contencioso-administrativo contra un acto por el que la autoridad ante la que se había presentado la petición de suspensión de una sanción disciplinaria, se declaraba incompetente para resolver tal petición, informaba de la autoridad competente y, al mismo tiempo, comunicaba la fecha de efectividad de la sanción.

---

<sup>5</sup> Sobre las posibilidades de interpretación de ese precepto, ORTELLS RAMOS, M., *El embargo preventivo*, Barcelona, 1984, pp. 66-67.



El recurrente en amparo alegaba violación del derecho a la tutela judicial efectiva por verse en la necesidad de soportar la ejecución de la sanción, sin haber tenido la oportunidad de que un tribunal examinara la procedencia de la suspensión. El amparo es estimado con el argumento fundamental de que *“aunque también es cierto que en el proceso de impugnación del acto sancionador (cuya situación procesal no consta) podría obtenerse no sólo una resolución de fondo sobre su legalidad, sino, eventualmente, un acuerdo de suspensión, éste sería evidentemente tardío y entretanto se habría consumado la indefensión del sancionado en cuanto a su solicitud de suspensión del acto que no hubiera podido ser ya revisada por el Tribunal competente. Ello lesiona, de modo evidente, el artículo 24.1 CE al impedir el acceso de dicha petición al juez...”*.

### III. LIMITES CONSTITUCIONALES A LA CONFIGURACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES DESDE LA PERSPECTIVA DEL SUJETO PASIVO DE LAS MISMAS.

La cuestión sobre el posible fundamento constitucional de la tutela cautelar se plantea desde la perspectiva de quien pretende obtener esa tutela y encuentra una respuesta abstracta negativa de la Ley -que no prevé un régimen de tutela cautelar o no lo prevé con el alcance pretendido- o una respuesta igualmente negativa, pero concreta, del juez ordinario.

Pero, además de lo anterior, también tiene relevancia constitucional la cuestión de si las razones de política jurídica que conducen al legislador a establecer regímenes determinados de medidas cautelares, tienen algún freno constitucional que proteja la posición del eventual sujeto pasivo de esas medidas. Éste tiene, como veremos después, derechos fundamentales de contenido procesal frente a la solicitud de medidas cautelares, principalmente le asiste la prohibición de indefensión. Pero lo que estoy planteando va, sin embargo, más allá y por eso la refiero específicamente a las medidas cautelares y no, genéricamente, a la tutela cautelar: se trata de saber si la configuración de las medidas cautelares, lo que pudiéramos llamar el régimen de fondo de la tutela cautelar, está sujeto a límites constitucionales y cuáles sean estos.

Debe resaltarse, sin embargo, que ésta es una cuestión complementaria de la relativa al fundamento constitucional de la tutela cautelar: fundamento constitucional, sí; pero ¿hasta dónde se mantiene el régimen de una medida cautelar constitucionalmente fundado? O mejor ¿tiene ese régimen límites en las propias normas constitucionales?

**A)** En el asunto contemplado por el **ATC 186/1983, de 27 de abril**, se ponía de algún modo en cuestión la constitucionalidad de la configuración del embargo preventivo, con fundamento en una difusa afirmación de que sus presupuestos - limitada apreciación de la deuda y simples sospechas de *periculum in mora*- son insuficientes para justificar una restricción de los derechos del demandado. La respuesta del TC frente a esta argumentación consistió, en primer término, en hacer una versión menos desvalorizadora de los presupuestos tradicionales del embargo, que debe ser entendido como una *“medida asegurativa de carácter cautelar o precautoria para el posible cumplimiento del pago o realización del valor de una obligación por el deudor en favor del acreedor, que necesariamente se apoye en un documento o título*

*del que resulte, en apreciación judicial, la existencia de una deuda -art. 1400- con fundada y racional apariencia jurídica, para garantizar su satisfacción al término del proceso en que se otorga, siempre que además concorra alguno de los supuestos singulares detallados en el número 2 de dicho art. 1400, que permite apreciar el periculum in mora”, para concluir sosteniendo que no puede considerarse lesiva de los derechos fundamentales alegados por el recurrente “porque en la regulación en la ordenanza procesal civil se pondera la necesidad de la tutela de la parte demandante, con la compatibilización de la tutela de la parte demandada, estableciendo un razonable equilibrio entre ellas, pues al derecho al embargo de aquélla se contrapone, para que no haya perjuicio indebido de ésta más que en lo necesario” la prestación de una fianza y la indemnización de daños y perjuicios si la medida resultara improcedente.*

**B)** En el caso considerado por el **ATC 284/1983, de 15 de junio**, el recurrente alega que la conservación como instrumental de un proceso civil, al amparo de lo dispuesto en el art. 635 LECRIM, de un depósito judicial decretado en un proceso penal sobreesido respecto al sujeto pasivo del depósito, viola el principio de igualdad, el derecho al honor y la presunción de inocencia, porque sin razones de hecho ni de derecho apreciadas en el sumario -que es sobreesido- se restringen sus derechos. La argumentación del TC justifica la constitucionalidad de la medida en que *“la persistencia en la ocupación de bienes de una persona luego del sobreesimiento provisional del proceso criminal, con la finalidad de que se diriman las acciones civiles procedentes que afecten a aquellos de alguna manera y evite su desaparición, resolviéndose la controversia en vía jurisdiccional privada, merece la protección del Derecho, por tender a la adecuada tutela judicial mientras se tramita un conflicto intersubjetivo de intereses jurídicos garantizándose su resultado, poseyendo por ello sólidos fundamentos jurídicos, sin que pueda estimarse contrario a la Constitución”*; más específicamente *“no lesiona el derecho a la presunción de inocencia, pues una medida cautelar judicialmente decretada para tener los bienes a disposición del juez y a las resultas del proceso no es una sanción o castigo, aunque sea una mera restricción temporal de un derecho de libre disponibilidad, claramente justificada por la esencial y adecuada ejecución”*.

**C)** El **ATC 434/1984, de 11 de julio**, decide la inadmisión de un amparo que planteaba la violación del derecho a la tutela judicial efectiva y del principio de igualdad por el mantenimiento de un embargo preventivo adoptado en proceso civil acumulado al penal, a pesar de que los perjudicados habían reconocido haber sido indemnizados y renunciado a toda otra reclamación. El principal argumento para la inadmisión del amparo es que la renuncia había sido posteriormente revocada y estaba pendiente una resolución de los tribunales sobre la validez y eficacia de la misma. La subsistencia de la función cautelar del embargo impide que la restricción patrimonial que éste supone para una de las partes pueda considerarse lesiva de su derecho a la tutela judicial efectiva, por situarla sin fundamento en una posición de desigualdad respecto a la contraparte.



**D)** Con el **ATC 1340/1987, de 9 de diciembre**, -que aun dictado respecto a un asunto penal, parece estar contemplando más que la cautela de posibles efectos jurídico-penales, medidas de protección a los perjudicados por el acto ilícito- contamos con una nueva resolución de inadmisión que se ocupa de los eventuales límites constitucionales de las medidas cautelares. El recurrente sostiene que mantener el precinto de aparatos, equipos e instalaciones de los consultorios médicos de los que es titular, viola sus derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva (también por no proteger su derecho al trabajo, reconocido por el art. 35 CE), a la presunción de inocencia y a la legalidad penal, porque ninguno de los tipos de delito o de falta por los que puede ser juzgado conlleva la pena de comiso, ni de inhabilitación para el ejercicio de la profesión. El TC rechaza la admisión del amparo argumentando, en primer lugar, la genérica justificación de la tutela cautelar y la previsión legal de la que concretamente se dispensó en el caso, que fue aplicada por los órganos jurisdiccionales en ejercicio de la potestad que les reconoce el art. 117. 3 CE, sin incurrir en falta de proporcionalidad, ni en motivación arbitraria o irrazonable. Cabe pensar que eximir a las resoluciones judiciales impugnadas de estos últimos reproches se sustenta, aunque sea implícitamente, en que no era cierta la falta de relación de instrumentalidad, que contundentemente alegó el recurrente. Específicamente, y como era de esperar, el intento de introducir como límite para la tutela cautelar un derecho sin el carácter de fundamental (el derecho al trabajo) es rechazado por el TC al menos en la vía del amparo.

**E)** Varias resoluciones del TC se ocupan del posible contraste de la tutela cautelar con uno de los reconocidos componentes del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva: el derecho a los recursos (llamados) legales. Versan sobre el requisito de admisibilidad de los recursos consistente en la consignación de la cantidad a la que se ha condenado en la sentencia de instancia.

La **STC (Sala 1ª) 90/1983, de 7 de noviembre (BOE 2 de diciembre de 1983)**, sostiene que *“el obstáculo a la tutela judicial que supone su exigencia (scilicet: la de la consignación) está justificado en cuanto medida cautelar para asegurar la efectividad de otro derecho fundamental, ambos comprendidos en el derecho a la tutela judicial efectiva, que es el de asegurar la ejecución de la sentencia”*. En el caso, el recurrente alegó que el juzgador se había excedido al aplicar rigurosamente el requisito, dado que como el empresario había readmitido, no procedía cumplir la condena a indemnización con lo cual el requisito carecía de justificación. Este argumento es rechazado por el TC, que entiende que la consignación aun puede cumplir su función cautelar en el caso de que la readmisión no se produzca efectivamente y de forma regular. Reitera una doctrina similar la **STC (Pleno) 172/1985, de 16 de diciembre (BOE 15 de enero de 1986)**, -que sostiene que es razonable la interpretación que extiende al asegurador del empresario el requisito de la consignación del importe de la condena-. Incidentalmente se refiere también a esa doctrina la **STC (Sala 2ª) 114/1992, de 14 de octubre (BOE 14 noviembre)**.

La **STC (Sala 2ª) 99/1989, de 5 de junio (BOE 4 de julio de 1989)**, viene a demostrar, a pesar de la anterior doctrina, que no es propiamente la función cautelar la que en última instancia justifica el requisito de la consignación para recurrir. En el caso era un organismo autónomo del Estado el que recurría en amparo la inadmisión

de la suplicación por incumplimiento del requisito. Aducía para justificar la indebida interpretación y aplicación del requisito, constitutivas de violación de su derecho a la tutela judicial efectiva como derecho al recurso, un argumento que el TC rechazaba de este modo: *“...no es de aceptación el argumento de que la solvencia de los organismos públicos estatales hacen innecesaria la previsión legal del depósito, en la medida en la que satisface la finalidad de garantizar la ejecución de la sentencia condenatoria a que responde dicha previsión legal, pues tal finalidad no es simplemente la de garantizar la ejecución de la sentencia, sino más propiamente la de asegurar su “inmediata” ejecución y ello solamente se obtiene con la constitución previa del depósito de la cantidad objeto de la condena, la cual resulta así de ineludible cumplimiento para los organismos públicos dependientes del Estado a quienes la ley no les reconoce explícitamente su exoneración...”*.

La **STC 84/1992, de 28 de mayo (BOE 1 de julio de 1992)**, aduce también la función cautelar para justificar la constitucionalidad de la consignación previa condicionante de la admisibilidad de la apelación en el juicio verbal por daños encausados en la circulación de vehículos de motor: *“De lo que se trata con la consignación previa es de proteger el derecho a una eficaz y rápida tutela del perjudicado, plasmada tanto en la exigencia de garantizar a través del depósito el cobro puntual de la indemnización, como en proteger al mismo frente a recursos abusivos o dilatorios por parte del responsable civil, que podrían perpetuar en el tiempo el derecho de crédito de la víctima a ser resarcido, una vez que este derecho ha sido reconocido en una sentencia de condena. Es precisamente ese derecho constitucional, el derecho a la tutela de la víctima, el que legitima al legislador a establecer la referida diferencia procesal de trato, y la que avala la exigencia del depósito para recurrir por ser dicha medida cautelar proporcionada al fin constitucional perseguido”*. Este párrafo de la resolución, que ciertamente no es novedosa respecto al requisito de la consignación previa para recurrir, arroja alguna luz sobre el sentido en que el TC aplica la calificación de medida cautelar: sirve para evitar el perjuicio derivado del retraso prolongado en obtener la satisfacción del derecho, el *pericolo de tardività* en la terminología de Calamandrei. De ahí que instrumentos substitutivos de la consignación, que el TC considera ajustados a la norma en casos de derecho a justicia gratuita o de insolvencia o falta de liquidez provisionales del recurrente, pueden ser admitidos *“siempre que permitan la inmediata realización del ulterior derecho de crédito una vez que la sentencia de condena sea firme”*. Y de ahí también la puntualización, que he destacado hace poco, de la STC 99/1989.

**F)** La **STC 144/1990, de 26 de septiembre (BOE 23 de octubre de 1990)**, se ocupa de una cuestión en parte de límites y en parte de condicionamientos constitucionales a la tutela cautelar judicial, específicamente, en el caso, de la que protege la posición de la Administración Pública en una materia en la que, por tener que afectar al derecho de libertad (art. 17.1 CE), no puede ejercer plenamente su potestad de autotutela: el control judicial del internamiento de extranjeros y la autorización de su continuación a efectos de garantizar el cumplimiento de la eventual resolución de expulsión del territorio nacional. En el caso, la falta de motivación en términos concretos de la resolución judicial que autoriza el internamiento -resolución

de naturaleza cautelar- es considerada lesiva de los derechos a la libertad y seguridad y a la tutela judicial efectiva porque de la misma *“no es posible extraer las razones para justificar la medida excepcional de internamiento adoptada en relación con las circunstancias concurrentes en la hoy solicitante del amparo y, en concreto, sobre si la privación de libertad se decretó teniendo en cuenta la causa de expulsión, tampoco especificada, y la mayor o menor probabilidad de que huyera”*. El deber del órgano jurisdiccional en estos supuestos -téngase en cuenta que esta interpretación fue la que para la **STC 115/1987** salvó la constitucionalidad del párrafo segundo del artículo 26.2 de la Ley de Extranjería- consiste en *“adoptar libremente su decisión teniendo en cuenta las circunstancias que concurran en el caso, pero no las relativas a la decisión de expulsión, sino las concernientes, entre otros aspectos, a la causa de expulsión invocada, a la situación legal y personal del extranjero, a la mayor o menor probabilidad de su huida o cualquier otra que el juez estime relevante para adoptar su decisión, dado que el internamiento del extranjero debe regirse por el principio de excepcionalidad y la libertad debe ser respetada, salvo que se estime indispensable la pérdida de su libertad por razones de cautela o de prevención, que habrán de ser valoradas por el órgano judicial”*. No hubo oportunidad de profundizar en el derecho fundamental a la libertad como limite a la tutela cautelar, porque previa o simultáneamente se había infringido el condicionamiento de naturaleza procesal consistente en que una medida cautelar afectante al derecho a la libertad sólo puede ser adoptada mediante ejercicio de potestad jurisdiccional, por tanto mediante un acto en el que el juez realice un juicio acerca de lo relevante para la decisión que la norma le encarga, lo que se demuestra *ad extra* mediante la motivación.

**G)** Las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas respecto a parte del artículo 1435 LEC y resueltas por la **STC (Pleno) 14/1992, de 10 de febrero (BOE 3 de marzo de 1992)**, consideraban lesivo del derecho a la tutela judicial sin indefensión y a un proceso con todas las garantías el embargo del llamado “juicio ejecutivo”, en cuanto, de acuerdo con el artículo citado al principio, ese embargo puede ser decretado sobre la base de una liquidación de la deuda unilateralmente realizada por el acreedor. El TC niega la infracción de esos derechos fundamentales y estima que este embargo afecta legítimamente los derechos patrimoniales del demandado porque es una medida cautelar sujeta a una doble garantía: a) *“...se requiere una apariencia de buen derecho, acreditada documentalmente en un título ejecutivo, que permita entender inicialmente justificada la interferencia en el patrimonio del demandado. No resultaría exacto afirmar que esa apariencia viene suministrada exclusivamente por la declaración unilateral de la entidad de crédito, pues en el origen de su derecho de crédito se encuentra siempre un contrato suscrito por las partes e intervenido por fedatario...que hace fe de la existencia de una relación jurídica entre la entidad demandante y el demandado, así como de sus caracteres esenciales.”*; b) *“En segundo lugar el embargo es decretado de cuenta y riesgo de la entidad financiera acreedora...Las anteriores cautelas legales sirven de contrapeso razonable a las facultades otorgadas al actor, quien ciertamente puede obtener mediante una petición unilateral el embargo de los bienes del demandado, de valor suficiente para cubrir la cantidad inicialmente señalada por él mismo de forma igualmente unilateral, sin previo contraste con las*

*razones y pruebas del deudor. Pero ello a sabiendas de que deberá arrostrar todas las responsabilidades que se deriven del embargo, si éste resultara infundado”*

**H)** La **STC 107/1992, de 1 de julio (BOE 24 de julio de 1992)** y la **STC (Sala 1ª) 292/1994, de 27 de octubre (BOE 29 de noviembre de 1994)**, contienen referencias incidentales y *obiter dicta* a un límite específico del derecho a la tutela judicial como derecho a la tutela cautelar en el supuesto de que éstas deban afectar a bienes de Estados extranjeros. En la primera de las sentencias citadas el TC sostiene que *“la soberanía y el principio de igualdad de los Estados es fundamento suficiente para que se pueda legítimamente excluir la potestad ejecutiva respecto de los bienes que dichos Estados tengan en nuestro territorio”*, por lo cual no sería correcto mantener que cualquier régimen de inmunidad de jurisdicción es contrario al derecho a la tutela judicial efectiva, aunque sí lo sería su indebida extensión o ampliación por los tribunales ordinarios. La ley española no establece una inmunidad absoluta, sino que remite a lo dispuesto al respecto por el Derecho Internacional Público. El bloque normativo de remisión tiene contornos algo indefinidos, pero permite conclusiones, entre ellas la de una mayor contención a la hora de admitir excepciones a la inmunidad frente a la ejecución y las medidas cautelares, aunque excepciones no dejan de reconocerse. Sin abandonar una mención sólo incidental, la **STC 292/1994** puntualiza, frente al argumento de que la provisionalidad de la ejecución que pretendía iniciarse constituía un obstáculo específico para dirigirla contra bienes de un Estado extranjero, que *“la fundamentación que pudiera tener una regla internacional como la apuntada - más destinada a evitar la ejecutabilidad de resoluciones interlocutorias o adoptadas en estadios muy iniciales del procedimiento, o en materias de especial trascendencia, de manera que su adopción pudiera dar lugar a controversia internacional o bien medidas que se adoptan ad fundandam jurisdictionem-”* no es claro que pudiera ser la de *“hacer frente a la ejecución provisional de sentencias y no tan sólo a la adopción de medidas cautelares, supuestos aunque próximos no idénticos entre sí, ni por el procedimiento con que se adoptan ni por sus efectos.”*

**I)** En el recurso de amparo resuelto por la **STC (Sala 1ª) 210/1993, de 28 de junio (BOE 2 de agosto de 1993)**, la tutela cautelar concedida por el tribunal ordinario se enfrenta aparentemente al derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a la ejecución de las resoluciones firmes: la ejecución de las sentencias estimatorias de unos interdictos de recobrar la posesión es suspendida mediante unas medidas cautelares adoptadas al amparo del art. 1428 LEC e instrumentales del juicio ordinario posterior al interdicto. En el FJ 3º descarta el TC *“en este caso la vulneración constitucional pretendida, porque, sin necesidad de analizar en profundidad la naturaleza de las sentencias dictadas en procesos interdictales y sus efectos, es lo cierto que en esta ocasión las resoluciones impugnadas se han limitado a acordar su suspensión motivadamente y con fundamento legal. No corresponde a este Tribunal revisar la corrección o incorrección de tal razonamiento judicial, pues esta cuestión de estricta legalidad ordinaria, escapa del contenido propio de esta vía de amparo constitucional, sino tan sólo considerar si la suspensión de la ejecución acordada lo ha sido razonadamente y no de forma arbitraria o carente de fundamento. Como quiera que la suspensión se*



*encuentra motivada, aplica una causa legal (la medida cautelar acordada en el proceso declarativo ulterior) y se efectúa con expresa ponderación de los efectos y naturaleza de las decisiones que recaigan en ambos procedimientos, interdictal y declarativo, así como, finalmente, con adopción de garantías con relación a los perjuicios que de ellas puedan derivarse, no puede estimarse la misma como irrazonable o arbitraria y, por ende, vulneradora del derecho fundamental a la ejecución de lo resuelto que se invoca.”.*

Hay casos, sin embargo, en los que la suspensión cautelar de la ejecución de una sentencia viola el derecho a la tutela judicial efectiva del que tenía su favor aquélla y el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Es paradigmático el considerado por la **STC (Sala 2ª) 39/1995, de 13 de febrero (BOE 18 de marzo de 1995)**, de la que basta con reproducir este apartado del FJ 4º. *“Siendo uno de los caracteres fundamentales de las medidas cautelares la homogeneidad con las medidas ejecutivas, es decir, el que anticipan en parte los efectos de la decisión final, resulta evidente que no cabe acordar cautelarmente medidas que produzcan consecuencias que nunca podrían derivarse de la resolución final. Esto implica en el caso que nos ocupa, que no es admisible ordenar como medida cautelar la suspensión de la ejecución del pronunciamiento por el que se declara la responsabilidad civil directa de la compañía “Victoria Meridional”, hasta la suma de 160.250.000 pesetas, habida cuenta que el Tribunal Supremo carece de competencia, en el marco del procedimiento de constatación de error judicial, para anular un pronunciamiento de carácter exclusivamente pecuniario: la eventual declaración favorable a la compañía no liberará a esta de la obligación de hacer frente a la indemnización, sino que únicamente le permitirá dirigirse contra el Estado para obtener reparación del perjuicio que con ello se le haya ocasionado.”.* La restricción de un derecho fundamental (el derecho a la ejecución de la sentencia en un plazo razonable) no tenía en este caso fundamento en otro derecho fundamental (el derecho a la tutela cautelar que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva).

**J)** En el caso de la **STC (Sala 1ª) 105/1994, de 11 de abril (BOE 17 de mayo de 1994)**, el recurrente en amparo sometió al TC la pretensión de que la resolución judicial que modificó, de modo desfavorable para él, una anterior resolución judicial firme suspensiva de una sanción disciplinaria, viola el derecho a la tutela judicial efectiva (por no sujetarse al estricto cumplimiento de la resolución firme de suspensión) y el derecho a la presunción de inocencia.

La infracción del segundo derecho fundamental alegado fue descartada con facilidad, porque al tiempo de dictarse la resolución recurrida ya había condena penal sobre los mismos hechos. Para rechazar la violación del derecho a la tutela judicial efectiva la **STC 105/1994** utiliza el ambiguo razonamiento que ya hice notar en la **STC 237/1991** al sostener que *“no hay menoscabo alguno de la tutela judicial cuya efectividad hay que referirla a la sentencia, donde se dirá si es viable o no la pretensión objeto del proceso y para la cual se arbitraron las medidas cautelares adecuadas (reposición en el puesto de trabajo y pago de las retribuciones correspondientes) sin que los condicionamientos afecten a estos elementos esenciales.”.* Entiendo que se hubiera podido prescindir de este argumento para llegar a la misma conclusión, porque, poco antes, la sentencia había razonado acertadamente



sobre la posibilidad de modificación de medidas cautelares por cambio de circunstancias: *“Es cierto que el Auto de 25 de octubre de 1990 era firme y, por tanto, ejecutorio, pero no lo es menos que por su propia naturaleza podía ser revisado en cualquier momento si las circunstancias cambiaren. El contenido de este tipo de resoluciones está constituido por medidas cuya subsistencia ha de mantenerse rebus sic stantibus y a ellas han de adaptarse. Tal se dice en nuestro ATC 340/1983. Por otra parte, tales medidas cautelares pueden y aun deben equilibrarse en muchos casos por contracautelares, una de las cuales, pero no la única, es la caución suficiente para responder de los daños y perjuicios (art. 124 LRJCA), la fianza o aval en suma. Existen sin embargo otras contramedidas precautorias, especialmente cuando de ciertos puestos de trabajo se trata, en la función pública o fuera de ella. En esta línea se encuentran las limitaciones funcionales que la Sala asume como suyas a consecuencia de los gravísimos hechos imputados a la Secretaria, condenada por un delito de apropiación en sentencia de la Audiencia Provincial, circunstancia ésta sobrevenida y conocida por la Sala con posterioridad al Auto que se reformaba, según explica el que lleva fecha de 13 de noviembre, resolutorio de la súplica.”*

**K)** Argumentos similares a los últimos reproducidos sirven para la inadmisión por el **ATC 201/1992, de 1 de julio**, de un amparo que se fundaba en la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva por un auto que suspendió la ejecución de una sentencia según el art. 1803 LEC, aduciendo escuetamente “nuevas circunstancias” y variando así dos resoluciones anteriores en las que esa suspensión había sido denegada.

La medida cautelar -dice el TC- *“es provisional y modificable en cualquier momento mientras se está sustanciando el pleito principal. Estas medidas se adoptan teniendo en cuenta las circunstancias fácticas que rodean un pleito, y son, en consecuencia, siempre que el tribunal que está juzgando el pleito entienda que se ha producido un cambio en las referidas circunstancias que lo hagan aconsejable o necesario(...) No están por tanto, ni pueden estarlo, protegidas por el efecto de la cosa juzgada, previsto en el art. 408 de la LEC, que tiene alcance constitucional en la medida en que su ignorancia supone el incumplimiento de la fuerza ejecutiva de las resoluciones judiciales...”*

La fundamentación del **ATC 201/1992** contiene ciertamente expresiones matizadas sobre el supuesto en el que las resoluciones cautelares pueden ser variadas, pero la tolerancia mostrada ante la escuetísima manifestación de concurrir nuevas circunstancias y la doctrina mucho menos precisa sobre las posibilidades de variación que resulta del **ATC 340/1983**, inducen a pensar que el TC considera constitucionalmente irrelevante el modo en el que los jueces ordinarios conciben tales posibilidades (hechos nuevos, hechos simplemente no aducidos antes, nuevos medios de acreditamiento o de prueba).

**L)** En el caso resuelto por la **STC (Sala 2ª) 218/1994, de 18 de julio (BOE 18 de agosto de 1994)**, recurre en amparo el sujeto pasivo de una medida cautelar con el fundamento de que la adopción de determinadas medidas cautelares (prohibición de importación y comercialización en España de ciertos productos bajo cierta marca) sin permitir la sustitución de las mismas por caución, mediante una resolución judicial

irrazonable, contradictoria y carente de fundamentación jurídica, viola el derecho a la tutela judicial efectiva y además el principio de igualdad, porque le concede al demandante una medida cautelar sólo por prestar una caución y le deniega al demandado la sustitución de la medida prestando una caución, a pesar de que según una interpretación razonable de la ley ordinaria tenía derecho a ello.

Para el TC el segundo fundamento hay que reconducirlo al primero, porque el recurrente no alega un trato discriminatorio por alguna de las circunstancias enunciadas en el artículo 14 CE, sino que hace derivar la desigualdad de trato de lo irrazonable y arbitrario de la resolución que, por un lado, deniega la sustitución por caución y que, por contra, había dado gran relevancia a la caución del solicitante a efectos de conceder la medida.

Centrado el examen en la violación del derecho a la tutela judicial efectiva empieza recordando el TC que *“cuando únicamente se alega el artículo 24.1, debe tenerse presente que no toda vulneración de normas y derechos procesales producida en los procesos relativos a la adopción y ejecución de medidas cautelares es susceptible de convertirse en objeto de recurso de amparo.”*. Está implícito en esta afirmación que otra sería la cuestión si se hubiera alegado que la medida cautelar lesionaba un derecho fundamental sustantivo.

El TC desarrolla a continuación en qué supuestos cabe entender que la denegación de una medida cautelar viola el derecho a la tutela judicial efectiva, aunque, curiosamente, no va a aplicar esa doctrina a un caso de denegación de tutela cautelar, sino a la desestimación de un amparo impetrado por haberse decretado tutela cautelar. En definitiva: el TC va a examinar en qué supuestos la tutela cautelar viola el derecho a la tutela judicial efectiva del demandado.

Para que se dé esa violación es necesaria una actuación u omisión judicial relativa *“a una medida cautelar que pretenda evitar un daño sobre los derechos e intereses controvertidos en el proceso principal que de producirse llevaría a que el objeto de esos derechos e intereses desapareciera o resultar tan gravemente afectado que sus titulares, aunque obtuviesen una resolución de fondo favorable, no podrían ejercerlo o, cuando menos, no podrían desarrollar todas las facultades que lo conformaban inicialmente. Esta limitación deriva del hecho de que, desde la perspectiva del recurso de amparo y del derecho a la tutela judicial efectiva, la finalidad constitucionalmente protegida de las medidas cautelares no es otra que la de asegurar la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial relativo precisamente a los derechos e intereses legítimos llevados ante los jueces y tribunales en el proceso principal en el que se resuelve la cuestión de fondo. (...) Esto no significa que cuando el derecho debatido en el proceso principal tenga contenido patrimonial -como el que aquí nos ocupa-, automáticamente deba rechazarse toda medida cautelar respecto de la que se impetre el amparo, alegando que en este caso nunca se producirán daños irreversibles sobre el referido derecho, ya que siempre podrá ser restablecido en su integridad después de la resolución judicial mediante una indemnización económica”* porque *“puede darse el caso de que la situación anterior del derecho de contenido patrimonial no pueda ser restaurada en su plenitud mediante una resolución pecuniaria.”* Inmediatamente insiste, sin embargo, el TC en el alcance restrictivo de la relevancia constitucional de la tutela cautelar respecto a la tutela judicial efectiva: no hay violación de ese derecho fundamental si los derechos e

intereses legítimos quedan expuestos a unos daños *“que no afecten a la supervivencia de los mismos en el momento de dictar la resolución del proceso principal”*.

No entiende el TC que eso último se produzca en el caso concreto, puesto que si el proceso principal termina reconociendo que el demandado que quedó sujeto a la medida cautelar tiene derecho a usar la marca litigiosa *“el fallo de la sentencia podrá desplegar toda su eficacia y, sobre todo, el derecho a utilizar la marca podrá ser ejercido sin ninguna minoración o condición, ya que en el caso que nos ocupa, debido, entre otras circunstancias, al hecho de que dicha marca ha continuado estando presente en el mercado español a través de otros productos, la pendencia del proceso y la medida cautelar no habrá puesto en peligro su supervivencia, sino que tan sólo habrá producido a las actoras un quebranto económico derivado de la no comercialización durante ese tiempo, que, sin embargo no impide que la sentencia de fondo restaure plenamente el derecho a la marca. La irreversibilidad del daño sobre el derecho, que es lo único que aquí importa, es en este supuesto plena o absoluta, ya que el perjuicio económico sufrido al no poder comercializar los productos durante la pendencia del proceso principal, al dictarse la sentencia no repercute sobre el derecho a la marca que puede desplegar en el futuro todos sus efectos.”*. En conclusión: cuando el TC habla de *“afectar de manera irreversible a los derechos e intereses planteados en el proceso principal”* esa irreversibilidad ha de ser entendida en el sentido más estricto, de modo que el menoscabo temporal de un derecho, que puede terminar cuando la sentencia aclare la titularidad del mismo, no viola el derecho a la tutela judicial efectiva, tanto si aquel menoscabo se produce por haberse concedido como por haberse denegado una medida cautelar.

**M)** El amparo cuya inadmisión fue resuelta por el **ATC 588/1985, de 18 de septiembre**, se refiere a un caso en el que la medida cautelar de secuestro de una publicación de álbumes y cromos con la imagen de futbolistas, decretado en proceso principal en el que se pretendía la tutela del derecho a la propia imagen, era considerado por el recurrente lesivo del derecho fundamental a la libertad de expresión.

El razonamiento del TC no es nada específico sobre el carácter cautelar de la medida impugnada, sino que se limita a resaltar que el derecho a la libertad de expresión es limitado, entre sus limitaciones está el derecho a la imagen, la medida adoptada está prevista por la ley y no se ha alegado ninguna vulneración concreta de aquel primer derecho.

#### IV. CONDICIONAMIENTOS CONSTITUCIONALES RESPECTO AL PROCEDIMIENTO PARA LA RESOLUCIÓN SOBRE LAS MEDIDAS CAUTELARES Y SU EJECUCIÓN.

**A)** El ATC 186/1983, de 27 de abril, inadmite, por carecer manifiestamente de contenido que justifique una decisión por parte del Tribunal Constitucional, un recurso de amparo dirigido contra las resoluciones que acordaron un embargo preventivo y desestimaron la oposición frente al mismo.

El recurrente aduce principalmente lo siguiente. a) la resolución que acordó el embargo preventivo ha infringido el principio de igualdad, el derecho a la tutela judicial efectiva y la presunción de inocencia, por haberse dictado sin darle audiencia previa, dando credibilidad de entrada a las afirmaciones de la contraparte, que aducían la sospecha de la conducta prevista en el art. 1400, 2º, inciso último LEC; por otra parte, los preceptos de la LEC que amparan ese modo de proceder son contrarios a la Constitución y han de entenderse derogados por ella. b) La sentencia que desestima su oposición le causa indefensión porque el Juzgado (de acuerdo con una interpretación estricta del artículo 1416 LEC, que el recurrente estima inconstitucional) se negó a pronunciarse sobre las defensas relativas al presupuesto de la deuda, y sigue infringiendo la presunción de inocencia, porque se funda en las afirmaciones de la contraparte; la indefensión la reitera la sentencia de apelación, porque efectúa consideraciones sobre el presupuesto de la deuda, aunque el sujeto pasivo del embargo no ha tenido oportunidad de alegar respecto al mismo.

La fundamentación del recurrente ponía en cuestión tanto la configuración de la medida cautelar como el procedimiento para resolver sobre ella. Respecto a lo segundo, que es lo que aquí interesa, el TC argumenta que la medida cautelar “*se adopta sin audiencia previa del demandado -artículo 1403- en evitación de que éste realice una conducta que haga imposible el aseguramiento pretendido, y postergando momentáneamente su capacidad de reacción procesal contradictoria hasta que el embargo se efectúe -art. 1416-, en que puede ya formular oposición, siendo consustancial a la naturaleza preventiva de la traba esa dilación de la audiencia y oposición*”, lo que para el TC no es lesivo de los derechos fundamentales que alega el recurrente porque “*en la regulación en la ordenanza procesal civil se pondera la necesidad de la tutela de la parte demandante, con la compatibilización de la tutela de la parte demandada, estableciendo un razonable equilibrio entre ellas*”, regulación de equilibrio de la que forma parte la posibilidad de oposición *a posteriori*. En conclusión, el régimen legal de contradicción diferida no es contrario a los “*principios constitucionales de defensa, contradicción*” y el modo concreto de aplicarlo en el caso tampoco ha infringido los correspondientes derechos fundamentales; otra cosa son la quejas de legalidad ordinaria que pueda tener el recurrente.

**B)** El ATC 284/1983, de 15 de junio, rechaza que el mantenimiento de un depósito judicial, inicialmente decretado en un proceso penal, después sobreseído para el poseedor de los bienes, frente al que luego se interpuso demanda civil, con la consecuencia prevista en el art. 635 LECRIM, no viola la prohibición de indefensión “*pues precisamente el recurrente puede en el proceso judicial ser parte y defender ampliamente sus derechos*”. El argumento resulta equivoco puesto que parece confundir la contradicción respecto a la medida cautelar con la contradicción en el

proceso principal. Lo cierto es que el régimen de legalidad ordinaria de la contradicción en este caso está bastante indefinido: dejando a un lado las posibilidades defensivas que se tuvieron en el proceso penal, no queda claro, al pasar la medida a ser instrumental del proceso civil, ni que los presupuestos para mantener la medida deban serlo los del art. 499 LEC, ni que haya posibilidad de formular oposición, ni una solicitud de alzamiento por modificación de los presupuestos. Parece alentar en la resolución una cierta idea de irrelevancia constitucional de la indefensión específica frente a la medida cautelar, porque ésta carece de la trascendencia respecto al derecho o interés legítimo, cuya tutela está en juego, que tiene la sentencia del proceso principal.

C) El **ATC 340/ 1983, de 6 de julio**, inadmite un recurso de amparo que abiertamente planteaba la violación de la prohibición de indefensión del art. 24.1 CE, por falta de contradicción previa -e incluso de contradicción diferida a través de los recursos- del titular de una licencia de edificación, suspendida cautelarmente a instancia de una asociación que recurrió el acto administrativo de concesión. El beneficiario de la licencia había sido emplazado por edictos, por falta de conocimiento se personó tarde y perdió las posibilidades defensivas respecto a la suspensión (ver art. 123 LJCA). Para fundamentar el recurso de amparo por indefensión alega la ya entonces bien definida doctrina del TC acerca de la inadecuación del emplazamiento por edictos en algunos supuestos. El TC no fundamenta la inadmisión del amparo en la irrelevancia de la contradicción respecto a las medidas cautelares -aunque hay referencias a mi juicio rigurosamente innecesarias a que el recurrente ha podido defender sus derechos en el proceso principal, lo que podría inducir a pensar que es irrelevante que haya carecido en absoluto de posibilidades de defensa en el proceso cautelar-, sino en una argumentación ciertamente extraña desde el punto de vista de las posibilidades que claramente abre la legalidad ordinaria: *“...no puede decirse en absoluto que haya indefensión por el hecho de no poder impugnar, en un momento dado, una medida cautelar, la suspensión del acto administrativo impugnado, si se tiene en cuenta que toda medida cautelar puede, de oficio o a instancia de parte -por consiguiente del actual demandante del amparo, en un momento posterior del proceso contencioso administrativo- levantarse, alzándose, por tanto, la correspondiente suspensión. Por consiguiente, nada impide en el momento actual, como hace notar expresamente el auto del Tribunal Supremo del pasado día 19 de abril, ahora impugnado en amparo, que las partes y, entre ellas, la solicitante del amparo, puedan instar de nuevo una reconsideración de tal problemática”*. No cabe negar que, en concreto, el auto citado del Tribunal Supremo dijera lo que se ha reproducido, pero también es cierto que la LJCA no contempla otra vía de oposición *a posteriori* respecto a las medidas cautelares que la de los recursos -que, en el caso, habían precluido- y como máximo cabe pensar que la jurisprudencia autorizara un incidente de alzamiento por modificación de los presupuestos, pero éste, en principio, no podría fundarse en defensas ya precluidas. Puede verse un caso no de alzamiento, pero sí de modificación de medidas por cambio de circunstancias en la **STC (Sala 1ª) 105/1994, de 11 de abril (BOE 17 de mayo de 1994)**.



**D)** En el amparo resuelto por el **ATC 69/1985, de 30 de enero**, el recurrente sostiene que se ha violado su derecho a la no indefensión por haber resuelto la Sala de lo contencioso-administrativo sobre la suspensión del acto administrativo impugnado, del que era Administración autora, sin haberle dado oportunidad de alegar en el incidente de suspensión, dado que éste fue resuelto antes de que finalizara el término del emplazamiento, durante el cual la Administración demandada podía personarse y tomar conocimiento de la solicitud de suspensión. El TC inadmite el amparo recordando el genérico fundamento de la contradicción diferida -*“evitar la imposibilidad o grave dificultad de que puedan quedar tutelados los derechos e intereses legítimos del actor como consecuencia de una posible actuación del demandado, que puede incluso producirse en el tiempo que media desde el emplazamiento a la personación del mismo”*- y con una argumentación similar a la del **ATC 340/1983** en cuanto a que *“la demandada, si no hubiera sido oída, pueda replantear la procedencia de la suspensión,..., salvaguardándose a posteriori el principio de contradicción y las posibilidades de defensa”*.

**E)** En ninguna de las resoluciones consideradas ha apuntado el TC que la conformidad de la contradicción diferida con el derecho fundamental a la no indefensión sólo deba admitirse si se aprecia un riesgo concreto para la efectividad de la medida cautelar. Más bien parece conformarse con que tal riesgo constituye una justificación abstracta de aquel régimen de la contradicción. Esta conclusión se confirma implícitamente por uno de los argumentos que utiliza la **STC 14/1992** para rechazar que viole la prohibición de indefensión que mediante la determinación unilateral por determinados deudores de la liquidez del saldo pueda ser cumplido el requisito de la liquidez de ciertos títulos del artículo 1429 y obtenerse un embargo que el TC considera como preventivo: *“la audiencia previa del afectado podría perjudicar en muchos supuestos la efectividad de la medida cautelar y siempre la retrasaría en detrimento de su eficacia”*. Es sabido que el embargo del llamado “juicio ejecutivo” - de naturaleza jurídica discutida, pero que puede ser considerado como preventivo- no depende de la alegación y demostración de un concreto *periculum in mora*, con lo cual diferir la contradicción no se debe a una necesidad especial de contrarrestar ese peligro.

**F)** La falta de trascendencia constitucional de la omisión de la contradicción previa se pone especialmente de manifiesto en la **STC 218/1994** que respondía a una pretensión del recurrente en el sentido de que la prohibición de indefensión debía entenderse inequívocamente infringida puesto que la ley ordinaria reguladora de la medida cautelar del caso imponía indudablemente la audiencia previa. A esto contesta el TC que *“la pretendida indefensión sufrida por los recurrentes al no haber sido oídos en el proceso en el que se adoptó la medida cautelar, no tiene trascendencia constitucional, ya que, al margen de otras consideraciones, desde la perspectiva del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y a la defensa, el hecho de haber sido oídas con posterioridad impide considerar que se haya producido una verdadera indefensión material”*.

**G)** Para la actividad procesal sobre la adopción de medidas cautelares rige también el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas. Así lo reconoció en primer lugar la **STC (Sala 2ª) 215/1992, de 1 de diciembre (BOE 23 de diciembre de 1992)**, respecto a un caso en que sobre las medidas cautelares solicitadas en un proceso civil acumulado a uno penal se tardó en proveer dieciocho meses. El TC aplica para estimar el amparo los estándares conocidos para valorar lo indebido de las dilaciones, argumentando que *“lo que las actuaciones revelan...es que, en una instrucción sumarial carente de complicaciones y en la cual el querellante, lejos de obstaculizar el trámite, insistió repetidas veces en la petición de que se acordasen unas medidas cautelares alegando que en su defecto la actuación del querellado era capaz de producir su ruina, el Juzgado tardó dieciocho meses en adoptar, finalmente, una resolución de inculpación y acordar aquellas medidas. Con tales antecedentes no es posible considerar que el citado lapso de tiempo puede considerarse como un plazo razonable exigido por la complejidad del litigio o la deliberación necesaria para adoptar la decisión solicitada ni, menos aún, que la demora se debiese a actuaciones obstaculizadores de la parte...”*. De entrada sorprende el razonamiento con el que el TC refuerza la argumentación transcrita: *“y puesto que las resoluciones posteriores, incluida la sentencia, han demostrado la procedencia de las mencionadas decisiones, debe apreciarse que la citada demora fue superior a lo razonablemente exigible...”*. Sin embargo el sentido de esta puntualización creo que puede encontrarse en el carácter instrumental de la tutela cautelar, que convierte en irrelevante la dilación específicamente referida al pronunciamiento sobre la misma, en el supuesto de que, por el modo de terminar el proceso principal (cualquiera que no suponga el acogimiento de la pretensión actora), la medida cautelar, aun adoptada a tiempo, no hubiera sido necesaria para asegurar la efectividad de la sentencia. Se echa en falta, no obstante, la mención de la urgencia característica de las actuaciones cautelares como factor que debe reforzar el deber de diligencia del órgano jurisdiccional cuando se hayan pedido actuaciones de esa naturaleza.

La singularidad acabada de citar sí que es en cambio resaltada por la **STC (Sala 1ª) 144/1995, de 3 de octubre (BOE 10 de noviembre de 1995)**, que estima un recurso de amparo planteado por la demora de dos años en proveer sobre una suspensión de acuerdos sociales, según la cual *“ninguna duda cabe acerca de que la vulneración alegada se ha producido, no sólo por la injustificable falta de ordenación de los trámites procesales (STC 133/1988), a pesar de las distintas quejas que al respecto formuló el recurrente, sino también, y muy especialmente por la pasividad del juzgado por lo que a la adopción de la medida cautelar solicitada respecta, destacando que incluso la Ley de Sociedades Anónimas faculta al juez, a la vista de la urgencia del caso, para la adopción de esas medidas, con arreglo a las normas del procedimiento incidental (art. 120 LSA), con carácter previo, incluso, a la celebración de la comparecencia.”*.

**H)** La **STC (Sala 1ª) 27/1995, de 6 de febrero (BOE 10 de marzo de 1995)**, considera un caso de posible indefensión del sujeto pasivo de una medida cautelar adoptada en el proceso civil acumulado al penal y consistente en el nombramiento de un administrador judicial de una empresa, de la que es titular una sociedad anónima,

para contrarrestar el *periculum* de enajenación fraudulenta de activos. En el proceso penal, y en el civil acumulado, era parte en calidad de imputado el que fue representante legal de la sociedad titular, quien, al decretarse la medida cautelar que afectaba a la sociedad, intentó impugnarla judicialmente personándose como representante de ésta. El amparo fue rechazado porque los defectos en los que pudo incurrir el juez ordinario al apreciar la representación de la persona jurídica no tenían entidad para ser constitucionalmente relevantes, sin que en esta consideración influyera ninguna razón específicamente relacionada con el proceso cautelar.

## V. CONCLUSIONES Y PROBLEMAS ABIERTOS.

**A)** El derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho a una tutela judicial cautelar e impone al legislador ordinario que establezca posibilidades de que los jueces adopten medidas cautelares (**STC 238/1992**).

**B)** Esas posibilidades no pueden quedar limitadas a los supuestos de tutela judicial de derechos fundamentales (aunque la primera formulación del derecho a la tutela cautelar como componente del derecho a la tutela judicial efectiva -**STC 115/1987**- se refirió a ese ámbito), ni a los de tutela judicial de derechos de carácter no patrimonial (**STC 238/1992**), sino que deben preverse en relación con la tutela judicial de toda clase de derechos e intereses legítimos.

**C)** Como consecuencia de lo anterior será inconstitucional, por infringir el derecho a la tutela judicial efectiva, una ley que excluya absolutamente la posibilidad de tutela cautelar para ciertas clases de derechos o intereses (**STC 238/1992**), y lo será adicionalmente por infringir el principio de igualdad si tal exclusión se produce para ciertas clases de personas determinadas con criterios discriminatorios (**STC 115/1987**).

**D)** Aunque la **STC 237/1991** llega a sostener que omitir todo pronunciamiento sobre la tutela cautelar solicitada no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, si esa omisión no implica unas consecuencias como las que se considerarán en los siguientes apartados E y F, la orientación predominante es que se tiene frente al juez ordinario derecho a un pronunciamiento fundado en Derecho y motivado sobre las peticiones de tutela cautelar. Ese derecho es satisfecho mediante una resolución judicial que cumpla ciertos requisitos externos, descritos con alguna variante en las diferentes sentencias, pero coincidentes en lo esencial: una resolución en la que un tribunal realice una “*valoración de los intereses comprometidos por la ejecutividad, o por la suspensión*” (**STC 66/1984, STC 115/1987**, ambas respecto a una medida cautelar de suspensión del acto administrativo), o en la que la “*ponderación y valoración de los intereses en pugna es hecha y detalladamente*” (**STC 202/1987**), o en la que un tribunal “*con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión*” (**STC 66/1984, STC 238/1992**) y lo haga “*razonadamente y no de forma arbitraria o carente de fundamento*” (**STC 210/1993**).

**E)** Pero el derecho a la tutela judicial cautelar, que forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, no solo resulta violado si se omite o se deniega una resolución que cumpla los requisitos antedichos y que verse sobre el fondo de la tutela cautelar solicitada, sino que también puede ser lesionado por dictarse una resolución desestimatoria, en el supuesto de que esa clase de resolución dé lugar a

ciertas consecuencias negativas sobre la posibilidad de obtener en definitiva la tutela judicial.

**F)** El TC ha descrito esas que he llamado “consecuencias negativas” de modos diversos, pero esa diversidad no ha repercutido realmente en sus decisiones. El TC ha dicho, en efecto, considerar contrario al derecho a la tutela judicial que el régimen de las medidas cautelares o su aplicación dé lugar, en las hipótesis estimatorias de la pretensión, a “*difíciles fórmulas reintegrativas*” o a “*situaciones irreversibles*” o -aún más ampliamente- “*de una o de otra forma a limitaciones carentes de justificación respecto al acceso a la jurisdicción*” (STC 66/1984) o que suponga “*que ese procedimiento no pueda ya alcanzar sus fines*”, lo que se produce si aquel régimen o su aplicación implican “*la desaparición o pérdida irremediable de los intereses cuya protección se pretende*” o “*prejudican irreparablemente la decisión final del proceso*” (STC 237/1991).

**G)** Cuando el TC ha necesitado aplicar los criterios anteriores para determinar si la denegación en concreto de la tutela cautelar suponía violación del derecho a la tutela judicial efectiva ha optado claramente por el criterio más restrictivo.

No debe llamar a engaño, en esta materia, la STC 238/1992, que patrocina en su fundamentación criterios más amplios al enfatizar la duda acerca de que, incluso tratándose de derechos de carácter patrimonial, sea siempre adecuada la “*conversión a un equivalente dinerario*”, y que, específicamente, contempla un caso en el que estaba en juego la tutela judicial cautelar del derecho de propiedad. No debe olvidarse, en efecto, que esa sentencia versa sobre una cuestión de inconstitucionalidad y que, por tanto, su fin no era resolver si en el proceso ante el juez ordinario se producía o no, por falta de tutela cautelar, una lesión del derecho irreversible en definitiva, sino si era contrario a la Constitución que la falta de previsión legal de tutela cautelar -más aún, su prohibición- impidiera al juez ordinario poder dispensar esa tutela en cualquier supuesto, incluso en el hipotéticamente más extremo en el que no poder darla supondría violar lo que puede entenderse contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva.

Más ilustrativa de la verdadera orientación del TC en esta materia es la STC 218/1994 que, a pesar de hacer también uso de argumentos apropiados para apoyar criterios más amplios, acaba sosteniendo que no hay lesión irreversible de un derecho o interés si, por la decisión adoptada sobre la tutela cautelar, los titulares de aquellos han de soportar durante el proceso una situación de falta de disfrute, siempre que, cuando la sentencia del proceso principal les reconozca la titularidad, puedan disfrutarlos plenamente a partir de entonces.

**H)** Esta concepción de los supuestos en los que la denegación (luego veremos que también la concesión) de una medida cautelar sería en concreto lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva, permite abrir una interesante serie de interrogantes que me limitaré a enunciar y que, en su mayor parte, aún no tienen respuesta en la doctrina jurisprudencial del TC.

¿Es posible que lo que antecede conduzca a que el TC conceda un amparo porque la decisión del juez ordinario sobre la tutela cautelar implique la “aniquilación” del derecho o interés en su contenido específico, aún subsistiendo la posibilidad siempre abierta de un resarcimiento dinerario?.

Si la indemnización dineraria es adecuada porque la lesión del derecho o interés no es perpetua e irreversible, sino que supone un simple menoscabo temporal ¿puede llegar a tener relevancia constitucional la situación de insolvencia del posible sujeto pasivo de la medida cautelar específica, en cuanto esa situación impedirá que la indemnización sea un medio útil para dar satisfacción sustitutoria al derecho o interés?<sup>6</sup>.

¿Es constitucionalmente indiferente el menoscabo parcial o simplemente temporal de cualquier clase de derecho o interés, debido a la falta de adopción (o a la adopción) de una medida cautelar, en atención al argumento de que la lesión no irreversible puede ser indemnizada?

**I)** Cumplidas las exigencias mínimas apuntadas en los apartados C y G se puede decir, con palabras de la **STC 238/1992**, que existe un “*margen de discrecionalidad del legislador para modular o condicionar la concesión de esa suspensión* (M.O.R.: en el caso esa era la medida cautelar) y *del margen de apreciación del juzgador para conceder o negar, ponderadas las circunstancias del caso, la suspensión pedida*”.

A pesar de esta advertencia el TC suele referirse a lo que sería el contenido del enjuiciamiento cautelar del juez ordinario de modos bastante diversos y más o menos próximos a las construcciones teóricas al respecto. En efecto, ha entendido el TC que el enjuiciamiento cautelar consiste:

a) Para una medida de suspensión, en la ponderación de los intereses afectados, que son los de las partes y los intereses generales (**STC 66/1984, STC 115/1987**), puntualizando la última sentencia que los intereses generales deberán ser prioritarios. Para equilibrar la protección de los intereses no sólo sirve la caución, sino que también puede utilizarse la configuración de los efectos de la medida, introduciendo en los mismos, contramedidas precautorias (**STC 105/1994**).

b) Para medidas cautelares afectantes a derechos privados, en una ponderación y valoración de los intereses en juego, para la que puede utilizarse como factor de equilibrio la caución establecida como presupuesto de la medida (**STC 202/1987, ATC 186/1983, STC 14/1992**).

c) En la ponderación de bienes jurídicos, la determinación del peligro de daño jurídico para el derecho debida al retraso, la apreciación de una apariencia de buen derecho frente a la ilegalidad de la actuación administrativa y en una valoración del perjuicio para los intereses generales (**STC 148/1993**).

d) Para una medida de internamiento de extranjero sometido a procedimiento de expulsión, en una libre decisión judicial que valore determinadas circunstancias del caso y que incida con justificada excepcionalidad en el derecho de libertad (**STC 114/1990**).

---

<sup>6</sup> Tal vez pueda esperarse alguna respuesta afirmativa a la vista de algunas excepciones establecidas por el TC a su criterio general sobre suspensión, en el proceso de amparo, de resoluciones judiciales con efectos meramente económicos o patrimoniales: la insolvencia de quien debería responder de los daños y perjuicios le inclina excepcionalmente a sostener que el perjuicio puede ser irreparable si no hay suspensión. Véase VECINA CIFUENTES, *Las medidas cautelares*, cit., p. 234.



e) Para un embargo preventivo, en la apreciación de una apariencia de derecho acreditada documental y con el contrapeso de la responsabilidad para el caso de alzamiento (**STC 14/1992**).

f) Para una medida indeterminada concretada en la suspensión de la ejecución de la sentencia dictada en un proceso interdictal, en un razonamiento, exteriorizado en la motivación, en el que se ponderen la naturaleza y efectos de las sentencias del juicio interdictal y del ordinario posterior, unido a unas garantías para los eventuales perjuicios (**STC 210/1993**).

Que las resoluciones del TC entren en este tipo de consideraciones, no significa que el TC estime que puede revisar el enjuiciamiento cautelar del juez ordinario para conceder eventualmente el amparo.

**J)** Sólo si la denegación o la concesión de una medida cautelar afecta a un derecho fundamental sustantivo el Tribunal Constitucional ha entendido poder revisar ese enjuiciamiento y conceder el amparo si estima que el derecho fundamental sustantivo afectado ha sido violado. La **STC 237/1991**, tras afirmar la irrelevancia constitucional “*de las irregularidades procesales que hayan podido producirse en el transcurso del procedimiento*”, hace, *obiter dicta*, la salvedad de las que “*representen por sí mismas la lesión de otro derecho fundamental sustantivo*”.

En efecto el amparo es concedido por la **STC 144/1991** en un caso en el que estaba en juego el derecho a la libertad (autorización judicial del internamiento de extranjero sometido a procedimiento administrativo de expulsión) -aunque el TC resalta, para estimar el amparo, la previa infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, por falta de una decisión libre y razonada del juez ordinario-, y por la **STC 148/1993** en un caso en el que la resolución sobre la tutela cautelar violaba el derecho de huelga, conclusión a la que llega el TC revisando el presupuesto de *fumus boni iuris*. El **ATC 588/1985**, respecto a un amparo que se fundaba en que una medida cautelar de secuestro de cierta publicación afectaba a la libertad de expresión, declara su inadmisión pero con argumentos tan de fondo como que la libertad de expresión no es un derecho absoluto y no se aduce indicio alguno de su vulneración en el caso (es decir: no concurre *fumus boni iuris*).

**K)** ¿Qué ocurre si el derecho fundamental afectado por la resolución sobre la medida cautelar es el derecho a la tutela judicial efectiva?

Vimos en los apartados E, F y G que esa afectación podía producirse mediante cierta clase de resoluciones denegatorias de una tutela cautelar solicitada.

Pero, por otra parte, también se le ha planteado al TC en amparo que ciertas resoluciones de concesión de medidas cautelares violan el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de diferentes modos, en concreto:

a) por la razón muy genérica de afectar a la esfera jurídica del demandado sin previo vencimiento en proceso declarativo, sobre los solos presupuestos de una medida cautelar (**ATC 186/1983**, **ATC 434/1984**, **ATC 1340/1987**, **STC 14/1992**).

b) Por concederse la tutela sin motivación o fundamentación en Derecho (**STC 144/1990**) o mediante una resolución irrazonable, contradictoria y carente de fundamentación jurídica (**STC 218/1994**).

c) Por consistir la medida en la suspensión de la eficacia de una sentencia ejecutiva y, por tanto, limitarse con ello el derecho a que el fallo se cumpla (**STC 210/1993, STC 39/1995**).

d) Porque la consignación del importe de la condena para la admisibilidad del recurso -lo que para el TC cumple una función cautelar- puede en algunos supuestos impedir la efectividad práctica del derecho a la tutela judicial efectiva como derecho al recurso llamado legal (**STC 90/1983, STC 172/1985, STC 114/1992, STC 99/1989, STC 84/1992**).

e) Por alterar una medida cautelar precedentemente adoptada y que era más favorable al sujeto pasivo de la misma (**STC 105/1994, ATC 201/1992**).

En casos correspondientes a ambos modos de afectación del derecho a la tutela judicial efectiva, el TC ha argumentado en torno a cómo, en función de qué criterios debe razonar o ha razonado el juez ordinario para resolver sobre la petición de tutela cautelar, pero esa argumentación no le ha servido para conceder el amparo, salvo en un caso.

Por regla general el TC siempre ha entendido que el enjuiciamiento cautelar compete al juez ordinario, que debe realizarlo motivadamente y con sujeción a la regulación legal de la medida. Ciertamente también ha sostenido el TC que podría entrar a revisar ese enjuiciamiento si el resultado del mismo fuera la “aniquilación absoluta” del derecho o interés cuya tutela se pidiera en el proceso principal (apartado G), pero ante el TC no ha llegado ningún caso en el que se entendiera existente esa situación límite y en el que, en consecuencia, el Tribunal haya podido conceder el amparo por la pura lesión del derecho a la tutela cautelar como componente del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, no por la violación concurrente de otro derecho fundamental sustantivo.

Esta regla ha tenido -como dije- una excepción: la **STC 39/1995** relativa a un caso en el que podía apreciarse una falta radical de justificación instrumental de la medida de suspensión de la ejecución de una sentencia, porque la sentencia de un proceso pendiente sobre declaración de error judicial, no podía modificar la sentencia cuya ejecución se suspendió, sino sólo originar un derecho a indemnización en favor del perjudicado. No obstante, sorprende la estimación del amparo porque ni la medida cautelar implicaba “aniquilación” del derecho reconocido por la primera sentencia (se había constituido aval bancario por el importe de la condena), y porque el texto del art. 293.1, g de la LOPJ (“La mera solicitud de declaración del error no impedirá la ejecución de la resolución judicial a la que aquél se impute”) permitía interpretar la ley ordinaria en el sentido de que se podía suspender la ejecución con la concurrencia de algún requisito adicional a la presentación de demanda de declaración de error judicial.

L) La prohibición de indefensión no es violada por el hecho de que para resolver sobre una medida cautelar se establezca y se aplique un régimen de contradicción diferida, porque esto está justificado por la función de garantizar la efectividad de la tutela judicial que cumple la tutela cautelar (**ATC 186/1983, ATC 69/1985**). Esta justificación no es necesario que sea concreta (en el sentido de que deba darse un peligro especial debido a la contradicción previa), sino que concurre por la propia naturaleza de la tutela cautelar (**STC 14/1992**).

**M)** El TC llega incluso a sostener que la prohibición de indefensión tampoco es violada por infringirse, en el caso concreto, el específico régimen de contradicción establecido para una medida cautelar por la ley ordinaria, siempre que no esté excluida alguna posibilidad (aunque sea indefinida) de revisión de una medida cautelar acordada por resolución firme (**ATC 284/1983, ATC 340/1983, ATC 69/1985**), o, de modo más extremo aún, si el sujeto pasivo de la medida cautelar ha tenido posibilidad de ser oído en el proceso principal (**STC 218/1994**). Lo último explica, a mi juicio, la afirmación de irrelevancia constitucional de los problemas de personación en el incidente cautelar de la persona jurídica sujeto pasivo de la medida (**STC 27/1995**).

**O)** Para la actividad procesal referida a las medidas cautelares rige el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas (**STC 215/1992**) y con un deber especial de diligencia a causa de la función propia de la tutela cautelar (**STC 144/1995**).

**EL JUEZ ESPAÑOL ANTE EL CONVENIO EUROPEO  
DE DERECHOS HUMANOS Y ANTE LAS SENTENCIAS DEL TEDH<sup>(\*)</sup>**

MANUEL ORTELLS RAMOS  
Catedrático de Derecho Procesal  
Universitat de València

1. OBJETIVOS DEL SEMINARIO Y OPORTUNIDAD DEL MISMO. LA ENTRADA EN VIGOR DEL PROTOCOLO NUMERO 11 Y EL NUEVO RÉGIMEN DE GARANTÍA JURISDICCIONAL DEL CEDH

Los objetivos de este seminario no son sólo informativos sobre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante: TEDH), sobre sus funciones y sobre resultado de las mismas, es decir una amplia jurisprudencia sobre los derechos fundamentales y libertades reconocidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante: CEDH) y Protocolos complementarios. Se trata principalmente de poner de manifiesto como la actividad jurisdiccional del juez español resulta afectada por el sistema de protección de los derechos humanos instaurado en el ámbito del Consejo de Europa, que no puede ser visto como un sistema alejado y en contacto solo esporádico con el ordenamiento español, a través de casos revestidos de cierta fama.

Por una parte, el CEDH, como tratado ratificado y oficialmente publicado, forma parte del ordenamiento español (art. 96.1 CE) y, en consecuencia, ha de ser aplicado por los jueces si se dan los supuestos de aplicación de sus normas. En este aspecto concurre, además, la norma especial del art. 10.2 CE, que impone interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas que la propia Constitución reconoce "de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España".

Por otra parte, el CEDH establece un órgano específico para la garantía jurisdiccional de los derechos reconocidos en el Convenio, el TEDH, al que -ahora con particular nitidez como explicare luego- pueden acceder los ciudadanos de los Estados parte en pretensión de que se declare que se ha producido una violación de tales derechos. Esta posibilidad ha permitido la formación de un cuerpo de doctrina jurisprudencial muy amplio y variado en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, respecto al que cabe preguntarse que eficacia tiene para un juez español que se ve en la tesitura de resolver casos similares.

---

<sup>(\*)</sup> Publicado en *Seminario sobre jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Generalitat Valenciana, Consellería de Benestar Social, Valencia, 1998, pp. 13-45.

En fin, las sentencias del TEDH pueden ser estimatorias de la pretensión declarativa de violación de un derecho reconocido en el CEDH producida en el ordenamiento español. Se plantea, entonces, cual va a ser la eficacia de esa sentencia en el ordenamiento español, si hay instrumentos jurídicos en Derecho interno que posibiliten eliminar la violación en cuanto subsista y, caso de no haberlos, cómo deberían configurarse para ser adecuados. En esta materia, junto a problemas de política legislativa que pueden resultar algo alejados de lo que más inmediatamente interesa al trabajo judicial, se suscitan problemas aplicativos de alguna importancia. Por ejemplo: la articulación entre la acción de Derecho interno de responsabilidad del Estado por error judicial y funcionamiento anormal de la Administración de justicia y la acción subsidiaria de satisfacción por equivalente que puede resolver el TEDH; la incidencia en las técnicas de tutela de este Tribunal, desde el punto de vista de Derecho español, del incidente de nulidad posterior a sentencia firme establecido por la nueva redacción del art. 240.3 y 4 LOPJ.

Para alcanzar los objetivos citados las ponencias tienen un doble carácter. Esta primera trata de algunos problemas generales del Convenio como fuente aplicable por los jueces en Derecho español y de la eficacia -en los diferentes sentidos que ya han sido apuntados- de las sentencias del TEDH. Las restantes ponencias se ocupan de determinados derechos fundamentales reconocidos en el CEDH, de la jurisprudencia del TEDH acerca de los mismos y de la específica proyección de todo ello sobre cuestiones de Derecho español, especialmente de proceso penal.

El momento de celebración de este seminario ha sido, además, muy oportuno. Precisamente el día 1 de noviembre pasado ha entrado en vigor el Protocolo número 11 al CEDH.

Su objeto principal es reformar el sistema de tutela jurisdiccional específico de los derechos reconocidos en el CEDH, para lo cual ha suprimido la Comisión Europea de Derechos Humanos -lo que implica la desaparición de su importante función en la admisión de demandas directas de los ciudadanos de los Estados parte- y ha dado una nueva ordenación a la organización y poderes del TEDH. En un apartado posterior explicaré las líneas generales de esa nueva ordenación.

Se ha aprovechado la reforma también para sistematizar y mejorar técnicamente el conjunto de textos normativos que regulan el reconocimiento y protección de los derechos humanos en el ámbito del Consejo de Europa.

Ese conjunto de textos se había ido formando a partir del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales (hecho en Roma, el 4 de noviembre de 1950) y estaba integrado, junto con ese texto inicial, por una serie de Protocolos sobre distintos objetos y con diferentes finalidades.

El CEDH contenía -y contiene- normas de dos clases: de reconocimiento de derechos y alcance de los mismos -principalmente el art. 1 y el Título I, aunque alguna importante también se incluye en el Título V- y de ordenación de un régimen de garantía frente a las posibles violaciones de los derechos reconocidos -Títulos II, III y IV-.



Los Protocolos formulan también normas de esa doble calidad, con dos técnicas diferentes. Unos Protocolos (los numero 3, 5 y 8, referidos todos al régimen de garantías) modifican las disposiciones contenidas en el propio texto del Convenio, de modo que el contenido de aquellos queda incorporado a este. El Protocolo numero 2 amplía los poderes del TEDH, atribuyéndole competencia para emitir dictámenes consultivos y regulando el ejercicio de la misma, pero mantiene esta ordenación fuera del texto del Convenio. Los Protocolos números 9 y 10 se referían igualmente a dos aspectos del régimen de garantía de los derechos reconocidos. Otros Protocolos (los números 1, también conocido como protocolo adicional, 4, 6 y 7) amplían los derechos reconocidos en el CEDH, el alcance de su reconocimiento o restringen las limitaciones que se les pueden imponer.

El Protocolo número 11 ha afectado a ese conjunto de la siguiente manera:

a) en el texto del CEDH: ha sustituido los antiguos Títulos II, III y IV de la Convención por un nuevo Título II, con el epígrafe "Tribunal Europeo de Derechos Humanos"; ha encabezado el Título I con el epígrafe "Derechos y libertades" y ha establecido epígrafe para cada uno de los artículos; el antiguo Título V pasa a ser Título III con el epígrafe de "Disposiciones varias" y epígrafes en cada uno de sus artículos; en fin, ha dado nueva numeración a los artículos en lo necesario y ha reajustado las remisiones internas.

b) En el texto de los Protocolos numero 1, 4, 6 y 7: ha asignado epígrafe a cada uno de sus artículos y ha reajustado a la nueva numeración de los artículos del Convenio las remisiones de determinados artículos de los Protocolos.

c) Ha derogado el Protocolo numero 9. Mantiene temporalmente en vigor el Protocolo numero 10, hasta que el Comité de Ministros resuelva los asuntos que tuviera pendientes según el antiguo art. 32 CEDH (art. 5.6 Protocolo numero 11), artículo del que el Protocolo citado modificó el régimen de mayorías para adopción de acuerdos.

d) Ha derogado el Protocolo número 2, dado que la función consultiva del TEDH es regulada por los nuevos arts. 47 al 49 CEDH.

Las fuentes después del Protocolo numero 11 son, pues, -además, obviamente, del protocolo citado- el CEDH -con los tres Títulos que han quedado dichos- y los Protocolos 1, 4, 6 y 7. Debe tenerse en cuenta, además, que no han sido ratificados por España<sup>1</sup> y, por tanto, no están vigentes en nuestro país, los Protocolos número 4 (derecho a no ser privado de libertad por no poder cumplir obligaciones contractuales; derechos de libertad de movimientos y de fijación de residencia, conexos, en algunos supuestos, con la situación de extranjeros) y numero 7 (derechos procedimentales de los extranjeros en caso de expulsión; derecho al recurso del que ha sufrido una condena penal; derecho a indemnización por error judicial en condena penal; derecho a no ser doblemente juzgado, ni condenado, por el mismo hecho; igualdad de derechos y obligaciones de los cónyuges en el matrimonio y respecto a los hijos).

---

<sup>1</sup> Según la información proporcionada por la página web del TEDH, a fecha de 15 de septiembre de 1998, estos dos protocolos no habían sido aun ratificados por España.

## 2. EL JUEZ ESPAÑOL Y EL CEDH COMO NORMA

El CEDH y los protocolos que se han indicado en el apartado anterior forman parte de las normas que un juez español ha de aplicar tanto en la dirección de un proceso (piénsese en los derechos de contenido procesal reconocidos en los artículos 5 y 6 CEDH), como al dictar sentencia sobre el objeto del proceso. Obviamente a condición de que, atendido aquello sobre lo que ha de resolver en la dirección del proceso o en cuanto al fondo, las disposiciones del CEDH sean de aplicación.

En cuanto tratado ratificado por España y publicado en el Boletín Oficial del Estado forma parte del ordenamiento interno (art. 96.1 CE; art. 1.5 CC) forma parte del ordenamiento español. Adicionalmente puede decirse -dejando a un lado valoraciones de vigencia y atendiendo a las posibilidades prácticas de aplicación- que los jueces pueden tener frecuentes oportunidades de plantearse la aplicación de estas normas, porque, aunque formen parte de tratados internacionales, no configuran sólo obligaciones entre Estados, sino que reconocen a las personas derechos que han de hacerse efectivos en la vida social y en sus relaciones con los poderes públicos.

Además de lo que se deduce de los preceptos citados de la Constitución y del Código Civil, el art. 10.2 CE establece "las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España". Esto ha llevado a la doctrina a preguntarse si supone atribuir a estos específicos tratados internacionales un valor jurídico especial.

Las opiniones expresadas presentan alguna variedad.

Para Liñán Nogueras esa disposición constitucionaliza la interpretación que se deriva de los tratados internacionales sobre derechos humanos y que pueda aplicarse a los derechos y libertades fundamentales reconocidos en la Constitución. En los primeros años de vigencia de la Constitución, principalmente, esa norma contribuyó a que los tribunales españoles contaran con un marco suficiente para la interpretación de los derechos fundamentales, del que carecían por falta de tradición<sup>2</sup>.

Para Linde Paniagua la función interpretativa de las normas sobre derechos humanos de los tratados sobre la materia en los que España sea parte no es el componente más peculiar del art. 10.2 CE. Su sentido específico es la validez normativa que concede a la doctrina jurisprudencial del órgano de tutela jurisdiccional del CEDH<sup>3</sup>.

Fernández de Casadevante ofrece una síntesis de las opiniones formuladas, de las que, por cierto, el precepto comentado no sale con un perfil muy definido: los preceptos de los tratados relativos a derechos humanos cumplen una función interpretativa de los derechos y libertades fundamentales reconocidos por la CE, pero

---

<sup>2</sup> LIBAN NOGUERAS, D., *Efectos de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Derecho español*, REDI, 1985, pág. 365, 367.

<sup>3</sup> LINDE PANIAGUA, E, en *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, Madrid, 1983, pág. 180-181.

solamente en cuanto falte claridad en el reconocimiento de tales derechos y libertades; esa función interpretativa solo puede ser utilizada *in bonus*, no *in peius*, para lo que aduce el art. 60 CEDH; entiende también que los elementos interpretativos no solo lo proporcionan las disposiciones de los tratados que reconocen los derechos, sino también los criterios que ha establecido y desarrollado el TEDH en su función de aplicación del CEDH<sup>4</sup>.

Requejo Pagés define con gran precisión la diferente incidencia en el valor de los tratados internacionales del art. 10.2 CE y de los arts. 93 y siguientes CE. Por el primer artículo citado se incorporan al ordenamiento español normas internacionales que serán condicionantes de la validez de las normas internas cuando unas y otras disciplinan los derechos y libertades del Título I, mientras que los tratados a los que se refiere el art. 93 incorporan sistemas normativos que implican la integración de derechos que, al no estar recogidos en el Título I CE en ningún caso constituirán condición de validez de las normas nacionales. Sigue este autor: "... los tratados referidos a derechos y libertades reconocidos en la Constitución definen, con ésta, el contenido que a tales derechos y libertades corresponde en el Ordenamiento español, erigiéndose en canon de validez de normas internas, en tanto que los tratados relativos a derechos no constitucionalizados implican la integración de derechos cuya disciplina se impone, en su aplicación, a eventuales normas internas contradictorias"<sup>5</sup>.

Veremos, en los dos siguientes apartados, las repercusiones prácticas de las principales de estas opiniones. Ello contribuirá a formar opinión crítica de la posición del juez español ante el CEDH y ante la doctrina jurisprudencial del TEDH.

---

<sup>4</sup> FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, C., *La aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos en España*, Madrid, 1988, pág. 53-56.

<sup>5</sup> REQUEJO PAGÉS, J.L., *Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento*, Madrid, 1995, pág. 92-93

3. EL CEDH COMO NORMA QUE INTEGRA, CON LA CONSTITUCIÓN, EL RECONOCIMIENTO Y ALCANCE DE DETERMINADOS DERECHOS FUNDAMENTALES. LOS RIESGOS DE REDUCCIÓN DEL ESTÁNDAR DE PROTECCIÓN NACIONAL POR AJUSTE AL ESTÁNDAR EUROPEO Y LOS ARGUMENTOS PARA CONTRARRESTARLOS. CONSIDERACIÓN DE ALGUNOS SUPUESTOS

En la tesis explicativa de Requejo Pagés el art. 10.2 CE implica o determina que "a partir de los *enunciados* Constitucionales de derechos solo cabe concretar, vía interpretación -esto es, creativamente-, normas conformes con las disciplinas sustantivas de los sistemas internacionales. Los derechos y libertades Constitucionales tienen, pues, un contenido que es el resultado de la conjunción de su definición Constitucional con la definición realizada por los sistemas externos, en el bien entendido que, en todo caso, será esta última la que, caso de conflicto a de contradicción, habrá de prevalecer"<sup>6</sup>.

Esta tesis -construida, por otra parte, con gran rigor lógico- deja directamente planteado el más grave inconveniente que deriva de una cierta comprensión de las relaciones entre el sistema europeo de protección de los derechos humanos y el sistema nacional. Me refiero a la posibilidad de que la prevalencia de aquél acabe por producir una reducción del estándar o grado con el que tales derechos son reconocidos.

Escribía Muñoz Machado, en 1988, que

"normalmente se da por asumido que la protección dispensada por la Convención es más excelente, de forma que, si se postula una convergencia entre sus principios y los del Derecho interno, siempre se piensa por elevación del Derecho interno, que se supone ordinariamente en posición más deficitaria. Las peculiaridades del sistema jurídico ideado por la Convención facilita esta imagen. El Tribunal de Estrasburgo es un órgano jurisdiccional que opera condenando las infracciones del estándar de protección establecido por la Convención, pero nunca ha tratado de imponer ese nivel de garantía sobre el que existe en los Estados firmantes del Convenio, si resulta ser más elevado. ( ... ) El sistema jurídico del Convenio Europeo de 1950 no supone, por tanto, dadas sus características, riesgo alguno de rebaja del estándar nacional de protección de los derechos fundamentales. ( ... ) Siendo ello así, si se pudieran contrastar, libertad por libertad, las resoluciones de la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con las jurisprudencias de los Estados miembros, y especialmente con las jurisprudencias Constitucionales, se vería cuantas veces, en los Estados exigentes con las garantías de la libertad, la protección dispensada por el ordenamiento interno aventaja al estándar europeo"<sup>7</sup>.

En este contexto de ideas enmarca el ilustre administrativista su reflexión acerca del modo en el que el Tribunal Constitucional utiliza en su argumentación la jurisprudencia del TEDH: "Ha usado aquél, ciertamente, muchísimas veces esa jurisprudencia. Pero notara el lector de este ilustrativo libro que, sin excepción, las citas son siempre de autoridad. No se encontrara en parte alguna de la jurisprudencia Constitucional una revisión crítica de la aludida doctrina del Tribunal Europeo para determinar si nuestra Constitución permite aún interpretaciones más favorables. Siendo ello así, el estándar de protección europeo y el nacional tienden a confundirse

---

<sup>6</sup> REQUEJO PAGÉS, J.L., *Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento*, Madrid, 1995, pág. 91-92.

<sup>7</sup> MUÑOZ MACHADO, S., prólogo al libro de FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, C., *La aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos en España*, Madrid, 1988, pág. 16-18.

aún en los casos en que el derecho interno ofrece mayores garantías. El Convenio Europeo y la jurisprudencia que lo aplica tienden a convertirse así no sólo en la garantía básica de los derechos fundamentales en todos los Estados firmantes, sino en la garantía máxima"<sup>8</sup>.

En 1993, y de manera independiente de la precedente reflexión de Muñoz Machado, anotaba yo, en un trabajo sobre la jurisprudencia del TEDH sobre el art. 6 del CEDH en el proceso penal:

"Soy consciente de que la jurisdicción europea de derechos humanos juzga con la medida del Convenio y proyecta su enjuiciamiento sobre actividades de Estados cuyos ordenamientos jurisdiccionales (orgánicos y procesales) tal vez coincidan en lo fundamental, pero en otros elementos también importantes son muy diversos. Quien tenga inclinación a analizar los casos que se someten al TEDH, y las soluciones que éste da a los mismos, desde los criterios de nuestro Derecho interno, principalmente -habida cuenta de la materia- desde los que fija nuestra norma Constitucional, puede quedar sorprendido ante ciertas sentencias".

"Esa impresión ciertamente no está justificada si se comprende bien la labor que el TEDH tiene encomendada".

"Pero tampoco es de recibo la actitud en cierto modo contraria. Es decir, la tendencia a conformarse, a la hora de valorar la legitimidad, desde el punto de vista de los derechos fundamentales, de ciertas regulaciones y prácticas del Derecho interno, con las pautas que ofrece el CEDH y la jurisprudencia que lo concreta"<sup>9</sup>.

Partiendo de esa preocupación cabe, en principio, mantener reservas frente a la comprensión del art. 10.2 CE como norma que incorpora al ordenamiento español un *plus* normativo en el reconocimiento de derechos fundamentales.

Si debiera entenderse así, el reconocimiento de los derechos fundamentales, y la determinación de los límites de ese reconocimiento, se produciría mediante diversos bloques de normas concurrentes: las contenidas en el Título I, Capítulo II CE y las de los Convenios internacionales relativos a esta materia que formulen declaración de derechos. Esto, en primer término, generaría importantes dificultades técnicas de interpretación sistemática, pues para "conformar" la norma completa reguladora del supuesto habría que partir de una interpretación de dos a tres series de disposiciones referidas al mismo derecho y con diferencias tal vez importantes en esa referencia. Pero más grave sería la siguiente consecuencia: si el estándar de reconocimiento de los derechos del sistema externo es inferior al estándar nacional, el Tribunal Constitucional debería no considerar contraria a la Constitución cualquier norma a acto que respetara el estándar mínima, de modo que una disposición como la del art. 10.2 CE, que parece puesta para reforzar el reconocimiento y protección de los derechos humanos, acabaría por operar en sentido contrario.

Que estas conclusiones, como tesis, han de ser excluidas no plantea ninguna duda. Veamos los argumentos.

---

<sup>8</sup> MUÑOZ MACHADO, S., prólogo al libro de FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, C., *La aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos en España*, Madrid, 1988, pág. 18.

<sup>9</sup> ORTELLS RAMOS, M., *Jurisprudencia del TEDH sobre el art. 6 del CEDH en el proceso penal*, en "La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", Madrid, 1993, pág. 176.



El más directo es el del art. 53 (antiguo art. 60) CEDH, según el cual: "Ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar a perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que esta sea parte". La norma que se deduce de aquí deja claro que, incluso si la inserción del CEDH en nuestro ordenamiento se produce como antes se indica, la necesaria interpretación sistemática solo puede conducir, si es correctamente realizada, a un resultado que establezca como norma la que reconozca con más amplitud, imponga menor restricción y confiera mayor protección al derecho fundamental de que se trate.

Otro fundamento -a mi juicio menos consistente que el acabado de citar, por más impreciso- es la finalidad a la que respondió la inclusión de la disposición comentada en la Constitución<sup>10</sup>. La intención inicial de la enmienda presentada en el Senado por UCD era, al parecer, evitar que la propia Constitución reconociera determinado aspecto del derecho a la educación en un sentido que aquel grupo político consideraba restrictivo. Las razones de la oposición del grupo socialista consistieron en resaltar la superioridad del estándar de protección establecido por la Constitución. El texto al final aprobado, en vez de referirse genéricamente a que la tutela y garantía de las libertades y derechos se realizaría de conformidad con los acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por España -lo que, realmente, mantenía abiertas dudas sobre cuál era la norma principal de reconocimiento de tales derechos-, dejó patente el carácter primordial del reconocimiento constitucional de los mismos y el carácter complementario -interpretador, integrador llegaba a decir una de las enmiendas tenidas en cuenta para la redacción definitiva- de las normas de los tratados internacionales sobre derechos humanos. Desde todos los puntos de vista no se trataba de dejar abierta la puerta a mermas en estos derechos, sino, todo lo contrario, de completar su reconocimiento y protección si llegara a ser necesario.

Puede ser bueno, para ilustrar todo lo anterior, realizar una comparación entre las formulaciones normativas del reconocimiento de algunos derechos en el CEDH y ese mismo reconocimiento en la Constitución española. Apuntaré sólo algunos ejemplos claros:

a) El derecho a no declarar sobre la propia ideología, religión o creencias, tan netamente reconocido en el art. 16.2 CE, sólo con dificultad cabría deducirlo de la libertad de manifestar las propias religión y convicciones, que establece el art. 9.1 CEDH, con el principal objeto de que sea permitida la demostración externa de las mismas.

b) En las restricciones al derecho a la libertad por causa de detención: el plazo fijado por el art. 17. 2 CE para que la persona detenida sea puesta a disposición de un juez, contrasta con el plazo indefinido para que un detenido pueda formular un recurso judicial sobre la legalidad de su detención (art. 5.4 CEDH) y con la posibilidad permitida por el art. 5.3 CEDH de que la puesta a disposición no lo sea ante un juez, sino ante otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales.

---

<sup>10</sup> Véase la detallada información que al respecto proporciona LINDE PANIAGUA. E., en *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, Madrid, 1983, pág. 167-172.

c) Garantía jurisdiccional, según el art. 18.2 Y 3 CE, para las injerencias en los derechos a la inviolabilidad de domicilio, y al secreta de las comunicaciones, que contrasta con la disposición del art. 8.2 CEDH, que permite que cualquier autoridad pública de acuerdo con la ley este investida de la potestad de realizar tales injerencias, siempre que se respeten las causas del Convenio y que se pueda recurrir después ante una instancia nacional (art. 13 CEDH).

d) En el ámbito de las libertades de expresión y de información: según el art. 20.5 CE, el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de comunicación sólo compete al poder judicial, frente a la posibilidad de imponer restricciones a tales derechos por las causas fijadas por el art. 10.2 CEDH sin precisar qué clase de autoridad pública habrá de estar investida de la correspondiente potestad.

e) Expresa no necesidad de autorización previa para el ejercicio del derecho de reunión, salvo en lugares de tránsito público (art. 21.1 CE), frente a la indefinición al respecto del art. 11 CEDH.

f) Derecho a participar en elecciones libres y periódicas "par sufragio universal", reconocido par el art. 23.1 CE), en contraste con la falta de expresa indicación de esta ultima forma de elecciones en el art. 3 del Protocolo adicional.

h) Reconocimiento de la libertad de personas físicas y jurídicas de creación de centros docentes (art. 27.6 CE), frente a los más difusos derechos a manifestar la religión y convicciones a través de la enseñanza (art. 9.1 CEDH) y a que sean respetadas, en la enseñanza, las convicciones religiosas y filosóficas de los padres (art. 2 del Protocolo adicional).

i) En fin, el principio de igualdad que, según el art. 14 CE, es reconocido respecto de cualesquiera posiciones jurídicas de los españoles, en el art. 14 CEDH es también formulado, pero solamente respecto de los derechos reconocidos en el Convenio.

4. LA VINCULACIÓN DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES A LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH SOBRE LOS DERECHOS RECONOCIDOS EN EL CONVENIO. INEXISTENCIA DE TAL VINCULACIÓN JURÍDICA Y RIESGOS IMPLÍCITOS EN SU AFIRMACIÓN. ANÁLISIS DE UN SUPUESTO: EL CONCEPTO DE TRIBUNAL INDEPENDIENTE

Otro de los significados específicos atribuidos al art. 10.2 CE es el que defiende Linde. "Entendemos -dice este autor- que la remisión que hace el art. 10.2 de la Constitución debe comprenderse en el sentido de que esta hace suya la interpretación de los derechos y libertades, llevada a cabo por el Tribunal de Derechos Humanos. De modo que a los efectos de verificar el sentido y alcance de los derechos y libertades del Título I de la Constitución esta se vincula a las interpretaciones llevadas a cabo por el referido Tribunal, que con arreglo a lo dispuesto en el artículo 45 del Convenio es el órgano competente para interpretarla y aplicarla (*sic*)"<sup>11</sup>. Puntualiza luego que "debe entenderse como vinculación a un standard mínimo susceptible de verse incrementado por la legislación española y por la práctica de nuestros tribunales"<sup>12</sup>.

**A) Falta de fundamento de esta tesis**

Entiendo que esta tesis, por una parte, carece de fundamento normativo, y, por otra parte, acentúa el riesgo de reducción del estándar nacional de protección.

En cuanto a la falta de fundamento normativo. Es difícil, en primer lugar, encontrar en el art. 10.2 CE una referencia ni siquiera aproximada a esa jurisprudencia. Y no es extraño, porque otros textos internacionales, también reclamados por la Constitución para contribuir a la interpretación de los derechos fundamentales reconocidos por ella, carecen de órganos de garantía que generen doctrina sobre su aplicación en casos concretos.

En segundo lugar, una afirmación como la apuntada no puede sostenerse, sin mejores fundamentos, en un ordenamiento como el español en el que la "vinculación" a la jurisprudencia o una precisa eficacia jurídica de esta -incluso sin llegar a establecer vinculación- se establece sólo en supuestos y con alcance determinado, como corresponde a un sistema de fuentes en el que el juez está sujeto a la ley y ha de determinar autónomamente el sentido de ésta. Esos supuestos en nuestro Derecho son la referencia del art. 1.6 CC al carácter complementario del ordenamiento de la jurisprudencia elaborada por el Tribunal Supremo al aplicar el sistema de fuentes, la del art. 5.1 LOPJ a que los jueces y tribunales han de aplicar las leyes según los preceptos y principios constitucionales y de conformidad con la interpretación que el Tribunal Constitucional realice de los mismos en cualquier proceso Constitucional<sup>13</sup>, la infracción de jurisprudencia como motivo de la casación en el proceso civil (art. 1692.4º LEC), casación para la unificación de doctrina en el proceso laboral (art. 216 y sigs. LPL) y en el proceso administrativo (art. 96 LJCA). No aparece contemplada ninguna vinculación, ni otra eficacia específica de la jurisprudencia del TEDH.

---

<sup>11</sup> LINDE PANIAGUA, E., en *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, Madrid. 1983, pág. 181.

<sup>12</sup> LINDE PANIAGUA, E., en *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, Madrid. 1983, pág. 181

<sup>13</sup> Sobre este problemático precepto véase, Vijande.

Por otra parte, esa vinculación habría de ser también, y principalmente, efectiva respecto del Tribunal Constitucional, pero para el mismo establece el art. 1.1 LOTC que "está sometido sólo a la Constitución y a la presente Ley Orgánica".

En fin, ni dentro del propio sistema de garantía jurisdiccional del CEDH se establecen vinculaciones a la jurisprudencia del TEDH. No creo que sea representativa de las mismas la muy frecuente referencia a sus propias sentencias que hace el TEDH. Eso es muestra del deber de motivación y del deber de evitar aplicaciones discriminatorias, por infundadas e irracionalmente diferentes, del texto normativo. Más bien creo que constituye un dato en contra de la vinculación a la propia jurisprudencia la exclusión que ahora hace el art. 47 CEDH (pero que ya hacia el art. 1.2 del Protocolo numero 2) de que los dictámenes consultivos versen sobre el contenido y alcance de los derechos reconocidos o sobre cualquier cuestión de la que el TEDH pueda conocer por haberse interpuesto una demanda de las previstas en el CEDH. Se pretende, a mi juicio, evitar que los criterios formulados por el tribunal con referencia a cuestiones tal vez hipotéticas y, en todo caso, de modo abstracto y general, adquieran un peso importante a la hora de decidir los casos concretos. Una eficacia jurídica específica de la jurisprudencia del TEDH la reconoce ahora el art. 30 CEDH, al establecer que el conocimiento de un asunto puede ser deferido por la Sala a la Gran Sala si la solución del mismo puede conducir a una contradicción con una sentencia anterior del Tribunal.

**B) Acentuación del riesgo de reducción del estándar nacional de protección. Una comprobación con el concepto de "tribunal independiente" a los efectos del art. 6.1 CEDH**

La segunda objeción fundamental es la acentuación del riesgo de reducción del estándar nacional. Si se afirma la vinculación a la jurisprudencia del TEDH, y esa idea cobra fuerza, el riesgo de que se acabe rebajando el estándar nacional es mayor.

La jurisprudencia del TEDH es, en materia de protección de los derechos humanos, una jurisprudencia de mínimos. Ahora quiero resaltar uno de los sentidos de esto. El TEDH, al enjuiciar un caso de un país determinado, en el que el estándar de reconocimiento y protección de un también determinado derecho fundamental sea (por hipótesis) más bajo que en España, pero más elevado que el del propio Convenio, habrá de desestimar la demanda, aun teniendo presente y aplicando correctamente el art. 53 (antiguo 60) CEDH. Si la doctrina de esa sentencia, que ha negado la violación del derecho, fuera vinculante o debiera ser reconocida como revestida de autoridad, los jueces españoles podrían legítimamente tender a aplicaciones ajustadas al estándar de - digamos- grado intermedio.

Para mayor ilustración es conveniente analizar un supuesto específico.

Probablemente lo más ilustrativo sea cómo comprende la doctrina jurisprudencial del TEDH el concepto de tribunal a los efectos del derecho a la garantía jurisdiccional, tanto en materia penal como en materia civil, reconocida en el primer apartado del art. 6 CEDH<sup>14</sup>.

Las primeras determinaciones en la jurisprudencia del TEDH acerca de lo que debe entenderse por tribunal resultan claramente insatisfactorias porque expresan un concepto meramente funcional del mismo.

Así en el fundamento jurídico 76 de la sentencia del TEDH de 28 de junio de 1984, asunto Campbell y Fell, puede leerse lo siguiente:

"En este caso, no se discute que un comité de inspectores, cuando ejercita sus facultades litigiosas, es 'un tribunal establecido por la ley'. El Derecho inglés aplicable le concede, sin duda, facultades para tomar resoluciones con fuerza de obligar en el ámbito de que se trata, y esta función es judicial como lo demuestra la jurisprudencia ST.Germain (...). Además, el art. 6.1 al utilizar la palabra 'Tribunal' no se refiere necesariamente a un órgano de tipo clásico, formando parte de la organización judicial ordinaria del país".

Y, de modo similar, en el fundamento jurídico 64 de la sentencia del TEDH de 29 de abril de 1988, asunto Belilos, se indica:

"según la jurisprudencia de Tribunal, un 'tribunal' se caracteriza, en el sentido de fondo del término, por su función judicial: resolver, conforme a las reglas de Derecho pues de un procedimiento reglado, cualquier cuestión que dependa de su competencia".

Realmente si hubiera que conformarse con estas constataciones, la garantía jurisdiccional quedaría prácticamente anulada, porque cada Estado sería libre para configurar el régimen del órgano al que vaya a atribuir la función jurisdiccional.

Sin embargo este riesgo no es tan grave porque el Convenio impone que el órgano al que se encomienden funciones jurisdiccionales reúna los requisitos de independencia y de imparcialidad.

Pero ¿Cómo concreta el TEDH el requisito de la independencia? El TEDH atiende con ese fin a una serie de criterios que se compendian en el fundamento jurídico 8 de la sentencia del TEDH de 28 de junio de 1984, asunto Campbell y Fell:

"Para determinar si puede considerarse independiente a un órgano -especialmente en relación al ejecutivo y a las partes (véase, entre otras, la sentencia de junio de 1981, serie A, núm. 43, pp. 24-55)-, el Tribunal ha tenido en cuenta el modo de designación y la duración del mandato de los miembros (ibidem, paginas 24-55, apartado 57), la existencia de garantías contra las presiones exteriores (sentencia en I caso Piersack de 1 de octubre de 1982, serie A, núm. 53, página 13, apartado 27), y sobre todo si hay o no apariencia de independencia (sentencia en el caso Delcourt de 17 de enero de 1970, serie A, numero 11, pp. 17-31)".

Aunque formulados en abstracto estos requisitos no son rechazables, no deja de sorprender el modo a través del cual el TEDH llega a conclusiones cuando ha de comprobar en el caso concreto como se aplican estos criterios.

En la sentencia del TEDH de 28 de junio de 1984, asunto Campbell y Fell, se constata que:

---

<sup>14</sup> Sobre esto puede verse, más ampliamente, ORTELLS RAMOS, M., *Jurisprudencia del TEDH sobre el art. 6 del CEDH en el proceso penal*, en "La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", Madrid, 1993, pág. 177-181.



"Sus miembros (los del Comité de inspectores) se nombran por el Ministro del Interior... " pero de ello no se deduce que dependan del Ejecutivo, a pesar de que este "pueda dar consignas a los Comités sobre el ejercicio de sus funciones", pero "no puede dirigirles instrucciones en el ámbito de sus facultades contenciosas".

La comprobación del requisito de la inamovilidad se hace con considerable laxitud: "El nombramiento se hace por tres años o por un periodo más corto que fija el Ministro ( ... ) La duración es relativamente breve, ciertamente, pero se explica por una razón comprensible: como los miembros de este órgano no perciben ninguna remuneración, podría ser difícil encontrar personas deseosas y capaces de desempeñar durante un lapso más largo las tareas ( ... ) El Tribunal señala que en el Reglamento de Prisiones no figura ningún precepto sobre la destitución de los miembros de los Comités, ni ninguna garantía de su inamovilidad. Parece ser que el Ministro del Interior puede pedir a cualquiera de ellos que dimita, pero solo en circunstancias excepcionales ( ... ) En términos generales, se debe considerar la inamovilidad de los jueces durante el periodo de desempeño de su cargo, como un corolario de su independencia, y, por consiguiente, como una de las exigencias del art. 6.1. Sin embargo, la circunstancia de que no se reconozca expresamente en Derecho no implica por sí sola la falta de independencia".

Por fin el TEDH niega que en el caso concreto la independencia de estos Comités se ponga en peligro por el estrecho contacto de sus miembros con la Administración penitenciaria, respecto a la que asumen también funciones de fiscalización: "No se cumpliría la exigencia del art. 6 si los presos pudieran razonablemente creer que el Comité depende de las autoridades debido a la frecuencia de las relaciones con ellas ( ... ), pero, en opinión del Tribunal, estas relaciones, que se establecen también con los presos, no justifican una impresión así".

En la sentencia TEDH de 29 de abril de 1988, asunto Belilos, la comprobación de algunos criterios se funda sobre unas bases más seguras en comparación con el caso anterior

"El mencionado miembro, un letrado de la Dirección de Policía, tiene la condición de funcionario de la Administración local, pero actúa por sí solo, no está subordinado en el ejercicio de sus funciones, y su juramento es distinto del de los policías, aunque no se incluya en su texto la exigencia de independencia. En principio, es inamovible durante los cuatro años de desempeño de su cargo".

Pero, a pesar de ello, la constatación de que el miembro de la Junta de Policía puede, en el futuro, desempeñar funciones en la estructura administrativa policial, inclina al TEDH a entender que carece de independencia:

"El miembro de la Junta es un funcionario superior, procedente de la Dirección de Policía y que puede desempeñar en ella en el futuro otras tareas. Los justiciables se inclinarán a verle como un miembro del Cuerpo de Policía, subordinado a sus superiores jerárquicos y compenetrado con sus compañeros. Una situación así puede quebrar la confianza que los órganos jurisdiccionales deben inspirar en una sociedad democrática".

Pues bien. Si se compara este modo de comprobación del requisito de la independencia, que en ocasiones concluye por parte del TEDH con conclusión afirmativa de su existencia, con el régimen de la independencia de un juez español, no cabe otra reflexión más que la de poner en guardia frente a la debilitación de este régimen si nuestro legislador o el Tribunal Constitucional abandonaran la actual

interpretación del modelo Constitucional de juez -que no solo configura un juez independiente en cuanto libre de mandatos, sino que le rodea de un completo y preciso régimen de garantías de su independencia, el cual constituye, además, la regla general para todo tribunal, salvo las excepciones Constitucionales de algunos tribunales especiales-, para reinterpretarlo atendiendo a las pautas de la doctrina jurisprudencial del TEDH, que reconocen como tribunales independientes a órganos de dudosa independencia funcional y, en todo caso, rodeados de garantías de la independencia insuficientes e imprecisas.

La anterior es una importante razón para negar cualquier tipo de vinculación jurídica a la jurisprudencia del TEDH. No sólo eso. También para matizar el sentido de esa jurisprudencia, que ha de tenerse presente incluso cuando es tomada en consideración con carácter no vinculante. Se trata de evitar el efecto indirecto de una jurisprudencia de mínimos.

Ese riesgo no se corre, en cambio, si se sostiene que el juez español -incluido el constitucional- ha de integrar la configuración Constitucional de los derechos fundamentales con las normas de la CEDH sobre los mismos. Si realiza correctamente esta labor, deberá atender al art. 53 (antiguo 60) CEDH, lo que garantizara que la aplicación de la norma "interpretativa" no tendrá como consecuencia la disminución del grado de protección que deriva de la norma Constitucional "interpretada".

#### 5. EL RÉGIMEN DE LA GARANTÍA JURISDICCIONAL ESPECÍFICA DEL CEDH TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DEL PROTOCOLO NUMERO 11. LA REPERCUSIÓN GENÉRICA DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL DEL TEDH EN LA LABOR DE LOS JUECES ESPAÑOLES: EL VALOR DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TEDH

Lo dicho en apartados anteriores podría considerarse que deja muy disminuida la incidencia efectiva de las funciones del TEDH en nuestro ordenamiento, porque el estándar de reconocimiento y protección de los derechos y libertades, tanto en la CE, como en las leyes orgánicas y de otra clase sobre derechos fundamentales, como en jurisprudencia del TC, es más elevado que en el CEDH.

No obstante, el CEDH prevé un instrumento que rápidamente matiza lo anterior. El CEDH constituye un sistema para la garantía jurisdiccional de sus normas, para asegurar el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados miembros (art. 19 CEDH).

#### **A) La garantía jurisdiccional específica de los derechos reconocidos en el Convenio tras la reforma introducida por el Protocolo número 11**

El Protocolo número 11 ha introducido en ese sistema importantes modificaciones.

Es conveniente una exposición sintética del mismo a efectos sólo informativos, porque los cambios son importantes respecto a las nociones que ya se habían asentado acerca del funcionamiento del sistema de garantía del Convenio.

a) Forman parte del Tribunal un número de jueces igual al de Estados parte del CEDH. Cada uno de ellos es elegido por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (régimen de mayoría ordinaria), entre una terna propuesta por cada Estado

parte. El juez forma parte del tribunal a título personal y no en representación del Estado que le propuso.

b) Los requisitos subjetivos de elegibilidad son los de disfrutar de la más alta consideración moral y reunir condiciones para ejercer las más altas funciones judiciales o ser jurista de notoria competencia. Una vez designados, no pueden ejercer actividades incompatibles con las exigencias de independencia, imparcialidad y disponibilidad para el ejercicio de su función a tiempo completo. El pleno del Tribunal es competente para resolver las cuestiones que se planteen respecto a estas exigencias últimamente enunciadas.

c) El mandato de cada juez tiene una duración de seis años, aunque se establecen y se permiten excepciones que posibiliten una renovación por mitad cada tres años. El mandato también se extingue a la edad de 70 años y si el Pleno del Tribunal entiende, por mayoría de dos tercios, que no se cumplen las condiciones requeridas para el cargo.

d) El pleno del Tribunal tiene diversas competencias de gobierno. Para el ejercicio de su potestad jurisdiccional el Tribunal se constituye en secciones de tres jueces, en salas de siete jueces y en una gran sala de diecisiete jueces.

e) Las Secciones son competentes para examinar la admisibilidad de las demandas presentadas por individuos y pueden, por unanimidad de sus miembros y siempre que la decisión pueda ser adoptada sin actuaciones complementarias, declararlas inadmisibles o archivar el procedimiento respecto a las mismas.

f) Las Salas son competentes para resolver sobre la admisión de las demandas presentadas por los Estados, también pueden resolver sobre la admisión de las demandas individuales y, por regla general, son las competentes para resolver sobre el fondo. Pueden, bajo determinados presupuestos, declinar esta última competencia en la Gran Sala.

g) La Gran Sala es competente para decidir sobre el fondo de los asuntos respecto de los que las Salas hayan declinado su competencia, para resolver en segunda instancia los asuntos resueltos por las Salas y para el ejercicio de la competencia consultiva del Tribunal.

h) Están legitimados para presentar demandas ante el Tribunal los Estados miembros -sin necesidad de alegar ningún perjuicio debido al caso que motiva la demanda- y las personas físicas y jurídicas y los grupos de personas que afirmen haber sufrido una violación de derechos reconocidos en el Convenio atribuible a un Estado parte. La admisión de toda demanda depende del agotamiento de los recursos internos. La admisión de las demandas individuales está sujeta a especiales requisitos, pero, a diferencia del régimen anterior, no ha de ser examinada previamente por la Comisión. Las resoluciones sobre la admisión han de ser motivadas. Este es, a mi modo de ver, el cambio fundamental: generalización de la legitimación individual y eliminación de un control de admisión de carácter no jurisdiccional.

i) El procedimiento puede ser raye sobreseído si el demandante desiste, si el litigio ha sido resuelto o si el Tribunal estima que, por determinadas razones, no está justificado continuar el examen de la demanda. En los dos primeros casos puede

decidir la continuación del proceso si lo requiere el respeto a los derechos reconocidos por el Convenio.

j) Si la demanda es admitida, el Tribunal realiza una instrucción con participación de las partes y se pone a disposición de estas para que lleguen a un acuerdo amistoso inspirado en el respeto a los derechos reconocidos en el Convenio. Si el Tribunal estima que éste ha sido alcanzado raye el procedimiento. Complemento del cambio importante que se apuntaba en el apartado anterior es la participación directa en el procedimiento, en calidad de partes, de las personas privadas demandantes, participación que, en la antigua regulación, planteó algunos problemas.

k) Si el proceso ha de continuar se convoca audiencia pública y se ponen a disposición del público los documentos apartados, todo ello salvo excepciones a la publicidad.

l) El proceso termina ordinariamente por sentencia -que debe ser motivada y a la pueden adjuntarse votos particulares-, en la que la Sala declara si ha habido o no violación de derechos reconocidos en el Convenio. En caso afirmativo, y si la violación sólo puede ser imperfectamente reparada, resuelve sobre una indemnización a la parte lesionada.

m) La sentencia de una Sala puede ser recurrida, en el plazo de tres meses, ante la Gran Sala. Un colegio de cinco jueces resuelve previamente sobre la admisión en atención a conceptos jurídicos indeterminados relativos a la gravedad de la cuestión que está planteada. Si el recurso es admitido la Gran Sala resuelve mediante sentencia, que es definitiva.

n) Los Estados miembros están obligados por el Convenio a conformarse con las sentencias dictadas por el Tribunal en los procesos en que sean parte. La sentencia se remite al Comité de Ministros para que supervise la ejecución.

## **B) Consecuencias prácticas del sistema de garantía jurisdiccional previsto por el Convenio**

Dejando aparte muchas precisiones -luego veremos los problemas que plantea la eficacia en el ordenamiento español de las sentencias del TEDH respecto de asuntos "españoles"- cabe decir que existe una nueva instancia jurisdiccional que puede determinar, en casos singulares, si se ha producido una lesión de un derecho fundamental. Esta nueva instancia de resolución está integrada por jueces extraídos de contextos culturales muy heterogéneos, que se incorporan a unas líneas de razonamiento específicas configuradas por el TEDH a lo largo de sus años de existencia y en atención a los especiales condicionamientos de su labor. Para el TEDH las normas de Derecho interno no son reglas de su resolución, sino datos a enjuiciar junto con los actos aplicativos de las autoridades nacionales, lo que le conduce a establecer unas categorías jurídicas en cierto modo más libres que aquellas con las que trabaja el juez nacional.

Para Eissen una de las corrientes de la doctrina jurisprudencial del Tribunal es su tendencia a la firmeza. La misma se manifiesta, en primer término, en que el Tribunal es consciente de (y ejerce) su poder de concretar los abundantes conceptos jurídicos indeterminados que contiene el CEDH, y, por esa vía, llega en ocasiones "a

conclusiones contrarias a aquellas a que habían desembocado -con frecuencia abordando el problema bajo un ángulo diferente- el legislador, el Ejecutivo o la Justicia del Estado en cuestión"<sup>15</sup>. En segundo lugar, la tendencia se refleja, en la autonomía de una serie de conceptos que aparecen en el CEDH; tales conceptos "no los interpreta, en un caso dado, por referencia a la terminología y a la semántica que se estilén únicamente en el Estado demandado; sin cortarles sus raíces, procura atribuirles un sentido europeo que sea válido para todos los Estados contratantes"<sup>16</sup>.

Por otra parte esta la facultad de que cualquier persona que haya sufrido la lesión atribuible a un determinado Estado está legitimada para presentar la demanda para que la lesión sea declarada.

Consecuencia de todo lo anterior es la posibilidad y la probabilidad de que en la resolución de casos concretos haya divergencias entre los tribunales internos y el TEDH. Cabe, en la protección concreta de un determinado derecho fundamental, que el estándar de protección que aplica el TEDH sea más elevado o que los interesados tengan la expectativa de que lo sea. De esta manera, cualesquiera sean las debidas precisiones que hayan de realizarse sobre el valor para los jueces españoles de la jurisprudencia del TEDH, está fuera de duda el interés de tenerla presente, porque es ilustrativa de las pautas que va a seguir ese tribunal en el supuesto de que una demanda sea presentada ante él.

En ocasiones puede tenerse la percepción de que la oportunidad de someter un acto del ordenamiento interno a la jurisdicción del TEDH sólo es aprovechada en casos penales de cierta gravedad o en asuntos con ciertos matices políticos. No es así. De la proyección que puede llegar a tener la doctrina jurisprudencial del TEDH dan idea dos casos referidos a la actuación de tribunales españoles y relativos a materias políticamente anodinas.

En el asunto *Hiro Balani* contra España, la sentencia del TEDH de 9 de diciembre de 1994, declara que se había producido una violación del derecho a que la causa sea oída en justicia por un tribunal, que deberá pronunciarse sobre los litigios relativos a derechos y obligaciones de carácter civil (art. 6.1 CEDH). Los hechos ocurridos en el ordenamiento interno habían sido los siguientes: fuente a la pretensión de nulidad de cierta marca, la demandada alegó varias excepciones. En la instancia -entonces única- fue apreciada la excepción de prescripción y la demanda fue desestimada. La actora interpuso recurso de casación, que fue estimado. Al resolver el Tribunal Supremo sobre el fondo del asunto estimó la demanda, sin mencionar ni siquiera una excepción subsidiaria consistente en un registro prioritario en favor de la demanda de otra marca que cubría los productos fabricados y comercializados bajo la marca cuya nulidad se había instado.

Se constata por el TEDH la misma violación en la sentencia de 9 de diciembre de 1994, asunto *Ruiz Torija* contra España. En este caso frente a una pretensión de desahucio por cesión inconstituida, el demandado se defendió, primero, negando que constituyera tal cesión la autorización a tercero para instalar en el local unas máquinas recreativas, y, subsidiariamente, alegando la prescripción de la acción. En primera

---

<sup>15</sup> EISSEN, M.A., *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 1985, pág. 87-89.

<sup>16</sup> EISSEN, M.A., *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Madrid, 1985, pág. 89-90.



instancia 1 demanda fue desestimada por la primera razón. El actor recurrió en apelación y la Audiencia revocó la sentencia y estimó la demanda, sin mencionar en momento alguno la eficacia de la prescripción que se había hecho valer subsidiariamente.

6. LA EFICACIA JURÍDICA DE LAS SENTENCIAS DEL TEDH RESPECTO DE ASUNTOS PROCEDENTES DEL ORDENAMIENTO ESPAÑOL. PLANTEAMIENTO GENERAL SOBRE LAS POSIBILIDADES PARA DAR CUMPLIMIENTO ESPECÍFICO EN EL ORDENAMIENTO INTERNO A LAS SENTENCIAS DEL TEDH

Entramos ahora en un tercer conjunto de problemas diferente a los anteriores.

Hasta ahora se ha considerado la eficacia del CEDH como una de las fuentes integradas en el sistema español y algunas cuestiones que ello plantea al juez español, entre ellas el valor que ha de atribuirse a la doctrina jurisprudencial del TEDH. En este apartado y los siguientes nos aproximamos a las cuestiones que se plantean si el TEDH estima una demanda contra el Estado español. Nos preguntamos principalmente acerca de que instrumentos pueden ser utilizados para que se pueda producir el pleno cumplimiento de esa sentencia en nuestro ordenamiento.

En principio el art. 46 CEDH dispone que los Estados miembros se comprometen a conformarse con las sentencias definitivas dictadas por el Tribunal en los procesos en que son parte. El Comité de Ministros recibe comunicación de las sentencias para supervisar la ejecución. Previamente ha establecido el art. 41 CEDH que "si el Tribunal declara que ha existido violación del Convenio o de sus Protocolos, y si el derecho interno de la Alta Parte contratante sólo permite eliminar imperfectamente las consecuencias de esta violación, el Tribunal concederá, si corresponde, a la parte perjudicada una satisfacción equitativa".

Estos son los datos normativos principales de una cuestión difícil en muchos sentidos. A mi juicio es conveniente separar los problemas de cómo dar eficacia interna a la sentencia en cuanto a su pronunciamiento sobre la violación del derecho reconocido y los que afectan al pronunciamiento subsidiario sobre indemnización. La mayor dificultad se centra en lo primero, aunque lo segundo también presenta aspectos problemáticos.

Cuando se trata de los efectos de una sentencia del TEDH en el ordenamiento interno en el que se ha suscitado el caso se incurre, a mi juicio, en una serie de imprecisiones técnicas que resulta conveniente desbrozar.

Se reconoce que la sentencia carece de eficacia ejecutiva en el ordenamiento interno y se atribuye ello a la regulación del Convenio que se ha recordado dos párrafos más arriba<sup>17</sup>. Esta explicación es correcta, pero parcial.

Aunque las actuales sentencias del TEDH pudieran tener efecto por ellas mismas en Derecho español, bien sea de modo directo<sup>18</sup>, bien sea mediante una

---

<sup>17</sup> EISSEN, M.A., *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 1985, pág. 71-73; MORENILLA RODRÍGUEZ, J.M., *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en Poder Judicial, 1989, núm. 15, pág. 57-61.

<sup>18</sup> REQUEJO PAGÉS, J.L., *Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento*, Madrid, 1995, pág. 183.

especie de *exequatur*<sup>19</sup>, no se podría hablar técnicamente de eficacia ejecutiva. Principalmente porque la parte dispositiva de la sentencia del TEDH no posibilita una actividad ejecutiva, pues se limita a declarar que se ha producido lesión de determinados derechos, sin imponer deberes de cesación de las actuaciones causantes de la misma, ni deberes de restitución de las cosas al estado anterior a la lesión. Es decir, no contiene pronunciamientos ejecutables.

Por otra parte, la regla del agotamiento de los recursos internos siempre -o por regla muy general- llevará ante el TEDH una disposición o un acto jurídico, al que corresponde cierta eficacia jurídica según el ordenamiento del Estado, eficacia que, después de que el TEDH haya declarado que la disposición o el acto lesionan derechos reconocidos, deberá ser eliminada de acuerdo con los procedimientos previstos en ese ordenamiento<sup>20</sup>. De ahí que reparar específicamente, en el ordenamiento del Estado responsable, el derecho lesionado no consistirá en ejecutar un pronunciamiento de condena (que como tal no existe), sino más bien en acciones constitutivas dirigidas contra el acto o la disposición, que eliminen del ordenamiento esos acto o disposición y sus efectos jurídicos que le TEDH ha entendido lesivos de un derecho reconocido.

En buena medida, cuando se trata de la ejecución, ejecutoriedad o efectos internos en el ordenamiento de una sentencia del TEDH, se debate si el ordenamiento interno tiene establecida una acción impugnativa específica para, con fundamento en la sentencia del TEDH, atacar la cosa juzgada producida por la resolución judicial interna en la que se agotaron los recursos internos o si una sentencia del TEDH estimatoria de la demanda es supuesto que tiene cabida en las acciones impugnativas actualmente previstas por el ordenamiento<sup>21</sup>.

Pero ni siquiera con las previsiones de ese tipo de acciones se agotan las posibilidades para dar eficacia en el ordenamiento interno a una sentencia del TEDH.

La sentencia estimatoria de la demanda frente al Estado parte en el proceso genera en éste el deber de conformarse a las decisiones de esa sentencia respecto del derecho fundamental que se ha constatado como violado.

El contenido de ese deber puede presentar gran complejidad. Depende de cual haya sido el derecho violado, de si es o no posible reparar plenamente su violación

---

<sup>19</sup> Posibilidad teórica apuntada por MORENILLA Rodríguez, J.M., *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en Poder Judicial, 1989, núm. 15, pág. 84, y por LIÑAN NOGUERAS, D., *Efectos de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Derecho español*, REDI, 1985, pág. 368.

<sup>20</sup> Dado que el Convenio tampoco le reconoce al TEDH la potestad para hacerlo el mismo: EISSEN, M.A., *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 1985, pág. 71-73; MORENILLA Rodríguez, J.M., *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en Poder Judicial, 1989, núm. 15, pág. 57-61.

<sup>21</sup> Pueden verse los trabajos aquí citados de MORENILLA RODRÍGUEZ, J.M., *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en Poder Judicial, 1989, núm. 15, LIÑAN NOGUERAS, D., *Efectos de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Derecho español*, REDI, 1985; REQUEJO PAGÉS, J.L., *Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento*, Madrid, 1995, pág. 91 y siguientes; SORIA JIMÉNEZ, A., *La problemática ejecución de las sentencias del Tribunal europeo de Derechos Humanos*, en REDC, 1992, ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., *Problemas planteados por la aplicación en el ordenamiento español de la sentencia Bultó (Comentario ala STC 245/1991, de 16 de diciembre)*, en RIE, 1992.

parcialmente porque subsista en el momento-, de si la causa de la violación lo ha sido una determinada norma legal o de rango inferior, o si se debe a un indebido funcionamiento de los servicios administrativos o a incorrectas resoluciones de la Administración, o si es, en definitiva, atribuible a que los tribunales no aciertan en la correcta interpretación protectora del derecho fundamental de que se trate.

Al hilo de lo anterior, se plantea el problema adicional de si aquel deber del Estado de conformarse con la sentencia del Tribunal significa solo reparar, si es fáctica y jurídicamente posible, la lesión producida y, en su defecto, indemnizar con un valor equivalente, o significa también que el Estado ha de eliminar las causas que dan lugar a lesión singular del derecho por la que ha sido presentada la demanda.

Esta complejidad que puede presentar la eficacia interna de las sentencias, que el Estado tiene el deber de asumir, la ha de asumir, como es lógico, a través de sus órganos Constitucionales y de acuerdo con las competencias y procedimientos de actuación de los mismos<sup>22</sup>.

a) Si la causa de la lesión es la disposición de una ley o de un reglamento, debe distinguirse entre la reparación de la lesión causada a una determinada persona y la eliminación de la causa de la lesión con vista al futuro.

En cuanto a lo primero, el deber de agotamiento de recursos internos comportará que el acto de aplicación haya sido jurisdiccionalmente impugnado sin éxito, por lo que el problema hay que reconducirlo a lo que tratamos en el apartado 7.

En cuanto a los medios que ofrece el Derecho interno para la eliminación de la causa de la violación, no solo hay que contar con la derogación de las disposiciones legales o reglamentarias, sino también con medios que no requieren decisiones políticas, como son el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad en un proceso en que la ley deba ser nuevamente aplicada, o, tratándose de disposiciones infralegales, el ejercicio de la potestad de inaplicación (art. 6 LOPJ) o el planteamiento de la cuestión de ilegalidad (arts. 123-126 LJCA).

No obstante, en principio me parece difícil que ese deber de conformarse a la sentencia se concrete en un deber del legislador de derogar o reformar una ley. El agotamiento de los recursos internos presupone que el Tribunal Constitucional no ha estimado inconstitucionalidad en la Ley que hubiera sido aplicada. Por lo tanto el problema consistirá como máximo en que el Tribunal Constitucional no ha sabido encontrar no sólo la interpretación constitucionalmente conforme, sino tampoco una interpretación conforme al CEDH. Siendo así, el desajuste entre la resolución interna y la sentencia del TEDH siempre se hubiera podido evitar y siempre lo podrá evitar en iguales casos posteriores la sentencia de un tribunal, sin necesidad de intervención del legislador.

Ahora bien, aunque es cierto que la interpretación e integración de las normas resuelve satisfactoriamente el tratamiento adecuado para determinados derechos

---

<sup>22</sup> Seguimos, en líneas generales, el análisis de MORENILLA Rodríguez, J.M., *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en Poder Judicial, 1989, núm. 15, pág. 72-74

fundamentales, el legislador puede considerar que mantener como norma una de escasa calidad, que haya de ser suplida continuamente por la labor integradora de los jueces, es causa de inseguridad y hace más probables las lesiones de los correspondientes derechos, lo que determina la oportunidad de introducir una reforma legislativa que regule de modo más claro la intervención en el derecho fundamental.

El TEDH no tiene potestad para anular disposiciones de una ley interna, menos las tiene para determinar positivamente el modo o modos en los que una ordenación legal se ajustaría al Convenio. Lo segundo está también excluido en Derecho interno: el Tribunal Constitucional tiene potestad de anulación de normas y las discutibles potestades en el caso de sentencias interpretativas, pero no le puede decir al poder legislativo como ha de regular una determinada materia para que se ajuste a la Constitución. A esos efectos el Poder Legislativo ha de ejercer por sí su libertad de configuración normativa. Cuando intermedia una barrera de la soberanía más fuerte que la interna de la división de poderes no cabe extrañar que el TEDH no tenga poderes para determinar qué cambios ha de experimentar una legislación para que un derecho fundamental quede respetado.

En algunos casos el TEDH no ha dejado suficiente y correctamente clara la limitación de su potestad en este sentido. En la sentencia del asunto Marckx (STEDH 13 junio 1979), tras sentar la buena doctrina de que "la sentencia no puede por sí misma, según el parecer del Gobierno, anular o derogar tales preceptos: la sentencia del Tribunal es esencialmente declarativa y deja al Estado la elección de los medios a utilizar en su ordenamiento interno para adaptarse a lo que impone el artículo 53", se muestra demasiado temerosa de que su pronunciamiento -sobre un asunto de régimen legal del tratamiento jurídico de los hijos nacidos fuera del matrimonio- pueda tener efecto sobre actos jurídicos anteriores a la propia sentencia y posteriores al momento en que el Estado belga ratificó el Convenio. La advertencia expresa en la motivación de una fecha inicial desde la que valdrá la doctrina del TEDH sobre la materia, me parece impropia e innecesaria, constituye sólo una advertencia a los eventuales demandantes de que sus demandas no serán admitidas o estimadas.

Otra cosa es que, en virtud de una eficacia no jurídica, sino política, de tales sentencias las mismas acaben pesando de modo importante en la realización y orientación de reformas legislativas y en cambios jurisprudenciales que pueden *evitar* lesiones futuras de derechos humanos en casos singulares.

Eissen ofrece una amplia relación de casos en los que las sentencias del TEDH han provocado o acelerado reformas legislativas en los Estados miembros<sup>23</sup> y la página web del Tribunal presenta con detalle los casos más recientes en los que

"Un certain nombre d'arrêts constatant une violation de la Convention ont amené aux États en cause -et parfois même d'autres États - à prendre des mesures d'ordre général pour s'y conformer ou les hautes juridictions internes à adapter leur jurisprudence. Dans certains cas, la simple saisine a entraîné ou accéléré des changements d'ordre législatif, réglementaire ou jurisprudentiel. La liste qui suit en fournit quelques indications fondées pour la plupart sur les résolutions adoptées par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe dans l'exercice de sa fonction de contrôle de l'exécution des arrêts (article 54 de la Convention)".

---

<sup>23</sup> EISSEN, M. A., *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 1985, pág. 101-104.

b) Si la lesión ha sido producida por un acto administrativo, el precepto del agotamiento de los recursos internos habrá conducido a la impugnación jurisdiccional sin éxito y por lo tanto a los problemas que habremos de tratar en el siguiente apartado. No obstante en los casos límites en que no hubiera sido así, han de tenerse presentes los instrumentos de la revisión de oficio y, en su caso, la declaración de lesividad con posterior impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

c) Si la lesión se produjo en un acto jurisdiccional, o si, habiéndose producido por otros poderes públicos, el agotamiento de los recursos internos ha conducido a recurrir a los tribunales, que no han entendido que se hubiera producido tal lesión y, consiguientemente, no la han reparado, el problema del modo en que se puede dar eficacia interna a la sentencia del TEDH se plantea con su mayor crudeza, porque, para conseguir ese efecto, ha de anularse la cosa juzgada producida en el ordenamiento nacional. Esta es la cuestión que vamos a estudiar en el apartado siguiente concretamente en el contexto español.

## 7. MEDIOS PARA DAR CUMPLIMIENTO ESPECÍFICO A LA SENTENCIA DEL TEDH EN DERECHO ESPAÑOL. OBSERVACIONES LEGE FERENDA

La sentencia del TEDH viene, en definitiva, a declarar que uno de los derechos reconocidos en el Convenio o en uno de los Protocolos ratificados por España ha sido violado por órganos del Estado español, en último término -habida cuenta del precepto de agotamiento de recursos internos- por un juez (par el Tribunal Constitucional, en cuanto se trate de derechos fundamentales de nuestra Constitución), sea en el sentido de que él ha causado la violación, sea en el de que no ha reparado la lesión causada por otro órgano estatal. Y esa violación se ha producido al realizar la actividad procesal -si se trata de derechos fundamentales de esa naturaleza-, a en una resolución o actuación precisamente dirigida a afectar un determinado derecho fundamental.

Parece que habría que entender como cumplimiento específico de la sentencia del TEDH en el ordenamiento español, una actuación jurídica que tuviera como efecto, si fuera materialmente posible, anular la eficacia jurídica de los actos o resoluciones que produjeron la violación del derecho fundamental, sin perjuicio, en su caso, de la posterior realización de los procedimientos y emisión de las resoluciones que anteriormente estuvieron viciadas por haber lesionado tales derechos.

Atendido el objetivo que se persigue repasaremos los instrumentos jurídicos que, en Derecho español, podrían servir para alcanzarlo.

### **A) Juicio de revisión contra la sentencia del tribunal ordinario que hubiera dictado sentencia firme**

El instrumento permite, desde luego, eliminar la cosa juzgada producida por el proceso ordinario, que vuelve a quedar pendiente de tramitación y resolución.

Pero la acción impugnativa autónoma que se ejerce en este proceso tiene unas causas legales en las que no puede ser encuadrada la emisión de una sentencia por el TEDH. Las causas de la revisión son defectos del proceso o del enjuiciamiento atribuibles a actividades de mala fe realizadas fuera del proceso, que han tenido una incidencia en aquellos que permite poner en cuestión si el resultado de ese proceso hubiera sido el mismo en el caso de no sufrir esa influencia. El supuesto de revisión



por sentencia estimatoria de la demanda del TEDH revelaría una situación del todo distinta: los eventuales vicios -en la dirección del proceso o en la sentencia de fondo- se habrían hecho patentes en el propio proceso, habrían sido discutidos y desestimados en él; de modo que, en caso de extenderse la revisión a este supuesto, no se trataría de darle eficacia anulatoria a unos hechos ahora descubiertos, sino de darle esa eficacia a una posterior valoración jurídica de esos mismos hechos (la realizada por el TEDH).

Tal como actualmente está configurado el juicio de revisión no es, pues, un instrumento adecuado para el objetivo perseguido<sup>24</sup>.

**B) La declaración de nulidad con base en el art. 240. 2 LOPJ y el incidente de nulidad post sentencia firme establecido por la nueva redacción del art. 240.3 y 4 LOPJ**

Se planteó también la doctrina la posibilidad de anular las actuaciones del proceso interno mediante la potestad de anulación que el art. 240.2 LOPJ atribuye al juez tribunal, que este puede hacer efectiva antes de que haya recaído sentencia definitiva<sup>25</sup>. Este medio parecía tener alguna utilidad desde el momento en que el Tribunal Constitucional había interpretado sentencia definitiva, como sentencia definitivamente ejecutada, para dar un cauce procesal ordinario de apreciación de ciertas nulidades procesales que, en otro caso, no tenían otra salida más que la del recurso de amparo<sup>26</sup>. Sin embargo este instrumento tampoco era apropiado, primero, porque no toda lesión declarada de derechos reconocidos en el CEDH podía dar lugar a la nulidad sólo prevista para las causas del art. 238 LOPJ; en segundo lugar, porque la eventual causa de nulidad ya había sido hecha valer, resuelta y rechazada.

La reforma introducida en el art. 240 LOPJ, en el que dos nuevos apartados determinan las causas de nulidad que podrán ser examinadas aun después de la firmeza de la sentencia y establecen los requisitos y el procedimiento para hacerlas valer, en nada cambia las posibilidades de utilización del incidente de nulidad para dar efectos en el ordenamiento español a una sentencia del TEDH estimatoria de demanda contra España. Las razones son varias.

---

<sup>24</sup> En el mismo sentido, aunque no siempre con los mismos argumentos, MORENILLA RODRÍGUEZ, J.M., *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en Poder Judicial, 1989, núm. 15, pág. 85; LIÑAN NOGUERAS, D., *Efectos de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Derecho español*, REDI, 1985, pág. 371-372; ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., *Problemas planteados por la aplicación en el ordenamiento español de la sentencia Bultó (Comentario a la STC 245/1991, de 16 de diciembre)*, en RIE, 1992, pág. 154-155; SORIA JIMÉNEZ, A., *La problemática ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en REDC, 1992, pág. 347-349

<sup>25</sup> MORENILLA Rodríguez, J.M., *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en Poder Judicial, 1989, núm. 15, pág. 85-86; SORIA JIMÉNEZ, A., *La problemática ejecución de las sentencias del Tribunal europeo de Derechos Humanos*, en REDC, 1992, pág. 340-341; ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., *Problemas planteados por la aplicación en el ordenamiento español de la sentencia Bultó (Comentario a la STC 245/1991, de 16 de diciembre)*, en RIE, 1992, pág. 153-155.

<sup>26</sup> Véase, por ejemplo, ORTELLS RAMOS, M., *Derecho jurisdiccional*, I, Valencia, 1997, pág. 38; MARTÍN DE LA LEONA, J.M., *La nulidad de actuaciones en el proceso civil*, Madrid, 1991, pág. 265-269.

En primer lugar, las limitadas causas en las que puede fundarse esta impugnación de nulidad dejan fuera de consideración posible muchas violaciones de derechos. La impugnación de nulidad post sentencia firme sólo puede fundarse en defectos de forma que hubieran causado indefensión si no ha sido posible denunciarlos antes de recaer sentencia, y en la incongruencia del fallo, siempre que contra la sentencia o resolución que pusiera término al juicio no fuera admisible un recurso en el que se pudiera reparar la indefensión sufrida. Estas limitadas causas permiten reparar en el ámbito de los tribunales nacionales sólo infracciones de los derechos reconocidos en el art. 6 CEDH.

En segundo termino, el agraviado que alega haber sufrido lesión en derechos que pueden ser reparados por la vía del art. 240. 3 y 4 LOPJ, demuestra haber conocido que la lesión se ha producido, y si, a pesar de ello, se limita a interponer demanda ante el TEDH (para lo que dispone de un plazo de seis meses desde la resolución interna definitiva, según el art. 35.1 CEDH), su posible acción de nulidad ante el tribunal interno caduca (veinte días desde el conocimiento de la causa de indefensión o desde la notificación de la resolución incongruente, según el art 240.3 LOPJ).

En fin y realmente, el incidente de nulidad post sentencia -tal como ha sido configurado por la reforma de la LOPJ de 4 de diciembre de 1997- más que servir como una vía, aunque sea limitada, para dar eficacia específica en el ordenamiento interno a determinadas sentencias del TEDH, es uno de los recursos internos que las personas que aleguen derechos lesionados habrán de utilizar para agotarlos de acuerdo con lo previsto en el art. 35.1 CEDH.

Proyectando hipotéticamente la posibilidad de utilización de este instrumento sobre los casos en los que España ha sido condenada -es decir, argumentando como si hubiera estado vigente al producirse los casos- puede advertirse que:

a) En el caso Barbera, Messegué y Jabardo (STEDH 6 diciembre 1988, BJC, 1989-93) el incidente no hubiera sido admisible para remediar las nulidades, ni como recurso interno previamente al acceso al TEDH, ni con posteriori dad a las sentencia de este, porque las nulidades apreciadas en el caso fueron conocidas y denunciadas durante el juicio oral y se fundó en las mismas el recurso de casación contra la sentencia. Similarmente sucede en el asunto Ruiz Mateos (STEDH 23 junio 1993, Conseil de l'Europe, Cour Européenne des droits de l'homme, Strasbourg, 23 juin, 1993), en el que las nulidades habían sido objeto de denuncia y debate en los procesos internos previos al acceso al TEDH.

b) En el asunto Hiro Balani (STEDH 9 diciembre 1994, Conseil del'Europe, Cour Européenne des droits de l'homme, Strasbourg, 9 décembre 1994) el incidente de nulidad de actuaciones por incongruencia de la sentencia hubiera servido, antes de acceder al TC y, después, al TEDH, para reparar la falta de pronunciamiento sobre una de las excepciones alegadas por la demandada, de cuya consideración por el TS dependía una expectativa de desestimación de la demanda frente a la misma; una vez dictada sentencia por el TEDH la acción de nulidad no es admisible por caducidad debida al transcurso de más de veinte días desde el conocimiento de la sentencia incongruente. Parecida es la valoración que debe hacerse en el caso Ruiz Torija

(STEDH 9 diciembre 1998, Conseil de l'Europe, Cour Européenne des droits de l'homme, Strasbourg, 9 décembre 1994), en el que la condena del TEDH también se funda en una incongruencia que no pudo ser reparada por los tribunales internos.

**C) El recurso de amparo, que ha sido el medio aplicado por el TC en el llamado caso Bulto**

En defecto de un medio claramente configurado en la legislación ordinaria, la STC 245/1991, de 16 de diciembre (Pleno), que resuelve el amparo contra la STS 4 abril 1990, que había denegado la anulación de las actuaciones que según el TEDH habían violado determinados derechos fundamentales de Barbera, Messegué y Jabardo, acusados y condenados en precedente proceso penal, acoge el amparo como medio para producir el cumplimiento específico de la sentencia del TEDH en el ordenamiento español.

El *leitmotiv* de la motivación de la sentencia es que, dado que hay un derecho fundamental lesionado -que ahora se ha declarado lesionado y cuya lesión continúa de hecho teniendo efectos-, si los tribunales ordinarios no encuentran instrumentos para hacer efectiva la obligación del Estado español de conformarse con la sentencia del TEDH y mientras el legislador no subsane esa laguna, el Tribunal Constitucional puede interpretar el recurso de amparo de modo que sirva para reparar esa lesión. Omite, en cambio, que el TC ya tuvo oportunidad de tutelar ese derecho fundamental y resolvió no admitir a trámite la demanda de amparo por manifiesta falta de fundamento. Siendo así, en defecto de un instrumento en Derecho interno para anular la cosa juzgada de las resoluciones del Tribunal Constitucional, no es fácil entender cómo se utiliza el amparo para reconocer ahora la violación -antes negada- de un derecho o, como mínimo, para constatar una declaración de esa violación y para restablecer en su disfrute al agraviado.

La tesis del TC -que cuenta con un amplio apoyo doctrinal, en defecto de medios jurídicos más específicos<sup>27</sup>- es esencialmente la siguiente:

Que el Convenio no reconozca a las sentencias del Tribunal determinados efectos, ni imponga al Estado el precise deber de crear medios para darles cumplimiento específico "no significa que en el plano de nuestro sistema Constitucional de protección de los derechos fundamentales, los poderes públicos hayan de permanecer indiferentes ante esa declaración de violación del derecho reconocido en el Convenio, ni que sea conforme a nuestro sistema Constitucional el mantenimiento, por medio de la denegación de nulidad ( ... ), de una situación que puede implicar lesión actual de derechos fundamentales de los recurrentes".

"El TEDH es el órgano cualificado que tiene por misión la interpretación del

---

<sup>27</sup> REQUEJO PAGÉS, J.L., *Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento*, Madrid, 1995, pág. 179-202; SORIA JIMÉNEZ, A., *La problemática ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en REDC, 1992, pág. 334-341; ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., *Problemas planteados por la aplicación en el ordenamiento español de la sentencia Bultó (Comentario ala STC 245/1991, de 16 de diciembre)*, en RIE, 1992, pág. 156159. Apuntaban esta posibilidad, pero indicando sus inconvenientes: LIÑAN NOGUERAS, D., *Efectos de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Derecho español*, REDI, 1985, pág. 371, MORENILLA RODRÍGUEZ, J.M., *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en Poder Judicial, 1989, núm. 15, pág. 85.

Convenio, y sus decisiones son además obligatorias y vinculantes para nuestro Estado, cuando sea Estado demandado. De ello se sigue que, declarada por sentencia de dicho Tribunal una violación de un derecho reconocido por el Convenio Europeo que constituya asimismo la violación actual de un derecho fundamental consagrado en nuestra Constitución, corresponde enjuiciarla a este Tribunal, como Juez Supremo de la Constitución y de los derechos fundamentales, respecto de los cuales nada de lo que a ello afecta puede serle ajeno. Por tanto ha de valorarse en el plano de nuestro Derecho interno, si existen medidas para poder corregir y reparar satisfactoriamente la violación de un derecho fundamental, en especial cuando se trata de la violación del derecho fundamental a la libertad del artículo 17.1 CE, que sigue siendo actual y por ello no puede ser reparada por su equivalente económico".

El legislador no ha establecido ningún medio de revisión de sentencias penales en virtud de sentencia estimatoria del TEDH y el Tribunal Supremo no ha entendido poder hallar una vía para declarar la nulidad en la posibilidad de entender "sentencia definitiva" como "sentencia definitivamente ejecutada". Pero el Tribunal Constitucional "no encuentra el límite del artículo 240 LOPJ para revisar vicios procesales o situaciones de indefensión consistentes en haber recaído sentencia firme. (...) la nulidad de actuaciones que no le está permitida pronunciar al Tribunal Supremo ni a otros órganos judiciales ordinarios, por imperativo legal, en supuestos como el presente, existiendo sentencia firme, sí le está dado pronunciarla a este Tribunal por la vía del recurso de amparo".

En conclusión: En tanto no se establezcan reformas legales que regulen específicamente la cuestión "este Tribunal no puede sustraerse a conocer la alegada infracción del derecho a un juicio justo con todas las garantías, dado que se trata de un derecho fundamental protegible en amparo, y la vulneración del derecho fundamental solo es susceptible de reparación efectiva mediante la pérdida de efectos de la decisión judicial condenatoria de origen".

#### **D) Observaciones de lege ferenda sobre la regulación de un medio para producir el cumplimiento específico de las sentencias del TEDH en España**

Es difícil concretar que características acabadas debería tener el medio jurídico del que tratamos, pero sí que es posible avanzar algunas observaciones útiles.

Por una lado debe tenerse en cuenta que el requisito de agotamiento de los recursos internos tiene una precisa repercusión sobre los instrumentos judiciales necesarios para que se repare específicamente la lesión declarada de un derecho fundamental: el instrumento habrá de estar especialmente previsto para dar eficacia en Derecho interno a las sentencias del TEDH.

En defecto de esta especificidad el demandante que ha debido cumplir o ha cumplido el deber de agotamiento de recursos previos se encontrara siempre, después de la sentencia del TEDH, con la cosa juzgada en el ordenamiento nacional o con la caducidad del medio de impugnación (si no lo utilizó y, a pesar de no hacerlo, su demanda no se consideró inadmisibile par falta de agotamiento de recursos internos). Poco antes analizamos cómo la acción de nulidad post sentencia firme, a pesar de comprender entre sus causas supuestos que permitirían anular sentencias por lesión de determinados derechos reconocidos en el Convenio, no puede ser utilizada después de la sentencia del TEDH porque ha caducado. Para contrarrestar la cosa juzgada o la caducidad ya producidas en el ordenamiento interno, lo que puede ser necesario para

dar eficacia específica a las sentencia del TEDH posteriormente dictada, es necesario hacer de esa sentencia la causa específica de la impugnación.

El segundo problema es en que supuestos de violación de derechos tiene sentido establecer estos medios de impugnación.

Habría que distinguir diversas situaciones.

Si la lesión del derecho ha producido unos resultados irreversibles (par ejemplo: derecho a que la causa sea oída en un tiempo razonable; privaciones del derecho de libertad de carácter temporalmente muy limitado y que- se consumaron injustamente; acto aislado de injerencia indebida en los derechos al respeto de la vida personal y familiar, del domicilio y de la correspondencia) no tiene sentido perseguir el cumplimiento específico, por ser imposible; importa en estos casos el máximo rendimiento de la satisfacción par equivalente.

Si la lesión del derecho ha producido unos resultados que permanecen y que pueden ser total o parcialmente eliminados, parece difícil negar de entrada que esos medios deberían posibilitar la reparación, en todo caso, del derecho lesionado. No obstante puede observarse que, así como en el caso Barbera, Messegué y Jabardo se llegaron a forzar las interpretaciones de los medios jurídicos disponibles con el fin de reparar específicamente el derecho lesionado, en el caso Hire-Balani -que no versa sobre materia penal y no tiene como consecuencia una afectación de la libertad sino de derechos patrimoniales, igual que el caso Ruiz Tarija- el Tribunal Supremo, en sentencia de la Sala 1ª, 20 de noviembre de 1996, ha vuelto a: insistir en la interpretación negativa de la existencia de instrumentos para dar cumplimiento específico en España a una sentencia del TEDH; en el caso Ruiz Mateos parece que el Tribunal Constitucional se ha declarado incompetente -con base en el art. 4 LOTC, y argumentando que se interesaba la revocación de resoluciones propias- para conocer de una solicitud en que se interesaba la ejecución de la sentencia del TEDH<sup>28</sup>.

Someto a consideración si la diferencia de tratamiento de los supuestos no estará, tal vez, justificada en que en los casos de naturaleza penal sólo están en juego los derechos fundamentales del acusado, mientras que en los asuntos de naturaleza civil la parte que ha obtenido sentencia firme a su favor ha visto reconocido el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que no puede ser menoscabado sin base legal suficiente, y sin perjuicio de afirmar la responsabilidad indemnizatoria del Estado. En definitiva sería interesante conocer la postura del Tribunal Constitucional si un tribunal ordinaria concluyera, por vía interpretativa, en la existencia de un medio que le permitiera anular la precedente sentencia firme, frente a lo que el perjudicado por esta anulación recurriera en amparo por violación del derecho a la tutela judicial efectiva.

A mi juicio lo anterior demuestra las opciones que están abiertas para la configuración por el legislador de esta acción impugnativa, entre cuyos condicionamientos tampoco sería incoherente que se incluyera, si llega a implantarse

---

<sup>28</sup> En efecto alguna doctrina se inclina par matizar las consecuencias de la posible acción impugnativa que podría crearse: BORRAJO INIESTA, I., *Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no permiten anular sentencias civiles firmes*, *Comentario ala STS 20 noviembre 1996*, en "Tribunales de Justicia", 1997-5, pág. 595-596.



en casos de materia civil, un plazo de cinco años desde la sentencia que causó cosa juzgada en España, como se requiere tradicionalmente para la revisión (art. 1800 LEC) Y se ha mantenido para el incidente de nulidad post sentencia firme por ciertas causas (art. 240.3, párrafo segundo).

8. LA OBTENCIÓN DE UNA SATISFACCIÓN POR EQUIVALENTE. ADMISIBILIDAD DE LA TRAMITACIÓN SIMULTANEA DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ERROR JUDICIAL O POR FUNCIONAMIENTO ANORMAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

El art. 41 CEDH establece que la sentencia del TEDH estimatoria de la demanda puede contener el pronunciamiento subsidiario -en el sentido de procedente si el Derecho interno del Estado parte sólo permite reparar imperfectamente la lesión del derecho- de conceder a la parte agraviada una satisfacción equitativa de contenido pecuniario. •

Cabria pensar que la eficacia en Derecho español de este pronunciamiento subsidiario de la sentencia del TEDH plantea menos problemas que la del pronunciamiento principal. En el doble sentido de que, por una parte, aquel pronunciamiento deja concretada una precisa obligación del Estado, para cuyo cumplimiento ya no tiene el mismo margen de apreciación que ante el cumplimiento del pronunciamiento principal<sup>29</sup>, y, por otra, de que está constatado que los Estados son bastante diligentes en el cumplimiento de dicha obligación<sup>30</sup>.

No obstante, en conexión directa con la eficacia interna de este pronunciamiento subsidiario se suscita un importante problema práctico. Se trata de determinar si es admisible el ejercicio simultáneo de la acción ante el TEDH -lo que comporta, como hemos visto, que el Tribunal tenga potestad para acordar el pronunciamiento subsidiario indemnizatorio- y el ejercicio, en el ámbito del Derecho interno, de la acción de responsabilidad del Estado por error judicial o por funcionamiento anormal de la administración de justicia.

De entrada, ha de darse por seguro lo siguiente: las reclamaciones ante los tribunales internos por error judicial o funcionamiento anormal no constituyen uno de los recursos internos que deben ser agotados para que sea admisible la demanda ante el TEDH. De no entenderse así quedaría excluido el carácter simplemente subsidiario de la satisfacción por equivalente que establece, con toda claridad, el art. 41 CEDH.

Sin embargo, sí que hay argumentos para pensar que si el agraviado opta por presentar la demanda ante el TEDH sería inadmisibile, mientras aquella demanda estuviera pendiente, el ejercicio de la acción de responsabilidad en Derecho interno.

---

<sup>29</sup> MORENILLA Rodríguez, J.M., *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en Poder Judicial, 1989, núm. 15, pág. 67; LIÑAN NOGUERAS, D., *Efectos de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Derecho español*, REDI, 1985, pág. 373; SORIA JIMÉNEZ, A., *La problemática ejecución de las sentencias del Tribunal europeo de Derechos Humanos*, en REDC, 1992, pág. 351-352.

<sup>30</sup> MORENILLA RODRÍGUEZ, J.M., *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en Poder Judicial, 1989, núm. 15, pág. 67; EISSEN, M.A., *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 1985, pág. 99.

En opinión de Velu -que recoge Morenilla<sup>31</sup> -:

“... la sentencia del Tribunal tiene carácter de firme y su efecto de *res iudicata* se produce no sólo en el orden del sistema del Convenio, en cuanto la Comisión o la Parte ya no pueden volver a plantear nuevamente el asunto ante el Tribunal o ante otra instancia internacional, sino en el orden interno: por ejemplo, el pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que señala la indemnización que ha de pagarse al perjudicado no puede ser replanteado ante los tribunales nacionales”.

Una implícita afirmación de que la jurisdicción para pronunciarse sobre la indemnización no corresponde a los tribunales españoles sino al TEDH puede observarse también en la STS (Sala 2ª) 4 abril 1990 (Aranzadi, 3157), que al apuntar en su fundamento 4º las consecuencias que corresponden a la declaración del TEDH, indica como principal

"la figura de la prestación reparatoria sustitutoria, que es una indemnización de carácter pecuniario, cuya regulación y requisitos están fijados en el artículo 50 del Convenio, y que será a cargo del Estado español, y cuyo pronunciamiento que no es declarativo, sino de prestación, corresponde al Tribunal Europeo de Derechos Humanos”.

Si la sentencia del TEDH constituye cosa juzgada sobre el derecho a indemnización por lesión de un derecho fundamental-que simultáneamente pudiera ser constitutivo de error judicial o de funcionamiento anormal de la administración de justicia y fundar una acción ante los tribunales internos-, hay que concluir también que, mientras el asunto este pendiente ante el TEDH, existe litispendencia sobre el mismo.

Pudiera entenderse, por otra parte, que la solución del art. 41 CEDH -de reconocerle competencia al TEDH para que resuelva la pretensión de indemnización si constata la imposibilidad de reparación específica- está concebida para favorecer al agraviado.

En Derecho interno se plantea el problema de la relación entre recurso de amparo (particularmente por lesión del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas) y acción para la responsabilidad del Estado por error judicial o por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. El amparo va dirigido a la reparación en forma específica del derecho fundamental lesionado y no existe en su proceso oportunidad de condenar al Estado a indemnizar si la violación del derecho fundamental constituyera error judicial o funcionamiento anormal. No obstante la doctrina ha sostenido que las apreciaciones de la sentencia de amparo relativas a la violación de un derecho fundamental que puedan ser calificadas como error judicial o a la lesión del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, que constituye la más grave forma de funcionamiento anormal, sirven para dejar establecido este elemento del que depende la responsabilidad del Estado, que ha de reclamarse en el procedimiento del art. 293.2 LOPJ<sup>32</sup>.

En el supuesto que nos ocupa hay un elemento claro que lleva a la conclusión

---

<sup>31</sup> MORENILLA RODRÍGUEZ, J.M., *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en Poder Judicial, 1989, núm. 15, pág. 65.

<sup>32</sup> DIEZ-PICAZO, I., *Poder judicial y responsabilidad*, Madrid, 1990, pág. 156-165; HERNÁNDEZ MARTÍN, V., con otros autores, *B error judicial. Procedimiento para su declaración e indemnización*, Madrid, 1994, pág. 51-61.

de que la pretensión indemnizatoria ha de ser interpuesta junto con la de declaración de lesión del derecho fundamental. Ese elemento es simplemente el art. 41 CEDH que atribuye al TEDH competencia para resolver aquella pretensión.

No obstante habría que poner en cuestión que esto sea incondicionalmente beneficioso para el demandado, porque la eficacia ejecutiva -aquí sí claramente posible desde una perspectiva técnica- de la sentencia de condena a indemnización del TEDH contra el Estado español no tiene una configuración jurídica precisa y definida, Dice Morenilla que "La sentencia del Tribunal debiera constituir, al menos, un título de ejecución contra el Estado equiparable al de una sentencia nacional, ya que nunca es asimilable a una sentencia extranjera ( ... ) Respecto a España ( ... ) se puede adelantar que las normas existentes en materia de ejecución de sentencias nacionales son de difícil aplicación a las sentencias internacionales y que la reclamación al Estado habría de hacerse por los tramites de la reclamación administrativa y subsiguiente recurso contencioso-administrativo, siendo Título de dicha reclamación la sentencia dictada por el Tribunal de Estrasburgo"<sup>33</sup>.

Impedir La admisión de las acciones de responsabilidad cuando de acuerdo con 'el Derecho del Estado es admisible, me parecería contrario al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, e, incluso, al derecho a la tutela judicial efectiva, en cuanto se priva al actor de la posibilidad de obtener un verdadero título ejecutivo frente al Estado. El único argumento a favor de la inadmisión es que la exclusión es atribuible a un efecto indirecto de la demanda del propio actor, pero también debe tenerse en cuenta que si no presenta esta demanda habría de renunciar a la tutela del TEDH.

No parece pues poco razonable que, junto con la expectativa de obtener sentencia sobre la violación de un derecho reconocido en el Convenio, el agraviado opte también por perseguir la expectativa, tal vez más efectiva en el tiempo y en eficacia jurídica, de obtener de los tribunales españoles una condena a indemnización por error judicial o por funcionamiento anormal de la administración de justicia.

No obstante habría que establecer dos matizaciones al reconocimiento de esta opción.

Primero, que no debe conducir al enriquecimiento injusto, de modo que concedida la indemnización por los tribunales del Estado, el TEDH no debe ya pronunciarse sobre la misma.

En segundo lugar, suscita dudas la admisión de la tramitación de una pretensión de reparación par equivalente cuando aún está pendiente una pretensión que podría obtener -ciertamente que por los difíciles caminos que hemos visto en su momento una satisfacción específica que, en términos generales, privaría de fundamento a la pretensión de indemnización. Habría que distinguir.

Por un lado puede haber violaciones de derechos que par el derecho afectado o por la clase de violación tienen carácter irreversible (par ejemplo, el derecho a que la causa sea oída en un plazo razonable); en tal caso no existe este problema que puede

---

<sup>33</sup> MORENILLA RODRÍGUEZ, J.M., *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en Poder Judicial, 1989, núm. 15, pág. 67-68.

impedir la tramitación simultánea, pues no existe posibilidad de satisfacción específica. Otra cosa es el riesgo de contradicción entre las dos resoluciones que habrán de apreciar si concurre o no lesión del derecho fundamental, pero debe tenerse en cuenta que la negación del TEDH de que se haya producido una lesión del derecho a que la causa sea oída en un plazo razonable, no es exactamente contradictorio con el reconocimiento de un funcionamiento anormal por el tribunal interno<sup>34</sup>.

Por otra parte puede haber violaciones de derechos reversibles en todo o en parte. En estos supuestos tiene sentido la objeción a que la demanda de indemnización ante los tribunales internos se tramitara simultáneamente, porque aunque pudiera pensarse en que esta demanda se limitara a indemnizaciones complementarias de la reparación que no pueda ser producida específicamente, es difícil fijar el alcance de aquellas porque se ignora el grado de satisfacción específica que conseguirá la pretensión.

En todo caso, tras la opción inicial por la acción de responsabilidad ante los tribunales nacionales nada impide el desistimiento y mantener abiertas las posibilidades de pronunciamiento del TEDH.

---

<sup>34</sup> DIEZ-PICAZO, I., *Poder Judicial y responsabilidad*, Madrid, 1990, pág. 164-165.

**PROFESIONES JURÍDICAS, FORMACIÓN JURÍDICA Y LITIGIOSIDAD DE UNA SOCIEDAD EN EVOLUCIÓN: EL CASO DE ESPAÑA<sup>(\*)</sup>**

MANUEL ORTELLS RAMOS  
Catedrático de Derecho Procesal  
Universitat de València

NOTA PREVIA

Las siguientes páginas, pesadas por su sequedad, pero tal vez útiles por los datos que ofrecen, constituyeron el informe español al tema “La formación jurídica en una sociedad contenciosa en evolución”, uno de los que han sido tratados en el XI Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, celebrado en Viena, en agosto de 1999.

DESCRIPCIÓN DE LAS PROFESIONES JURÍDICAS EN ESPAÑA.

**1. Las profesiones jurídicas, en especial las relacionadas con la justicia civil, y el número de sus efectivos.**

**A) *Jueces y Magistrados integrantes de la Carrera Judicial.***

La Carrera judicial consta de tres categorías: Magistrado del Tribunal Supremo, Magistrado, Juez. Su función es ejercer la potestad jurisdiccional en las diferentes clases de tribunales. Por regla general establecida por la Constitución la potestad jurisdiccional sólo puede ser atribuida a órganos integrados por estos empleados públicos (o por los que, temporalmente para resolver problemas de gestión de plantillas, pueden desempeñar sus funciones, según veremos en el apartado siguiente). La Constitución reconoce, como excepción, tribunales especiales cuyos integrantes no pertenecen a la Carrera Judicial: Tribunales militares, Tribunal de Cuentas, Tribunal Constitucional, Tribunal del Jurado competente en algunas materias penales, tribunales consuetudinarios y tradicionales -entre los que la Ley Orgánica del Poder Judicial ha reconocido al Tribunal de las Aguas de la Vega Valenciana-. Los Jueces de Paz no pueden ser considerados como incluidos en la última excepción, pero han sido mantenidos por la LOPJ, sin que se hayan planteado dudas de constitucionalidad. Sobre el número de efectivos se informa en el siguiente apartado 2.

---

<sup>(\*)</sup>Publicado en *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, N° 52, Diciembre-1998, Abril-1999, pp. 7-65.

Versión en inglés de este texto, fue presentado como Informe español al tema segundo del XI Congreso Mundial de de Derecho Procesal celebrado en Viena, del 23 al 28 de agosto de 1999, bajo el título «Legal education and civil litigation in changing and conflicting society».



**B) *Jueces no profesionales: Jueces de Paz.***

No es requisito para ser juez de paz ser licenciado en Derecho. Son elegidos por el pleno del Ayuntamiento del municipio donde existen Juzgados de Paz -que son todos aquellos donde no existen Juzgados de Primera Instancia-. La competencia de estos Juzgados en materia civil es: conciliación previa no obligatoria, asuntos litigiosos de cuantía no superior a 8000 pesetas, funciones de Registro Civil. Sobre el número de efectivos véase, también, el siguiente apartado 2.

**C) *Otros jueces no profesionales.***

a) Magistrados suplentes: son nombrados anualmente por el Consejo General del Poder Judicial entre personas que reúnen los requisitos para ingresar en la Carrera Judicial. Su función es formar parte de los tribunales colegiados cuando no haya suficientes magistrados de carrera necesarios para constituirlos válidamente. b) Jueces sustitutos: Se diferencian de los anteriores en que cumplen su función en órganos unipersonales cuando las necesarias sustituciones del titular no se han podido realizar con otros miembros de la Carrera Judicial. c) Jueces en régimen de provisión temporal: han de reunir los requisitos para acceder a la Carrera Judicial, son nombrados por la Sala de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia previo concurso de méritos entre los aspirantes. Su función es ocupar temporalmente las plazas que han quedado vacantes en los concursos de traslados entre miembros de la Carrera Judicial, si los órganos de gobierno del Poder Judicial estiman que la situación no puede resolverse adecuadamente con aplicación del régimen de sustituciones. Sobre el número de efectivos véase el siguiente apartado 2.

**D) *Cuerpo de Secretarios Judiciales.***

Son Licenciados en Derecho que han debido realizar las pruebas selectivas de acceso al Cuerpo, aunque también están previstos sistemas de desempeño provisional de funciones. Integrados en la organización de los tribunales de justicia, sus principales funciones son el ejercicio de la fe pública judicial y colaborar con el juez en la dirección del procedimiento. El número de efectivos de esta profesión es, a fecha de 30 de junio de 1997, el siguiente: primera categoría: 44; segunda categoría: 1921; tercera categoría: 564; total: 2529<sup>1</sup>.

**E) *Cuerpos de Oficiales, Auxiliares y Agentes Judiciales.***

No se requiere que sean Licenciados en Derecho. Desempeñan dentro de los tribunales de justicia diversas funciones de colaboración material para la realización de los procedimientos y para el funcionamiento general del órgano.

**F) *Abogados.***

Licenciados en Derecho que ejercen profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos judiciales y funciones extrajudiciales de asesoramiento y consejo jurídicos. Por regla general han de estar inscritos en Colegio profesional, salvo que actúen al servicio de Administraciones o entidades públicas con

---

<sup>1</sup> Fuente: último escalafón del Cuerpo de Secretarios cerrado a 30 de junio de 1997. Agradezco la colaboración de D. Román Albaladejo.

relación de dependencia funcionarial o laboral. El número de efectivos de esta profesión, limitado a los abogados inscritos como ejercientes, es, a fecha de 31 de diciembre de 1997, de 93387; de los cuales 23127 están inscritos en el Colegio de Madrid; 10673 en el de Barcelona; 5512 en el de Valencia; 3679 en el de Sevilla<sup>2</sup>.

**G) Procuradores de los Tribunales.**

Licenciados en derecho, inscritos en el correspondiente colegio profesional, que ejercen profesionalmente funciones de representación de las partes ante los tribunales, en el doble sentido de que actúan ante estos en nombre de aquéllas -y bajo la dirección del abogado si está legalmente prescrita-, y de que reciben, en nombre de la parte, las resoluciones de los tribunales y los actos de la parte contraria. El número de efectivos de esta profesión es, en julio de 1998, de 8.428<sup>3</sup>.

**H) Graduados Sociales.**

Son titulados universitarios de grado medio (diplomados) que, inscritos en el Colegio profesional correspondiente, ejercen funciones de asesoramiento en materias de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y además pueden representar a los interesados en los procedimientos judiciales y administrativos sobre las materias citadas. Sólo en la Comunidad Autónoma de Madrid están inscritos más de 3000 profesionales, que prestan servicios a más de 15000 empresas<sup>4</sup>

**I) Ministerio Fiscal.**

Licenciados en Derecho que acceden por oposición a un Cuerpo único. Sus funciones se ejercen principalmente en materia penal. En materia civil en sentido amplio también tienen funciones importantes: han de ser parte -con matizaciones no procedentes ahora- en procesos sobre materias de estado civil (cuestiones matrimoniales, de filiación, de incapacitación), de protección de derechos fundamentales; puede interponer recurso para unificar la interpretación de normas en el proceso especial sobre materias de trabajo y de seguridad social; interviene mediante informe antes de resoluciones sobre temas de jurisdicción y competencia de los tribunales y de tramitación de recursos de casación. El número de efectivos de la Carrera Fiscal, a fecha de 1 de enero de 1995, era de 1244<sup>5</sup>.

**J) Notarios.**

Licenciados en Derecho que acceden mediante oposición gestionada por los poderes públicos al ejercicio de una profesión que tiene reguladas sus funciones, número y ámbito territorial del establecimiento profesional y honorarios por prestación de los servicios. Sus funciones son la intervención, con el efecto jurídico de fehaciencia, en los negocios y actos jurídicos privados, la documentación de los

---

<sup>2</sup> Fuente: Información facilitada por los servicios del Consejo General de la Abogacía Española, cuya colaboración agradezco.

<sup>3</sup> Fuente: Información facilitada por los servicios del Consejo General de los Ilustres Colegios de Procuradores de los Tribunales de España, cuya colaboración agradezco.

<sup>4</sup> Fuente: Web del Colegio de Graduados Sociales de Madrid.

<sup>5</sup> Fuente: *Libro Blanco del Ministerio Fiscal*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1996, pág. 323-344.

mismos y el asesoramiento para que, en la realización de esos actos y negocios, se cumplan las normas legales imperativas y los interesados estén advertidos de cómo expresar su voluntad para conseguir los resultados perseguidos. Los documentos que elaboran tienen un especial efecto probatorio en los procesos y son requisito necesario para el acceso de determinadas transacciones a Registros públicos, muy destacadamente las transacciones inmobiliarias al Registro de la Propiedad. Los datos de los que he podido disponer sobre el número de efectivos de esta profesión se refieren a 1993, año en el que había 2006 notarios, con establecimiento en todo el territorio, con oficinas cuyo tamaño y volumen de trabajo es muy diferenciado<sup>6</sup>.

**K) Corredores de Comercio.**

Licenciados universitarios no sólo en Derecho, sino también en ciencias económicas y empresariales, que acceden, mediante oposición gestionada por los poderes públicos, a una profesión cuyas competencias, retribuciones y establecimiento están regulados por normas. Sus funciones son: intervenir y documentar, con formas distintas a la notarial y ajustadas a la agilidad especial del tráfico jurídico mercantil, pero también con efecto jurídico de fehaciencia, los negocios y actos de ese sector del tráfico jurídico y asesorar en la celebración de los mismos. Actualmente, el Corredor, como fedatario especializado en el ámbito económico y mercantil, interviene prácticamente la totalidad de los negocios bancarios, préstamos, créditos, avales, contragarantías, transmisiones de valores, pignoraciones, contratos de garantía mercantil, así como los contratos de leasing, factoring, cesiones de crédito, entre otros.

**L) Registradores de la Propiedad y Mercantiles.**

Licenciados en Derecho que acceden, mediante oposición, al ejercicio de una función pública pero prestada por profesionales independientes (que asumen el coste de los medios personales, materiales y organizativos para prestar el servicio), sometidos a una regulación jurídico-pública del acceso a la profesión, del desempeño de la misma, de las retribuciones. La función consiste en la realización, en los registros públicos a su cargo, de los asientos sobre la titularidad de derechos reales sobre bienes inmuebles, negocios jurídicos y actos con trascendencia sobre esa titularidad, negocios jurídicos respecto a determinados bienes muebles que pueden tener acceso a registro público (hipotecas y prendas sobre los mismos, operaciones de compraventa a plazos y *leasing*), actos y negocios jurídicos del tráfico mercantil con acceso al Registro (constitución de sociedades mercantiles y actos esenciales de la vida social, establecimiento de sucursales, entre otros).

**2. Número de jueces (profesionales y legos, a tiempo completo o parcial, hombres y mujeres).**

En el apartado anterior se ha dado información sobre número de efectivos de aquellas profesiones jurídicas cuyos datos estaban disponibles. En este apartado se destaca esa información especialmente respecto a los jueces y magistrados. Los del apartado A son profesionales a tiempo completo. Los de los apartados B, C y D no son

---

<sup>6</sup> PASTOR PRIETO, S., *Intervención notarial y litigiosidad civil*, Madrid, 1995, pág. 11-12.

profesionales de la Judicatura, aunque sí licenciados en Derecho, y desempeñan sus funciones interinamente.

**A) *Total de Jueces y Magistrados integrantes de la Carrera Judicial***, y que prestan servicios en el Tribunal Supremo y en los diferentes órganos colegiados y unipersonales, a fecha 19 de febrero de 1997: 3221<sup>7</sup>.

En cuanto a la distribución entre hombres y mujeres, a falta de información más actualizada en el Libro Blanco de la Justicia y en la Memoria del Consejo General del Poder Judicial de 1997, mencionaré datos relativos a 31 de enero de 1986: el número de mujeres jueces en ese momento suponía el 11%, tendiendo a incrementarse, dado que en la promoción última que pudo contabilizarse en un trabajo editado en 1987, las mujeres constituían prácticamente el 50% de la promoción<sup>8</sup>

**B) *Magistrados suplentes nombrados para el año judicial 1996-1997***: 381<sup>9</sup>.

**C) *Jueces sustitutos nombrados para el año judicial 1996-1997***: 995<sup>10</sup>.

**D) *Jueces en régimen de provisión temporal nombrados para el año judicial 1996-1997***: 141<sup>11</sup>.

### **3. La población de España.**

La población española, según el censo de 1996, era de 39.669.394 habitantes. De estos, 24.942.210 viven en poblaciones de más de 20.000 habitantes<sup>12</sup>.

### **4. Evolución de las cifras anteriores desde principios de siglo.**

No es posible ofrecer una exposición de conjunto, completa y coherente, de la evolución desde 1.900 a la actualidad de las cifras de población y de efectivos de las profesiones jurídicas. Los datos que están disponibles, elaborados por expertos, son fragmentarios en cuanto a los periodos temporales considerados y no homogéneos en cuanto a la elaboración de los datos. Me limitaré a presentar tres tablas algo significativas.

---

<sup>7</sup> CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Memoria que el Consejo general del Poder judicial eleva a las Cortes Generales*, Madrid, 1997, pág. 203.

<sup>8</sup> TOHARIA, J.J., “*¡Pleitos tengas!..*”. *Introducción a la cultura legal española*, Madrid, 1987, pág. 15-16.

<sup>9</sup> CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Libro Blanco de la Justicia*, Madrid, 1997, pág. 95.

<sup>10</sup> CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Libro Blanco de la Justicia*, Madrid, 1997, pág. 95.

<sup>11</sup> CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Libro Blanco de la Justicia*, Madrid, 1997, pág. 95.

<sup>12</sup> Fuente: Anuario El País 1998, pág. 387-388, a partir de datos del Instituto Nacional de Estadística.

**A) Población española 1900-1996<sup>13</sup>.**

Año del censo	Población	Crecimiento
1900	18.617.956	509.346
1910	19.992.451	1.374.495
1920	21.508.135	1.515.684
1930	23.844.796	2.336.661
1940	26.187.899	2.343.103
1950	28.368.642	2.180.743
1960	30.903.137	2.534.495
1970	34.041.531	3.138.394
1975	36.012.682	1.9971.151
1981	37.682.355	1.669.673
1986	38.473.418	791.063
1991	38.872.268	398.850
1996	39.669.394	797.1126

**B) Número de plazas de Juez y Magistrado creadas anualmente en tribunales con competencia civil en sentido amplio, desde la promulgación de la Ley de Demarcación y Planta Judicial, dictada a consecuencia de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985<sup>14</sup>.**

Año de creación	Número de plazas creadas
1989	210
1990	178
1991	216
1992	42
1993	29
1994	13
1995	45
1996	38

<sup>13</sup> Fuente: Anuario EL País 1998, pág. 387, a partir de datos del Instituto Nacional de Estadística.

<sup>14</sup> Fuente: CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Memoria que el Consejo general del Poder judicial eleva a las Cortes Generales*, Madrid, 1997, pág. 200.



C) *Censo de abogados ejercientes 1909-1991*<sup>15</sup>.

Año	Número de abogados	Abogados por millón de habitantes
1909	6.368	
1914	8.137	
1915	7.276	
1916	7.076	
1917	7.596	
1932	9.018	
1933	10.278	
1939	5.971	
1940	4.232	
1941	4.308	
1942	4.515	
1943	5.629	
1969	15.874	
1980	41.098	748
1981	43.626	777
1982	48.303	841
1983	48.956	901
1984	52.067	946
1985	55.736	1.006
1986	61.045	1.089
1987	63.860	1.147
1988	68.264	1.219
1989	81.453	1.450
1990	77.688	1.380
1991	72.729	1.281

5. **Comparación con la evolución de la litigiosidad civil durante el mismo periodo.**

El método sociológico aplicado al Derecho en el contexto español no tiene gran tradición. Sólo en tiempos relativamente recientes han empezado a elaborarse y publicarse estudios dedicados al análisis sociológico y económico de la realidad socio-jurídica española, realizados con una metodología adecuada a ese objeto<sup>16</sup>. Por otra parte, la exhaustividad y plena fiabilidad de tales estudios realizados por especialistas

<sup>15</sup> Los datos desde 1909 a 1969 proceden de TOHARIA CORTÉS, J.J., *Cambio social y vida jurídica en España*, Madrid, 1974, pág. 213; los datos desde 1980 en adelante, de PASTOR PRIETO, S., *¡Ah de la justicia! Política judicial y economía*, Madrid, 1993, pág. 276.

<sup>16</sup> A los que ya han sido citados hasta ahora, deben añadirse el trabajo pionero de TOHARIA CORTÉS, J.J., *Cambio social y vida jurídica en España*, Madrid, 1974; ROIG ALONSO, M., *Economía de la Justicia (Un primer análisis del caso español)*, Facultat de Ciències Econòmiques i Empresariales, Universitat de València, Quaderns de treball, número 15, abril, 1988.

se enfrenta con el obstáculo de la falta de unas estadísticas judiciales suficientemente desagregadas, fiables en las cifras que ofrecen, elaboradas con puntualidad temporal y relativas a series temporales bastante largas para realizar análisis comparativos de periodos prolongados<sup>17</sup>. Este problema afectará de modo importante a la información que se pide dentro de este apartado, y también a la de aquellos apartados que requieran referencias estadísticas.

Desde una perspectiva de no especialista -como es la del profesor que elabora este informe- resulta adecuado limitarse a exponer las conclusiones a las que hasta ahora han llegado los especialistas y, si es conveniente, reproducir las series temporales consideradas por ellos.

#### **A) *Periodo 1900 a 1970.***

Ha sido estudiado por TOHARIA CORTÉS en su obra “Cambio social y vida jurídica en España”<sup>18</sup>. El objetivo de su análisis era comprobar la incidencia del llamado “desarrollo económico español” en la evolución de la realidad jurídica española.

En el periodo 1900-1959 la economía española no experimentó cambios estructurales profundos. Estos se produjeron a partir de la década 1960-1970. Específicamente: decrecimiento progresivo de la población activa agraria e incremento de la ocupada en los sectores industrial y de servicios; la tasa anual de crecimiento de la renta per cápita se situaba en cifras muy bajas hasta 1960, año en el que se inició con continuidad una mayor tasa de crecimiento; aumento importante de la constitución de sociedades anónimas (entre 1910-1920 se constituyeron 4.862; entre 1940-1950: 7827; entre 1950-1960: 10.576; 1961-1968: 26.631); aumento muy notable de la población residente en localidades de mayor tamaño.

Para investigar la repercusión de estos cambios socioeconómicos en la realidad jurídica del Derecho Privado, TOHARIA distingue entre la que llama vida jurídica civil, que se desarrolla fuera de la actividad de los tribunales de justicia, y la vida judicial civil.

Para examinar la evolución de la vida jurídica civil utiliza el indicador del número de actos notariales.

En el aspecto cuantitativo la evolución producida la ilustra esta tabla que recoge las tasas de actividad notarial en España en el periodo 1900-1970 (número de actos notariales por cada 1.000 habitantes)<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> EL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Libro Blanco de la Justicia*, Madrid, 1997, pág. 67, reconoce que “la estadística actual -...- no es la estadística fiable y cualitativa que precisa la Administración de Justicia”.

<sup>18</sup> Editada en Madrid, 1974. Lo que se expone en el texto es -mientras no se indique lo contrario- un resumen de los contenidos más importantes de esa obra, útiles para este informe.

<sup>19</sup> Tabla procedente de TOHARIA CORTÉS, J.J., *Cambio social y vida jurídica en España*, Madrid, 1974, pág. 155.

años	número actos por 1.000 habitantes
1900	--
1905	--
1910	28,1
1915	26,2
1920	30,7
1925	37,4
1930	40,2
1935	31,2
1940	23,9
1945	33,5
1950	45,1
1955	48,9
1960	59,8
1965	85,7
1968	199,0

En cuanto a los cambios en la composición cualitativo de la actividad notarial, TOHARIA hace notar que los contratos en general y los protestos de los documentos de giro aumentan de modo considerable (1950: 63,4 por ciento del total; 1969: 72,5 por ciento del total), mientras que descienden los actos considerados como tradicionales de la intervención notarial (los actos respecto a sucesiones hereditarias y contratos por razón de matrimonio pasan del 12,2 por ciento en 1950 al 5 por ciento en 1969).

La evolución de la vida judicial civil se aprecia con el número de asuntos ingresados en los tribunales de justicia y examinando la composición cualitativa de la demanda judicial.

La siguiente tabla refleja el número de asuntos contenciosos ingresados en los Juzgados de Primera Instancia y la tasa de asuntos por cada mil habitantes<sup>20</sup>

Años	Número de asuntos	Número por 1.000 habitantes
1906	28.985	1,44
1940	78.836	3,01
1945	46.633	--
1950	62.545	2,20
1953	50.190	1,76
1954	55.035	1,91
1955	53.710	1,85
1956	51.542	1,76

<sup>20</sup> Tabla procedente de TOHARIA CORTÉS, J.J., *Cambio social y vida jurídica en España*, Madrid, 1974, pág. 173.

Años	Número de asuntos	Número por 1.000 habitantes
1957	50.105	1,70
1958	53.415	1,78
1959	55.987	1,86
1960	56.894	1,87
1961	57.611	1,89
1962	59.556	1,93
1963	56.436	2,10
1964	67.093	2,14
1965	67.256	2,12
1966	67.105	2,10
1967	64.384	2,00
1968	57.808	1,71
1969	62.483	1,83

El análisis de estos datos conduce a TOHARIA a destacar el escaso aumento de la litigiosidad civil y mercantil a pesar de los cambios socioeconómicos producidos y del notable incremento de la actividad en la vida jurídica civil. Habría que realizar una matización: si a las cifras que TOHARIA considera, se añadieran las de los asuntos de la competencia de los Juzgados Municipales y Comarcales, el número de asuntos civiles en primera instancia experimentarían un notable incremento.

En cuanto a la composición cualitativa de la litigiosidad civil es ilustrativa la siguiente tabla, que refleja la tasa por cien mil habitantes de asuntos resueltos, en total y en las cuatro clases de asuntos cuantitativamente predominantes en los Juzgados de Primera Instancia<sup>21</sup>.

Años	Total	Proceso ordinario mayor valor	Proceso ordinario menor valor	Sucesiones	Proceso sumario deudas especial documentación
1953	125,6	5,7	--	--	--
1954	133,2	7,2	--	--	--
1955	131,6	6,5	7,6	49,2	39,0
1956	124,5	4,0	--	--	--
1957	119,5	4,0	--	--	--
1958	125,5	3,6	10,4	57,0	31,3
1959	127,3	3,8	10,3	50,4	40,0
1960	128,7	4,0	11,3	45,1	46,9
1961	129,0	4,1	12,1	44,7	48,3
1962	131,9	4,3	12,4	45,0	50,6
1963	142,3	4,6	12,9	46,2	61,3
1964	147,0	4,2	11,2	45,9	68,0

<sup>21</sup> Tabla procedente de TOHARIA CORTÉS, J.J., *Cambio social y vida jurídica en España*, Madrid, 1974, pág. 176.

Años	Total	Proceso ordinario mayor valor	Proceso ordinario menor valor	Sucesiones	Proceso sumario deudas especial documentación
1965	142,4	4,1	11,4	47,6	63,3
1966	142,9	4,5	12,2	47,6	62,3
1967	134,3	3,6	10,5	47,9	58,1

La importancia que mantiene los asuntos de sucesiones llama la atención a TOHARIA. Probablemente se explica porque en esa clase de asuntos han sido incluidas las declaraciones judiciales de herederos en los casos de falta de testamento, que no es procedimiento de jurisdicción contenciosa. Si es así, el mantenimiento de esa importancia cuantitativa no supondría ninguna peculiaridad de la litigiosidad civil.

La apreciación final de TOHARIA sobre la evolución de la vida judicial civil es la de que el incremento muy importante de la vida jurídica civil ha coexistido a finales de este periodo con una evasión de los tribunales civiles de un número también importante de potenciales litigios. Para TOHARIA las causas de esto son, junto a las tradicionales de la lentitud y coste de los procesos judiciales, la inadecuación de estos procedimientos y de la actitud de los jueces frente a un nuevo tipo de litigio. Este nuevo tipo de litigio se caracterizaría por ser más una cuestión de intereses a componer, que una cuestión de Derecho a resolver: a su vez, los jueces estarían formados más para lo segundo que para lo primero.

Civiles en sentido amplio son los asuntos en materia de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social, que en este periodo estaban atribuidos a la competencia de tribunales especiales, integrados, después de la guerra civil, por jueces técnicos. La siguiente tabla refleja los asuntos presentados ante los tribunales de trabajo de primera instancia<sup>22</sup>. Puede observarse que estos asuntos experimentan un notable incremento a partir de la mitad de la década de 1960.

Años	Número de asuntos
1959	51.573
1960	49.865
1961	44.862
1962	43.929
1963	54.981
1964	58.339
1965	63.784
1966	68.914
1967	86.233
1968	95.744
1969	87.235
1970	121.555

<sup>22</sup> ROIG ALONSO, M., *Economía de la Justicia (Un primer análisis del caso español)*, Facultat de Ciències Econòmiques i Empresariales, Universitat de València, Quaderns de treball, número 15, abril, 1988, cuadro número 2.



**B) Periodo 1970 a 1980.**

Este periodo ha sido estudiado también por TOHARIA CORTÉS, en su obra “¡Pleitos tengas!...Introducción a la cultura legal española”<sup>23</sup>.

Advierte, de entrada, este autor que el volumen de litigiosidad civil creció sustancialmente a lo largo de la década 1970-1980.

Ilustra esa situación la siguiente tabla, que refleja los asuntos ingresados en los Juzgados de Primera Instancia y la tasa de tales asuntos por 1.000 habitantes<sup>24</sup>. Como hice notar en el apartado A anterior estos números han de ser corregidos al alza para incluir los asuntos de los Juzgados Municipales y Comarcales.

Año	Número total asuntos	Tasa por mil habitantes
1970	78.448	2,32
1971	84.960	2,50
1972	78.660	2,29
1973	75.984	2,19
1974	93.400	2,66
1975	107.648	3,03
1976	114.328	3,18
1977	128.530	3,55
1978	145.933	3,98
1979	150.290	4,06
1980	183.333	4,92

La actividad jurídica no judicial, medida por el indicador de los instrumentos notariales autorizados, también ha tenido un crecimiento muy importante, como puede apreciarse en la tabla siguiente<sup>25</sup>.

Año	Número total	Tasa por mil habitantes
1970	4.806.547	142,1
1971	4.791.404	140,6
1972	4.426.506	128,8
1973	4.734.047	136,5
1974	5.632.583	160,8
1975	6.027.483	169,9
1976	6.217.039	173,5
1977	6.904.581	190,4
1978	7.217.164	196,8
1979	7.770.089	209,4
1980	8.391.130	225,1

<sup>23</sup> Editada en Madrid, 1987. Salvo expresa advertencia en sentido diferente, en el texto se hace una selección y resumen de sus contenidos importantes para este informe.

<sup>24</sup> Tabla procedente de TOHARIA CORTÉS, J.J., “¡Pleitos tengas!..”. *Introducción a la cultura legal española*, Madrid, 1987, pág. 76.

<sup>25</sup> Tabla procedente de TOHARIA, J.J., “¡Pleitos tengas!..”. *Introducción a la cultura legal española*, Madrid, 1987, pág. 78.

TOHARIA destaca que, a diferencia de la que había sido la tendencia hasta 1970, el porcentaje de incremento de los indicadores de la litigiosidad civil ha sido muy superior al de los indicadores de la actividad jurídica no judicial (entre 1970 y 1980 los primeros crecieron un 134 por ciento, mientras que los segundos sólo lo hicieron en un 75 por ciento), lo que le permite concluir que el volumen neto de la litigiosidad civil ha aumentado sustancialmente en España en el periodo considerado.

La composición cualitativa de esa litigiosidad mantiene la tendencia mostrada en el periodo anterior. Los asuntos tramitados por el proceso ordinario más complejo (asuntos de mayor valor económico), por el ordinario menos complejo (valor económico inferior) y por el proceso sumario para reclamar deudas de dinero que consten en una documentación específica (el llamado juicio ejecutivo) suponían, en 1970, el 74,3 por ciento de los asuntos ingresados en los Juzgados de Primera Instancia; en 1975 ascendieron al 82,3 por ciento; en 1980 constituían el 80,9 por ciento.

Los asuntos en materia de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social experimentaron también un fuerte crecimiento en este periodo, como puede observarse en la tabla siguiente que refleja los asuntos ingresados en los tribunales unipersonales de primera instancia<sup>26</sup>.

Año	Número de asuntos ingresados
1970	121.555
1971	135.074
1972	131.518
1973	126.390
1974	157.340
1975	192.838
1976	259.306
1977	291.909
1978	385.219
1979	428.913
1980	270.002

### C) *Años posteriores a 1980.*

El estudio más actualizado es el que presenta PASTOR PRIETO en su obra “¡Ah de la justicia! Política judicial y economía”<sup>27</sup>.

El siguiente cuadro refleja el número global de asuntos presentados ante los tribunales civiles de primera instancia en los años desde 1983 a 1990<sup>28</sup>

<sup>26</sup> ROIG ALONSO, M., *Economía de la Justicia (Un primer análisis del caso español*, Facultat de Ciències Econòmiques i Empresariales, Universitat de València, Quaderns de treball, número 15, abril, 1988, cuadro número 2.

<sup>27</sup> Editada en Madrid, 1993. Salvo expresa advertencia el apartado C del texto es un resumen de lo más importante de la obra citada, que tiene interés para este informe.

<sup>28</sup> Elaborado a partir de la tabla que recoge PASTOR PRIETO, S., *¡Ah de la justicia! Política judicial y economía*, Madrid, 1993, pág. 74.

Años	Número de asuntos
1983	397.070
1984	400.575
1985	396.982
1986	395.436
1987	414.123
1988	432.999
1989	435.517
1990	548.414

Para la correcta interpretación de la tabla anterior hay que tener en cuenta que: 1º) se incluyen los asuntos presentados ante los Juzgados de Distrito, mientras que en las cifras de los anteriores apartados A y B no se incluyeron, por no disponer de las mismas, las cifras de asuntos ante los Juzgados Municipales y Comarcales (anterior denominación de los Juzgados de Distrito); 2º) desde 1981 los asuntos de separación matrimonial y divorcio experimentaron un importante incremento, por la profunda modificación del Derecho Matrimonial español.

Para la composición cualitativa de la litigiosidad civil el estudio citado de PASTOR PRIETO ofrece cifras de 1986, separando las correspondientes a los Juzgados de Primera Instancia y las de los Juzgados de Distrito. Hasta 1989 la competencia para conocer de la primera instancia de las materias civiles estaba distribuida entre esas dos clases de tribunales. En 1989 los Juzgados de Distrito fueron transformados en Juzgados de Primera Instancia, de modo que la competencia sobre materias civiles en la primera instancia corresponde a una sola clase de tribunal.

Las dos siguientes tablas ilustran sobre el porcentaje de las diferentes clases de asuntos ante los Juzgados de Primera Instancia, con referencia al año 1986.

La primera se refiere a la clase de procedimiento que ha seguido el asunto<sup>29</sup>.

Clase de procedimiento	%
Ordinario mayor cuantía	1,5
Ordinario menor cuantía	13,8
Ejecutivo (sumario documental)	54,9
Ejecución hipotecaria especial	7,0
Protección derechos Registro Propiedad	0,3
Arrendamientos urbanos	1,8
Arrendamientos rústicos	0,2
Herencias	0,5
Insolvencias	2,3
Incidentes	0,9
Protección sumaria de la posesión	1,5

<sup>29</sup> Elaborado a partir de la tabla que recoge PASTOR PRIETO, S., *¡Ah de la justicia! Política judicial y economía*, Madrid, 1993, pág. 79.

Clase de procedimiento	%
Retractus	0,2
Justicia gratuita	4,5
Otros	11,1

La segunda tabla ilustra sobre las clases de asuntos según su valor económico<sup>30</sup>.

Valor en pesetas	%
Hasta 100.000	11,1
De 100.000 a 150.000	15,3
De 150.001 a 500.000	25,5
Más de 500.000	30,5
Cuantía no estimable	7,7
No consta determinación sobre cuantía	9,9

La siguiente tabla refleja la composición cualitativa de la demanda de tutela judicial a los Juzgados de Distrito en 1986<sup>31</sup>.

Clase de asunto	Número de asuntos	%
Acto de conciliación	25.817	14,9
Juicio verbal	35.127	20,3
Juicio de cognición	57.629	33,2
Arrendamientos urbanos	54.151	31,2
Arrendamientos rústicos	1.004	0,6

Con referencia a los tribunales especiales de trabajo, que en 1988 fueron transformados en tribunales especializados dentro de la organización judicial única, el siguiente cuadro informa del número de asuntos presentados en primera instancia<sup>32</sup>.

Año	Número de asuntos
1981	300.000
1982	286.000
1983	340.000
1984	348.000
1985	295.000
1986	267.000
1987	268.000

<sup>30</sup> Elaborado a partir de la tabla que recoge PASTOR PRIETO, S., *¡Ah de la justicia! Política judicial y economía*, Madrid, 1993, pág. 79.

<sup>31</sup> Tabla elaborada por PASTOR PRIETO, S., *¡Ah de la justicia! Política judicial y economía*, Madrid, 1993, pág. 80.

<sup>32</sup> Elaborado a partir de la tabla que recoge PASTOR PRIETO, S., *¡Ah de la justicia! Política judicial y economía*, Madrid, 1993, pág. 103.

Año	Número de asuntos
1988	265.000
1989	267.000
1990	277.000

## BREVE DESCRIPCIÓN DE LA LITIGIOSIDAD CIVIL EN EL MOMENTO PRESENTE.

**1. Número de asuntos ingresados y resueltos.**

Los datos más recientes disponibles son los que ofrece la Memoria del Consejo General del Poder Judicial de 1997, que van referidos a 1996, pero que consideran frecuentemente, a efectos comparativos, los cuatro años anteriores.

En este informe recogeremos, salvo especial indicación, los cuadros en los que se especifican los asuntos pendientes a principio de año, los ingresados en el año, los resueltos en el año y los pendientes a fin de año.

Los cuadros se refieren a la actividad de diversas clases de tribunales competentes en materia civil en sentido amplio. En algunos de estos tribunales los asuntos son, total o principalmente, recursos; en otros, total o principalmente asuntos en primera instancia. La anterior circunstancia se indicará, respectivamente, con las expresiones “recursos” y “primera instancia”, entre paréntesis, junto al nombre del tribunal.

**A) Juzgados de Primera Instancia.**

La siguiente tabla refleja los asuntos ingresados en los Juzgados de Primera Instancia (primera instancia) en los años 1992-1996 y el porcentaje de evolución del último año sobre el primero del quinquenio<sup>33</sup>.

Años	1992	1993	1994	1995	1996	% evolución
Asuntos	606.697	681.760	673.730	636.652	601.418	-0,87

El siguiente cuadro refleja el número de asuntos ingresados en los Juzgados de Primera Instancia especializados en materia de familia (primera instancia)<sup>34</sup>.

Años	1992	1993	1994	1995	1996	% evolución 1992-1996
Asuntos	66.777	72.423	79.161	82.580	83.990	25,78

<sup>33</sup> Elaborada a partir del cuadro recogido en CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Memoria que el Consejo general del Poder judicial eleva a las Cortes Generales*, Madrid, 1997, pág. 263.

<sup>34</sup> Elaborado a partir del cuadro recogido en CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Memoria que el Consejo general del Poder judicial eleva a las Cortes Generales*, Madrid, 1997, pág. 269.



**B) Juzgados de lo Social (primera instancia; materia civil en sentido amplio - Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social-).**

El siguiente cuadro se refiere sólo a los asuntos del año 1996<sup>35</sup>.

	Pendiente inicio año	Ingresado en año	Resuelto	Pendiente fin año	Sentencias
Número asuntos	90.233	261.140	267.917	83.456	164.331

Se hace notar la desagregación (que falta en los datos del anterior apartado A) entre “asuntos resueltos” y “sentencias”, que pone de manifiesto el número de asuntos que se terminan mediante conciliación ante el Juzgado de lo Social o por desistimiento.

**C) Audiencias Provinciales (recursos)<sup>36</sup>.**

Año	Asuntos			
	Pendientes al inicio del año	Iniciados en el año	Resueltos en el año	Pendientes al finalizar el año
1992	50 767	82 328	79 188	53 907
1993	53 907	86 803	86 327	54 383
1994	54 383	96 202	87 871	62 714
1995	62 714	101 882	89 280	75 316
1996	75 316	115 258	102 750	87 824

**D) Tribunales Superiores de Justicia.**

a) Salas de lo Civil (recursos)<sup>37</sup>.

Año	Asuntos			
	Pendientes a inicio del año	Iniciados en el año	Resueltos en el año	Pendientes a final de año
1992	26	54	60	20
1993	20	99	84	35
1994	35	108	92	51
1995	51	133	136	48
1996	48	136	135	49

<sup>35</sup> Elaborado a partir del cuadro recogido en CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Memoria que el Consejo general del Poder judicial eleva a las Cortes Generales*, Madrid, 1997, pág. 281.

<sup>36</sup> CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Memoria que el Consejo general del Poder judicial eleva a las Cortes Generales*, Madrid, 1997, pág. 259.

<sup>37</sup> CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Memoria que el Consejo general del Poder judicial eleva a las Cortes Generales*, Madrid, 1997, pág. 234.

b) *Salas de lo Social (recursos; materia civil en sentido amplio -Derecho del trabajo y de la Seguridad Social-)*<sup>38</sup>.

Año	Asuntos			
	Pendientes a inicio del año	Iniciados en el año	Resueltos en el año	Pendientes a final del año
1992	28 621	46 875	42 302	33 194
1993	33 194	49 762	44 369	38 587
1994	38 587	53 484	47 964	44 123
1995	44 123	55 839	48 610	51 352
1996	51 352	57 577	54 930	53 999

**E) Tribunal Supremo.**

a) *Sala de lo Civil (recursos)*<sup>39</sup>.

Año	Asuntos			
	Pendientes a inicio de año	Iniciados en el año	Resueltos en el año	Pendientes a final del año
1992	5 510	4 016	2 795	6 731
1993	6 731	3 324	3 464	6 591
1994	6 591	3 660	3 905	6 346
1995	6 346	3 782	2 902	7 226
1996	7 226	3 989	3 118	8 097

b) *Sala de lo Social (recursos; materia civil en sentido amplio -Derecho del trabajo y de la Seguridad Social-)*<sup>40</sup>.

Año	Asuntos			
	Pendientes a inicio del año	Iniciados en el año	Resueltos en el año	Pendientes al final del año
1992	1 790	4 168	2 502	3 456
1993	3 456	3 733	3 368	3 821
1994	3 821	4 025	4 191	3 655
1995	3 655	4 120	4 452	3 323
1996	3 323	4 672	4 592	3 403

<sup>38</sup> CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Memoria que el Consejo general del Poder judicial eleva a las Cortes Generales*, Madrid, 1997, pág. 248.

<sup>39</sup> CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Memoria que el Consejo general del Poder judicial eleva a las Cortes Generales*, Madrid, 1997, pág. 213.

<sup>40</sup> CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Memoria que el Consejo general del Poder judicial eleva a las Cortes Generales*, Madrid, 1997, pág. 215.

## 2. Tendencias recientes en la composición cualitativa de la litigiosidad civil.

Las estadísticas que ofrece la Memoria del Consejo General del Poder Judicial no desagregan las clases de asuntos civiles, más allá de los de familia tramitados por Juzgados especializados y de los asuntos laborales, que hemos considerado civiles en sentido amplio.

A partir de algunos datos de esa estadística y de la información que proporciona PASTOR PRIETO <sup>41</sup> se puede establecer la conclusión, de valor sólo aproximativo, de que la litigiosidad civil (en sentido amplio) se centra, principalmente, en las siguientes clases de asuntos: litigios laborales y de seguridad social, reclamaciones de deudas que constan en documentos específicos y pueden acceder a un procedimiento declarativo facilitado, litigios por ruptura matrimonial, litigios en materia de arrendamientos urbanos.

No es posible conocer las materias sobre las que versan los procesos que se tramitan por vía ordinaria, así como tampoco la frecuencia con la que se solicitan medidas cautelares en relación con un proceso principal.

### DESCRIPCIÓN DE LA FORMACIÓN JURÍDICA EN ESPAÑA.

#### III.1. Formación jurídica impartida por la Universidad.

##### 1. y 2. Número de Facultades de Derecho en España. Públicas y privadas.

La información relevante se presenta sintéticamente en el siguiente cuadro<sup>42</sup>.

Número de Facultades de Derecho de Universidades Públicas (o adscritas a Universidades Públicas)	62
Número de Facultades de Derecho de Universidades Privadas	10
Total de Facultades de Derecho	72

##### 3. Otros centros universitarios que preparan para profesiones jurídicas.

Entendiendo que la referencia se hace a la preparación para profesiones jurídicas que se ocupan de materias civiles en sentido amplio, han de mencionarse las Escuelas Universitarias de Relaciones Laborales, que gestionan los estudios conducentes a la obtención del título universitario de Diplomado en Relaciones Laborales, con el que se puede acceder al ejercicio de la profesión de graduado social (antigua denominación académica y de más frecuente uso para designar la actividad profesional), cuyas funciones se expusieron en el apartado I.1.

<sup>41</sup> PASTOR PRIETO, S., *¡Ah de la justicia! Política judicial y economía*, Madrid, 1993, pág. 72-85.

<sup>42</sup> Fuente: datos del Anuario El País 1998, pág. 117, a partir de datos del Instituto Nacional de Estadística 1997.

El número de Escuelas Universitarias de Relaciones Laborales dependientes de Universidades Públicas es de 52.

**4. Número de estudiantes matriculados en Facultades de Derecho.**

La siguiente tabla presenta el número de estudiantes matriculados en el curso 1996-1997 y el número de plazas disponibles para ingreso en el curso 1998-1999 (excluidas Universidades privadas cuyo *numerus clausus* no está regulado), tanto en Facultades de Derecho, como en Escuelas Universitarias de Relaciones Laborales<sup>43</sup>.

	Número de matriculados 1996-97	Número de plazas disponibles ingreso 1998-99
Facultad de Derecho	199.814	30.414
E.U. Relaciones Laborales	59.455	14.007

**5. Número de estudiantes que, al finalizar los estudios universitarios, preparan el acceso a centros de preparación profesional para adquirir la condición de juez, de abogado o equivalente.**

a) *Para acceder a la Carrera Judicial se requiere superar un procedimiento selectivo que se expondrá con más detalle en el siguiente apartado 3.2, 1.*

Como cifra más aproximada al dato que se indica en el epígrafe del precedente apartado 5, presento en la tabla siguiente los datos más relevantes de los participantes en el procedimiento selectivo convocado por acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 17 de mayo de 1995<sup>44</sup>.

Solicitudes presentadas	5.692
Presentados a la 1ª prueba	4.457
Aprobados en la 1ª prueba	663
Presentados a la 2ª prueba	661
Aprobados en la 2ª prueba	222
Presentados a la 3ª prueba	222
Aprobados finalmente	187

Es útil advertir, complementariamente, que de los 187 aprobados, 108 eran mujeres (57,75 %) y 79 varones (42,25 %).

<sup>43</sup> Elaborado a partir de la información que proporciona el Anuario El País 1998, pág. 117, con base en de datos del Instituto Nacional de Estadística 1997, y de información que figura en la web del Consejo de Universidades.

<sup>44</sup> Es parte del cuadro recogido en CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Memoria que el Consejo general del Poder judicial eleva a las Cortes Generales*, Madrid, 1997, pág. 74.

b) *Para acceder a la condición de abogado no es preceptivo realizar una formación profesional específica (véase más ampliamente el siguiente apartado 3.2), de modo que no es posible dar respuesta a la cuestión que se formula.*

De modo aproximativo cabe apuntar que, en buena medida por la facilidad del acceso al ejercicio de la profesión de abogado, un buen número de licenciados en Derecho proyectan dedicarse a esa actividad profesional. Cosa distinta es cuántos de ellos consiguen consolidarse en el ejercicio.

### **Notas previas a las cuestiones de los apartados 6 al 9. Ordenación de los estudios de Licenciado en Derecho en España.**

Como puede incidir en los temas que han de tratarse en los siguientes apartados 6 al 9, informo a continuación de las características más destacadas de la ordenación jurídica de los estudios universitarios en general y de los conducentes al título de Licenciado en Derecho en especial.

A) La ley de Reforma Universitaria de 1983 ha reestructurado la Universidad española y la enseñanza superior en España. La reforma ha afectado a la ordenación académica de las enseñanzas.

B) Los títulos universitarios -entre ellos el de Licenciado en Derecho- pueden obtenerse tras superar los estudios realizados según un plan de estudios que elabora y aprueba cada Universidad, con sujeción a las directrices previamente establecidas por el Gobierno. Esta sujeción se comprueba mediante la competencia de homologación que tiene atribuida el Consejo de Universidades.

C) Las directrices generales para la licenciatura en Derecho -en parte comunes a todos los planes, en parte propias de esa titulación- consisten principalmente en lo siguiente:

a) los planes de estudios conducentes a esa titulación han de ordenar las enseñanzas en dos ciclos (no hay, en consecuencia, título al finalizar el primer ciclo), con una duración de al menos dos años por ciclo y de al menos cuatro por ambos.

b) La carga lectiva global de plan de estudios no puede ser inferior a trescientos créditos, ni superior a trescientos cuarenta y cinco créditos. Crédito es la unidad de valoración de las enseñanzas. Un crédito corresponde a diez horas de docencia teórica, práctica o equivalente (como tal pueden ser consideradas actividades académicas dirigidas).

c) El plan de estudios está integrado por unas materias troncales, obligatorias en todas las Universidades, determinadas por el Gobierno al establecer las directrices generales propias de cada titulación, y que han de suponer como mínimo el 55% de los créditos del plan; unas materias establecidas discrecionalmente por cada Universidad, sea con el carácter de obligatorias, sea con el de optativas; en fin, por unas materias de libre elección por el estudiante, que han de suponer como mínimo el 10% de los créditos del plan.

**6. Duración de los estudios para obtener el título de licenciado en derecho.**

Según la ordenación jurídica de los mismos, han de tener una duración mínima de cuatro años. Los planes de estudios aprobados prevén duraciones de cuatro años y de cuatro años y medio.

Sobre la duración real de los estudios -años que un número significativo de estudiantes necesita para terminar los estudios- se carece de datos contrastados, por el escaso tiempo de implantación de los nuevos planes. De modo aproximativo puede decirse que sólo un número muy reducido de estudiantes de las primeras promociones ha conseguido terminar los estudios en los años previstos por el plan.

**7. Materias comprendidas en los planes de estudio de la Licenciatura en Derecho.**

*A) Materias jurídicas. Derecho positivo y Derecho comparado.*

El contenido fundamental de los planes de estudio -tanto de los actuales, como de los dos planes uniformes que regían antes de la reforma- son materias de Derecho positivo vigente en España: Derechos constitucional, administrativo, civil, mercantil, procesal, internacional público y privado, penal, Derecho de las Comunidades europeas, del trabajo y de la protección social, tributario y de las finanzas públicas.

El Derecho comparado no forma parte de las materias obligatorias en todas las Universidades, pero la materia “Teoría del Derecho” introduce una comprensión no positivo-estatal del fenómeno jurídico y en la didáctica de las diferentes materias se utilizan referencias a ordenamientos jurídicos extranjeros.

La disposición que establece las directrices generales propias del título de Licenciado en Derecho recomienda incluir el Derecho comparado como materia obligatoria de Universidad o como materia optativa. Algunas Universidades la han incluido como asignatura optativa.

*B) Materias no jurídicas: materias sociales y económicas; materias instrumentales.*

Están comprendidas en los planes de estudio, pero es importante matizar con qué grado de obligatoriedad.

a) Como materias obligatorias en todas las Universidades.

Con un nivel básico o de introducción son materias obligatorias en todas las Universidades la historia del Derecho, la filosofía del Derecho y la economía.

La disposición reguladora de las directrices propias del título de Licenciado en Derecho recomienda introducir como materia obligatoria de Universidad o como materia optativa, materias del campo de las ciencias sociales -como la sociología y otras- y materias instrumentales -como la contabilidad y la informática-.

b) Como materias obligatorias en los planes de cada Universidad.

Algunas Universidades -aunque no la mayoría de ellas- han incluido como materias obligatorias en su plan de estudios materias como informática, una lengua extranjera (inglés, francés, alemán) y Humanidades.

c) Como materias optativas.



La mayor parte de Universidades ha incluido como materias optativas una amplia gama de materias no jurídicas: informática, sociología, profundización en economía, deontología, profundización en historia jurídica, de las ideas políticas, del proceso de unificación europea.

A esta oferta ha de añadirse la que supone el 10 por ciento de créditos de libre configuración, que pueden aplicarse a materias no comprendidas en el plan de estudios de la licenciatura y, por lo tanto, posibilitan un importante complemento de formación no estrictamente jurídica.

*C) Especialmente materias de arbitraje, ADR, ética e informática aplicada al Derecho.*

Está comprendida como obligatoria en los planes de estudio de todas las Universidades una formación de tipo básico en materias de arbitraje y ADR, aunque la última limitada al estudio de los supuestos de mediación y conciliación específicamente regulados por el Derecho estatal.

Una formación profundizada en estas materias y la inclusión de materias como ética e informática se produce en calidad de materia obligatoria de Universidad (pocos casos) o como materia optativa (Mayor parte de los planes de estudio).

#### **8. Enseñanzas generales y enseñanzas especializadas. Momento de los estudios en el que se introducen las enseñanzas especializadas.**

**A)** Son **enseñanzas generales** -en el sentido de obligatorias para todos los estudiantes de Derecho- las que se han enunciado en los anterior apartados A y B, a. La docencia de las mismas supone aproximadamente el 55 por ciento de toda docencia del plan de estudios.

Están ordenadas en dos ciclos de dos años: el primer ciclo comprende principalmente materias básicas e introducción a materias; el segundo ciclo comprende profundización en materias comunes y materias comunes nuevas que precisan una base de formación jurídica.

**B)** Las **enseñanzas especializadas** consisten en profundización en áreas específicas de materias jurídicas (por ejemplo: Derecho inmobiliario, internacional económico, de la competencia y de la propiedad industrial, derechos fundamentales, organizaciones internacionales, justicia constitucional, Derecho bancario y bursátil, Derecho de la prueba, de la tutela judicial cautelar, etc.) y en materias económicas principalmente relacionadas con el sector privado. La segunda orientación de la especialización suele ser el complemento más apreciado de la formación jurídica general.

#### **C) Momento en el que se introducen las enseñanzas especializadas.**

Sin perjuicio de lo que se dirá en el siguiente apartado 9, ha de indicarse que, la mayor parte de los planes de estudio, introducen las enseñanzas especializadas a partir del segundo cuatrimestre del año académico o a partir del segundo año académico.

La ordenación de una lógica secuencia de estudios -primero: lo general y básico; a continuación, lo especial- se realiza mediante reglas obligatorias o mediante

recomendaciones de incompatibilidad en función de las específicas materias a cursar - por ejemplo: para cursar Derecho concursal es necesario haber superado Derecho mercantil y Derecho procesal civil-.

### **9. *Contenido de la especialización que se ofrece en los planes de estudio de la Licenciatura en Derecho.***

El plan de estudios de 1965 -que era el plan de estudios más modernizado de los dos que regían en todas las Universidades antes de la reforma que supuso la diversificación de los planes- establecía la especialización en los cursos 4º y 5º (los dos últimos) de la Licenciatura. Se establecían tres especialidades: Derecho público, Derecho privado, Derecho de la empresa.

Con los nuevos planes de estudio es necesario distinguir entre especialización dirigida y no dirigida.

Las universidades privadas han optado principalmente por la primera. Ofrecen estudios de Licenciatura en Derecho con diplomas complementarios en Derecho Comunitario o Estudios Empresariales o de especialización económica. Tales diplomas no tienen la misma validez oficial que el título de Licenciado, pero optan a ser valoradas en el mercado de los servicios jurídicos. Para obtener el diploma se requiere cursar una serie determinada de materias, lo que, normalmente, también supone una duración de los estudios mayor que la prevista para la licenciatura.

La mayor parte de Universidades tienen previsto un tipo de especialización que puede ser configurada por el propio estudiante, mediante la elección de un conjunto coherente de materias optativas y de libre configuración. Para ayudar en la elección algunas Universidades establecen “itinerarios orientativos” para que las materias optativas puedan ser elegidas en función de diversas salidas profesionales posibles para un licenciado en Derecho.

### **10. *Métodos de enseñanza.***

*A) Número de alumnos por grupo. Espacio físico de la docencia. Incidencia en los métodos de trabajo.*

Hay que distinguir la docencia teórica y la docencia práctica.

La docencia teórica se imparte a grupos de tamaño distinto según las Universidades, pero cuya media puede situarse en 100 estudiantes, que ocupan aulas de tamaño mediano. Eso induce una técnica docente en la que prepondera la exposición de temas por el profesor, con ayuda -en ocasiones- de proyección de transparencias y con posibilidad de un diálogo limitado profesor-estudiante con finalidad de aclaración de la exposición. Las sesiones se desarrollan con arreglo a un programa de temas, complementado con referencias bibliográficas generales accesibles.

La docencia práctica se imparte a grupos de tamaño distinto según Universidades, pero cuya media ronda los 35 alumnos, que son acogidos en aulas pequeñas. En el siguiente apartado C se exponen los diversos contenidos y métodos de la docencia práctica.

*B) Docencia mediante actividades académicas dirigidas.*

La disposición que rige las directrices comunes de todos los planes de estudio para títulos universitarios autoriza que los planes de estudios prevean que parte de los créditos -el 30 por ciento- correspondientes a la docencia teórica y práctica de toda clase de materias, sean obtenidos mediante actividades académicas dirigidas. Por otra parte la disposición de directrices propias del título de Derecho establece como materia obligatoria en todas las Universidades el llamado “Practicum” -introducción a la práctica integrada del Derecho-, con un mínimo de docencia de 14 créditos, todos los cuales han de ser obtenidos mediante trabajos académicamente dirigidos y mediante prácticas en instituciones públicas y privadas controladas académicamente. Véase la ampliación de información en el siguiente apartado C, b.

*C) Métodos de aprendizaje que requieren principalmente una actitud activa del estudiante.*

En los métodos de docencia que se aplican para la obtención de créditos teóricos sigue predominando el de exposición de temas por el profesor, con utilización de técnicas audiovisuales elementales para facilitar la comprensión de conjunto del tema y permitiendo un dialogo profesor-estudiante suficiente para posibilitar las aclaraciones convenientes sobre la exposición.

Las mayores innovaciones en los métodos de docencia se han producido en la docencia práctica, que ha sido muy potenciada por los nuevos planes de estudios. La disposición reguladora de las directrices propias del título de Licenciado en Derecho establecen como obligatorio un mínimo de créditos prácticos por materia -entre un 15 y un 20 por ciento de los asignados a la materia-, y también establecen como obligatoria en todos los planes de estudio de Derecho la materia de “Practicum” - introducción a la práctica integrada del Derecho- con un mínimo de 14 créditos.

a) Contenido y métodos de trabajo en los créditos prácticos.

Presentan gran variedad, pero pueden enumerarse sin exhaustividad los siguientes: aprendizaje del uso de bibliografía jurídica, de las fuentes de conocimiento de las normas, de las colecciones de doctrina jurisprudencial; realización de trabajos sencillos sobre temas jurídicos, aprendizaje y aplicación de técnicas de tratamiento de casos jurídicos, solución de casos prácticos ideales, análisis de noticias jurídicas de los medios de comunicación, preparación de actos jurídicos escritos, comentarios sobre resoluciones judiciales, elaboración de los distintos actos de desarrollo de un procedimiento judicial asignando los diferentes roles de los sujetos del proceso a pequeños grupos de alumnos.

b) “Practicum”.

Esta materia obligatoria en los planes de estudio de Derecho de todas las Universidades puede tener en cada una de ellas algunas diferencias.

Expongo, a continuación, los aspectos generales del “Practicum” de Derecho en la Universidad de Valencia.

Pueden acceder al mismo los estudiantes que se encuentren en una etapa avanzada de sus estudios de licenciatura.

Sus objetivos son completar la formación del estudiante mediante la realización de un periodo de prácticas en entidades privadas o públicas, con la finalidad de que conozca la vida profesional, de introducirle en la problemática jurídica de la entidad, de que contraste los conocimientos teóricos y prácticos adquiridos con la experiencia real, de que realice trabajos que pongan a prueba la capacidad crítica y reflexiva del

estudiante, sus aptitudes para la toma de decisiones y para analizar problemas jurídicos reales.

Su duración es de un trimestre con jornada ordinaria laboral, lo que supone aproximadamente 490 horas de prácticas.

Las prácticas se desarrollan bajo la supervisión de un tutor designado por la entidad en que se desarrollan las prácticas y de un tutor académico -encargado del seguimiento y evaluación- y consisten en participar en las actividades ordinarias que se realizan en las siguientes entidades: Administración Local, Autonómica e Institucional, empresas privadas, despachos de abogados y de procuradores, notarías y registros de la propiedad, consultorías y asesorías de empresas, Juzgados y Tribunales.

Al término del Practicum el estudiante ha de elaborar una memoria sobre la actividad realizada.

*D) Uso de técnicas audiovisuales y de tecnología informática.*

En pocas Universidades están incorporadas a la infraestructura del aula técnicas como las siguientes: ordenador personal con las aplicaciones adecuadas, proyector de cuerpos opacos y de transparencias, proyector de diapositivas y videoprojector.

En algunas Universidades existen aulas informáticas desde cuyas terminales los estudiantes tienen acceso -temporalmente limitado- a Internet y al servicio de correo electrónico.

En un mayor número de Universidades se utilizan en el aula proyectores de transparencias y de diapositivas y los estudiantes disponen de terminales informáticas para consultas en bases de datos disponibles en la red de la Universidad y para realizar gestiones administrativas de matriculación y de consulta de su expediente académico.

**11. *Efectos de la mundialización sobre los programas de enseñanza y sobre los métodos de trabajo.***

La incidencia sobre la utilización de medios instrumentales facilitados por las nuevas tecnologías en el aprendizaje y en la práctica jurídica se expuso en el anterior apartado 10, B. En síntesis puede decirse que, sea en los centros universitarios, sea como medios personales de trabajo de los estudiantes, tienen un alto grado de uso los PC con aplicaciones de procesamiento de texto y base de datos. Se está incrementando progresivamente el acceso a Internet para la busca de información jurídica o de materias complementarias.

La incidencia de la globalización en los contenidos de la formación hay que buscarla sobre todo en las decisiones de cada Universidad de incluir en su plan de estudios materias determinadas en calidad de obligatorias de Universidad o de optativas.

Precisamente uno de los criterios básicos de la nueva ordenación de los planes de estudios es la de evitar su rigidez y posibilitar su ajuste a las necesidades de una sociedad en rápida transformación. En este sentido el informe técnico del grupo de trabajo que preparó el anteproyecto de directrices propias de título de Licenciado en Derecho indica: "...la carrera debe abrirse a los nuevos problemas y a las nuevas necesidades, creando disciplinas académicas de nueva planta o readaptando algunas de las tradicionales. Una de las razones que aconsejan que el nivel de troncalidad no sea muy alto es, precisamente, la necesidad de establecer planes de estudio flexibles, adaptables a las realidades cambiantes y abiertos a los nuevos métodos de enseñanzas

y de aprendizaje. (...). En definitiva, consideramos que ya no es posible definir lo que debe ser un jurista de manera unívoca y desde un plan de estudios rígido, en una sociedad como la actual, sometida a cambios acelerados”<sup>45</sup>.

Como ejemplo se puede citar las siguientes materias optativas que aparecen en los planes de estudio de Universidades españolas: Derecho internacional económico, Derecho del comercio internacional, Derecho del transporte internacional, Gestión del comercio exterior, nacionalidad, extranjería y ciudadanía europea, Derecho penal internacional y comunitario, Derecho procesal internacional, Derecho internacional público del mar.

## ***12. Formación especialmente destinada a estudiantes extranjeros y relaciones de intercambio de estudiantes con Facultades de Derecho extranjeras.***

La participación de la Universidades españolas en la movilidad internacional de los estudiantes de Derecho presenta las siguientes manifestaciones más destacadas.

*A) En la Universidad Complutense de Madrid, desde el curso académico 1996-97, se ha establecido un plan de estudios especial de Licenciado en Derecho (hispano-francés). El acceso al mismo está limitado por una elevada calificación de acceso a la Universidad y por la comprobación de un dominio suficiente del idioma francés.*

La característica principal del plan es que una parte de materias se cursan en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense y otras materias se cursan en una Universidad francesa. Las materias citadas en segundo lugar son las siguientes: Derecho Internacional Público, Derecho Comunitario, Derecho Administrativo (partes del mismo), Derecho Internacional Económico, Derecho civil (partes del mismo), Derecho fiscal, Derecho internacional privado, Derecho mercantil (partes del mismo), Grandes sistemas del Derecho, Hacienda pública francesa, Derecho del trabajo francés, Derecho constitucional (parte), Derecho de sociedades (parte), Derecho procesal civil francés.

### *B) Movilidad de estudiantes en el ámbito europeo.*

Muchas Universidades españolas, y dentro de ellas las Facultades de Derecho, participan en el programa Sócrates-Erasmus de la Unión Europea para el intercambio de estudiantes, profesores y personal de administración entre las Universidades de estos países y, además, Islandia, Liechtenstein, Noruega, Polonia, República Checa, Hungría, Rumania y Chipre. Una de las acciones de ese programa es la de movilidad de estudiantes, que permite el intercambio de estudiantes entre las diferentes Universidades Europeas que han suscrito un acuerdo bilateral. Los estudiantes tienen garantizada la homologación de los estudios cursados en el extranjero mediante la aplicación del sistema ECTS.

Para facilitar que estudiantes europeos soliciten la estancia en una Universidad española, algunas de estas Universidades organizan e imparten en la Universidad de procedencia cursos de breve duración de introducción al Derecho español (sistema de fuentes y terminología y conceptos jurídicos básicos). En la Universidad española los estudiantes suelen matricularse en créditos de libre configuración o de troncales de las llamadas “universales” (Derecho mercantil, comunitario, internacional público).

---

<sup>45</sup> CONSEJO DE UNIVERSIDADES, *Reforma de las enseñanzas universitarias*. Título: *Licenciado en Derecho*, Madrid, 1988, pág. 41.



*C) Movilidad con Latinoamérica.*

Principalmente afecta a estancias de profesores y de personal investigador. También a estudiantes de postgrado, pero no a estudiantes de Licenciatura.

*D) Convenios bilaterales con Universidades extranjeras.*

Es muy frecuente que las Universidades españolas concierten estos convenios, pero no es normal que den cobertura a intercambios de estudiantes de Licenciatura.

**13. Relaciones entre las Universidades y las profesiones jurídicas. Influencia de estas profesiones en la orientación de la formación jurídica impartida por la Universidad.**

*A) En la estructura institucional de la Universidad española el órgano de participación de la sociedad en la universidad es el Consejo Social.* Según la Ley de Reforma Universitaria las competencias del Consejo Social son: la aprobación del presupuesto y de la programación plurianual de la Universidad, a propuesta del consejo de gobierno de la Universidad, la supervisión de las actividades económicas de la Universidad y del rendimiento de sus servicios; también le corresponde promover la colaboración de la sociedad en la financiación de la Universidad. Sus competencias no afectan, pues, directamente a aspectos académicos. La posibilidad de una incidencia indirecta es muy reducida.

Del Consejo Social puede formar parte, en calidad de vocal, alguna persona vinculada a Colegios profesionales, pero no necesariamente de profesiones jurídicas. No es una vía significativa de influencia de las profesiones jurídicas en la formación que se imparte en las Facultades de Derecho.

*B) El anteproyecto de directrices propias para los planes de estudio conducentes al del título de Licenciado en Derecho fue sometido a información pública,* con remisión de los trabajos, entre otros, a las organizaciones colegiales profesionales, con posibilidad de formular propuestas alternativas totales o parciales o, de modo más genérico, observaciones, sugerencias y comentarios.

Emitieron informe, con la clase de contenido que se ha indicado en último lugar, el Consejo general de la Abogacía Española, el Consejo Nacional del Notariado y el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y algunos Colegios de profesiones jurídicas de ámbito territorial.

*C) Relación mediante convenios de colaboración.*

Es la vía de relación más importante.

Los objetos más frecuentes de estos convenios son la facilitación por el colegio profesional o la institución correspondiente de las prácticas formativas de los estudiantes (“Practicum”) y la organización de cursos de formación para profesionales o de cursos universitarios de postgrado.

**14. Profesorado universitario de Derecho y dedicación profesional a la práctica del Derecho.**

Es conveniente distinguir dos clases de profesores de Derecho -prescindiendo ahora del personal docente e investigador en formación-: profesores profesionales -que



en las universidades públicas tienen la condición de funcionarios- y profesionales de las diferentes profesiones jurídicas que de modo accesorio tienen alguna dedicación a la docencia.

*A) La primera clase de profesores (profesores profesionales con calidad de funcionarios) no puede dedicarse a la práctica del Derecho desde puestos de trabajo del sector público (por ejemplo: juez, miembro del Ministerio Público), porque la legislación administrativa general establece una rígida incompatibilidad. Pueden dedicarse a la práctica del Derecho en el sector privado, acogiéndose a un régimen especial de dedicación funcional que implica una importante reducción de las retribuciones.*

En una Universidad significativa -por su tamaño, por su importancia y por su entorno socioeconómico- como la Universidad de Valencia, el porcentaje de profesores funcionarios de la Facultad de Derecho con dedicación a tiempo parcial es del 10 por ciento en el año 1997. A mi juicio, la motivación principal de la dedicación a la abogacía ha sido y es de naturaleza económica. Una adecuada retribución del profesorado universitario e ingresos complementarios por publicaciones y participación en actividades de formación parecen haber influido en unos porcentajes bajos de dedicación a tiempo parcial.

Por otra parte, los profesores a tiempo completo pueden adquirir experiencia en la práctica jurídica mediante la emisión de dictámenes e informes técnicos -actividad facilitada por su legislación funcional especial- y mediante el desempeño de funciones de magistrado suplente en los tribunales (véase apartado I.1 de este informe).

*B) La participación en la docencia de las Facultades de Derecho de los profesionales de las diversas profesiones jurídicas la instrumenta la legislación universitaria a través de la figura del profesor asociado, con una dedicación máxima de seis horas semanales a la docencia.*

Los profesores asociados de las Facultades de Derecho suelen proceder de los profesionales del Derecho que son empleados públicos (jueces, miembros del Ministerio Público, secretarios judiciales, funcionarios administrativos) y, en menor medida, de la abogacía.

Según Universidades los profesores asociados en Facultades de Derecho pueden llegar a suponer entre un 20 y un 30 por ciento de sus profesores.

### **III.2. Formación profesional.**

La situación española presenta, en este aspecto, peculiaridades importantes.

La razón principal es que, en España, el acceso a la condición de abogado no requiere, después de tener el título de Licenciado en Derecho, ninguna formación profesional específica, aunque esta situación está en proceso indefinido de cambio y ya están vigentes algunas exigencias limitadas de formación profesional. Expondré la situación actual y su tendencia de evolución en un apartado sobre la formación profesional de los abogados.

Por otra parte, para el acceso a la condición de juez es tan importante el procedimiento de selección inicial como el periodo de formación en un centro específico. Dedicaré un apartado a la selección y formación profesional de los jueces.

En un apartado final expondré muy brevemente la formación profesional de otras profesiones jurídicas.

#### ***1. Selección y formación profesional (inicial y continuada) de los jueces en España.***

##### ***A) Selección previa al acceso a la Escuela Judicial.***

Se realiza, principalmente, mediante oposición libre entre Licenciados en Derecho, para lo que se ofrece un número limitado de plazas. La oposición consiste en tres exámenes sucesivos y eliminatorios en los que se comprueba la amplitud y corrección de los conocimientos sobre las diversas materias jurídicas de acuerdo con un temario previamente publicado. Las comisiones evaluadoras están formadas por magistrados, profesores de universidad, abogados, miembros del Ministerio Público y del cuerpo funcional de abogados del Estado.

Una de cada cuatro plazas convocadas lo son según un procedimiento selectivo mixto de concurso de méritos y oposición entre Licenciados en Derecho con seis años de ejercicio en otra profesión jurídica o en la docencia del Derecho. Ésta es una de las vías previstas por la Ley Orgánica del Poder Judicial para facilitar la comunicación entre las profesiones jurídicas. La valoración de la misma no es positiva. Concretamente el Consejo General del Poder Judicial ha afirmado: “si bien es cierto que se produce una elevada participación cuantitativa, da la impresión de concebirse esta forma de acceso como un simple medio de evitar la preparación teórica exigida en la oposición”<sup>46</sup>.

##### ***B) Formación profesional inicial: estudios en la Escuela Judicial y periodo de Juez en prácticas.***

Los aspirantes a la Carrera Judicial que resultan seleccionados han de realizar un curso teórico-práctico de un año de duración en la Escuela Judicial dependiente del Consejo General del Poder Judicial<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup> CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Memoria que el Consejo general del Poder judicial eleva a las Cortes Generales*, Madrid, 1997, pág. 75.

<sup>47</sup> La información sobre ese curso y el periodo de prácticas posterior que presento en el texto es un resumen del Dossier docente del curso 1998-1999, Centro de Formación inicial, Escuela Judicial. Agradezco la colaboración de la Prof. Dra. Teresa Armenta Deu, Catedrática de Derecho Procesal y profesora ordinaria de la Escuela Judicial.

Las materias incluidas en el curso son las siguientes: 1º) materias jurídicas: Derecho civil, penal, procesal civil, procesal penal, constitucional y orgánico judicial, más algunas materias especiales; 2º) materias complementarias: medicina legal, economía y contabilidad; 3º) materias instrumentales: informática, técnicas de comunicación y argumentación, psicología jurídica.

Los métodos docentes principalmente aplicados son los siguientes: método del caso, contestación a cuestionarios sobre temas específicos, dictámenes o informes, estancias y visitas a Juzgados, examen y análisis de asuntos y expedientes, simulaciones de actuaciones procesales, debates, redacción de documentos y de resoluciones.

Las evaluaciones se realizan por el consejo de profesores de la Escuela, a partir de una detallada evaluación continuada de las actividades y trabajos realizados.

Después de las tres primeras evaluaciones, los alumnos considerados aptos han de realizar un año de prácticas jurisdiccionales, preferentemente en calidad de jueces adjuntos -con funciones de auxilio y colaboración al juez titular del juzgado-, y, si lo anterior no fuera posible, como jueces sustitutos o de refuerzo (con plenitud de funciones en un Juzgado cuyo titular es otro Juez).

Tras esta etapa de formación práctica se realiza la cuarta evaluación, cuya superación determina el acceso definitivo a la condición de juez. No hay, pues, examen de salida, pero el sistema de evaluación de la etapa de formación profesional posterior a la selección inicial es riguroso y puede determinar la exclusión de algún aspirante.

### *C) Formación continuada de jueces y magistrados.*

El Consejo General del Poder Judicial ha desarrollado y perfeccionado desde tiempo un amplio plan de formación continuada.

La estructura del mismo consiste en un plan estatal de formación y en un plan descentralizado de formación.

El plan estatal de formación se desarrolla en Madrid en la sede del servicio de formación continuada de la Escuela Judicial. Consiste en cursos y seminarios de corta duración, de carácter monográfico, destinados a grupos de unos cuarenta jueces y magistrados. El profesorado se extrae de las diversas profesiones jurídicas, incluidos los docentes universitarios. Los contenidos de los cursos y seminarios son seleccionados rigurosamente con participación de los destinatarios y sus resultados son recogidos en publicaciones monográficas que se remiten a todas las bibliotecas de los Juzgados y tribunales.

El plan estatal comprende también actividades de estudio y debate sobre reformas legislativas de gran importancia y la colaboración del Consejo General del Poder Judicial en actividades de formación organizadas por otras profesiones jurídicas y por la Universidad, a las que tienen acceso especial los jueces y magistrados.

El plan descentralizado de formación es coordinado por el Consejo General del Poder Judicial y su finalidad es aproximar las actividades formativas a todos los puntos del Estado.

La formación continuada de jueces y magistrados es, en principio, voluntaria. El Consejo General del Poder Judicial fomenta la participación en la misma, mediante compensación económica de desplazamientos y estancias y facilitando la sustitución temporal en los puesto de trabajo.

Una formación complementaria obligatoria, posterior a la inicial de la Escuela Judicial, la prevé la ley para los magistrados no especialistas que pretendan acceder a plazas de órganos jurisdiccionales con competencia en Derecho del trabajo y de la Seguridad Social y en Derecho administrativo.

El Consejo General del Poder Judicial se ha manifestado partidario de extender la obligatoriedad de una formación posterior a la inicial a supuestos distintos a los ya previstos por la ley de provisión de puestos jurisdiccionales en órganos con competencias especializadas -menores, familia, vigilancia penitenciaria-, de establecer actividades de formación obligatoria en casos de reformas legales con importante incidencia en la jurisdicción y de priorizar la participación en la formación continuada de los jueces de nuevo ingreso.

## ***2. Formación profesional de los abogados en España. Referencia a otras profesiones jurídicas liberales.***

En líneas generales puede decirse que el acceso a la condición de abogado no requiere en España ninguna formación profesional inicial y que la participación de los abogados en actividades de formación continuada es esporádica. Esta apreciación puede extenderse a los procuradores de los tribunales y a los graduados sociales, por lo que la exposición más detallada, que se realiza a continuación respecto a la situación de los abogados, ilustra de modo suficiente también sobre la situación de las otras profesiones jurídicas liberales.

### *A) Situación de Derecho respecto de la formación profesional inicial de los abogados.*

En esta apartado exponemos la situación sobre la formación profesional de los abogados de acuerdo con lo que prescriben las normas vigentes en España. Hay que distinguir tres supuestos. El primero constituye la regla general. Los dos segundos son supuestos especiales de diferentes características en los que está empezando a ser exigida una cierta formación profesional o un acreditamiento específico de las aptitudes profesionales.

a) Regla general: carácter no preceptivo de la formación profesional inicial.

Para acceder a la profesión de abogado se requiere incorporarse al correspondiente Colegio profesional y los requisitos necesarios para esta incorporación son: ser español, mayor de edad, Licenciado en Derecho, no tener antecedentes penales que inhabiliten para el ejercicio profesional, cumplir las obligaciones económicas colegiales y de mutualidad de previsión profesional y cumplir las obligaciones tributarias. Expresamente dispone la disposición reguladora de la abogacía que los Colegios no podrán negar la incorporación a quienes cumplan los anteriores requisitos. No es necesaria, pues, normativamente, ninguna formación profesional específica.

De hecho, sin embargo, el adiestramiento profesional es necesario y se lleva a cabo de dos modos. El modo tradicional era el aprendizaje en despachos de abogados ya consolidados, en los que el abogado principiante realiza una actividad mixta de aprendizaje práctico y colaboración; este modo de formación entró en crisis con el aumento del número de licenciados (y también por la diversificación de su extracción social). Un modo más actual de satisfacer la necesidad de formación profesional son las Escuelas de Práctica Jurídica, a las que nos referiremos con mayor detalle en el siguiente apartado B.

b) Regla especial: profesionales nacionales de un estado miembro de la Unión Europea y otros Estados partes en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, con título obtenido en alguno de dichos Estados, que deseen ejercer en España la profesión de abogado.

De acuerdo con las disposiciones vigentes en España para transponer la Directiva 89/48/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas de 21 de diciembre de 1988, para que el interesado pueda ingresar en un Colegio de Abogados habrá de solicitar y obtener del Ministerio de Justicia el reconocimiento de su título.

La resolución del Ministerio de Justicia puede ser de reconocimiento, pero con exigencia de que el interesado supere pruebas de aptitud sobre contenidos generales del ordenamiento jurídico español, ante una comisión de valuación designada por el Ministerio de Justicia, compuesta por dos funcionarios, dos profesores universitarios y dos abogados. También puede resolver el reconocimiento sin esa exigencia, si el interesado acredita una experiencia profesional o una formación en España que demuestren un conocimiento suficiente del Derecho español.

c) Regla especial: acceso a prestar servicios como abogado en el régimen de asistencia jurídica gratuita.

Los Colegios de Abogados gestionan los servicios de asistencia y defensa mediante abogado, uno de los componentes del derecho a asistencia jurídica gratuita de las personas con insuficiencia de recursos económicos. La prestación de esos servicios está financiada con fondos públicos que reciben los Colegios, con destino a retribuir a los profesionales encargados del asunto.

La nueva regulación en España de la asistencia jurídica gratuita ha sido la oportunidad para introducir, con alguna amplitud, la exigencia de cierta formación profesional específica para los abogados principiantes.

Según disposiciones de esa nueva regulación, el Ministerio de Justicia, previo informe de los Consejos Generales de la Abogacía y de los Colegios de Procuradores de los Tribunales de España, establecerá los requisitos generales mínimos de formación y especialización necesarios para prestar los servicios de asistencia jurídica gratuita, con objeto de asegurar un nivel de calidad y de competencia profesional que garantice el derecho constitucional a la defensa. Dichos requisitos serán de obligado cumplimiento para todos los Colegios profesionales y podrán ser complementados por las Regiones autónomas con competencia en esta materia. Salvo error por mi parte, la disposición reguladora de tales requisitos aun no ha sido dictada, pero los Colegios exigen generalizadamente para el acceso a la relación de abogados que pueden recibir encargos de asuntos de asistencia jurídica gratuita, el acreditamiento de una cierta formación profesional, principalmente en las Escuelas de Práctica Jurídica.

*B) Centros específicos para la formación profesional de los abogados: las Escuelas de Práctica Jurídica. La formación continuada de los abogados.*

De hecho, ya que no de Derecho, las Escuelas de Práctica Jurídica son los centros específicos en los que se realiza la formación profesional de los abogados. La organización y funcionamiento de estos centros es muy diversificada. Sintetizo, a continuación, una información general relevante para los puntos del apartado 3.2, 2 del cuestionario<sup>48</sup>.

a) Las escuelas están relacionadas organizativamente bien sea sólo con un Colegio de Abogados o dependen de una estructura de colaboración entre la Universidad, en concreto su Facultad de Derecho, y el Colegio de Abogados.

b) De la docencia se encargan abogados en ejercicio, otros profesionales, funcionarios de la Administración de Justicia y de la Administración pública y profesores de la universidad.

c) En cuanto al contenido de la docencia, las Escuelas suelen ofrecer, por una parte, un llamado curso general -que tiene por fin un adiestramiento general para el ejercicio de la abogacía y que describiré después-, y , por otra, diversos cursos especiales. A título de ejemplo, estos son algunos de los cursos especiales: Comercio exterior y legislación internacional, Derecho inmobiliario, Derecho matrimonial, Derecho de sociedades, Contabilidad y análisis financiero, técnicas de negociación y mediación, Técnicas de expresión oral, Arrendamientos urbanos, Derecho hipotecario, Derecho urbanístico, Derecho marítimo, Derecho de la construcción, Utilidad y uso de Internet, Derecho del mercado de valores.

d) El llamado curso general, que se imparte en algunas Escuelas de Práctica Jurídica, tiene una duración variable, que puede llegar hasta los dos años y alcanzar una docencia de 800 horas.

El número de plazas está limitado, pero el acceso al curso no depende de exámenes previos, sino de la prelación temporal de las solicitudes.

Los contenidos y los métodos docentes son de dos clases.

Por un lado se imparte formación en técnicas de actuación profesional, entendidas como modos de aplicación de los conocimientos teóricos adquiridos respecto a las diversas partes del ordenamiento, tanto en su realización judicial como extrajudicial. Además se incluye formación teórico-práctica en Deontología profesional, Informática aplicada al Derecho, Oratoria y escritura forenses y Psicología forense. Los grupos de estudiantes no han de exceder de treinta.

Por otro lado, se persigue un adiestramiento para el ejercicio profesional ante Juzgados y Tribunales y ante Oficinas públicas, mediante la asistencia a actuaciones judiciales -previa preparación y con análisis posterior- o con la simple visita para conocer la organización y funcionamiento. Además son examinados y comentados audiovisuales de contenido jurídico y se realizan prácticas en aplicaciones informáticas de utilidad.

---

<sup>48</sup> Sobre el tema pueden consultarse las aportaciones sobre la formación profesional del abogado, publicadas en *El abogado, formación, deontología y organización del despacho profesional*, (GUTIÉRREZ ALVIZ Y CONRADI, Ed.), Pamplona, 1994, pág. 41-68. He dispuesto también de la información sobre el curso general de la Escuela de Práctica Jurídica de Murcia y de las informaciones en las web de los Colegios de Abogados de Madrid y de Barcelona.



Otras actividades son la realización de trabajos jurídicos prácticos bajo la supervisión de un tutor de la Escuela y, si es posible, la participación en asuntos de asistencia jurídica gratuita, como auxiliares del abogado encargado.

e) La formación continuada de los abogados puede realizarse a través de los cursos especiales que ofrecen las Escuelas de Práctica Jurídica y de los múltiples cursos de especialización y perfeccionamiento que ofrecen las Universidades y otras instituciones. Cosa distinta es la frecuencia con la que abogados ya consolidados en la profesión demandan esa formación, que probablemente es baja. Algunos grandes despachos de abogados planifican actividades internas de formación.

### ***3. Breve referencia a la selección y formación profesional (inicial y continuada) de profesiones jurídicas que suponen una relación de empleo público o el ejercicio privado de algunas funciones públicas.***

#### *A) Secretarios judiciales y miembros del Ministerio Fiscal.*

El acceso a estas profesiones jurídicas requiere un examen inicial y un periodo de formación en el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, dependiente del Ministerio de Justicia<sup>49</sup>.

El primero se convoca para cubrir un número limitado de plazas, se realiza según un temario previamente conocido, que comprende diversas materias jurídicas estudiadas en la Licenciatura, y permite evaluar, principalmente, el grado de conocimientos retenidos sobre esas materias.

El periodo de formación en el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia de los aspirantes al Ministerio Fiscal es de seis meses. Su contenido consiste en cursos teórico-prácticos generales sobre la estructura del Ministerio Fiscal y sus funciones ante cada jurisdicción, en cursos especiales sobre materias complementarias de las jurídicas o de profundización en algunas materias jurídicas, y en la realización de prácticas en las Fiscalías bajo la tutela de miembros del Ministerio Fiscal.

Los aspirantes a secretario judicial han de permanecer en el Centro de Estudios Jurídicos aproximadamente seis meses. El contenido de la formación son cursos teórico-prácticos sobre Derecho procesal civil y penal, sobre algunos temas de especial importancia profesional (costas judiciales, ejecución forzosa, organización de la secretaría judicial) y en la realización de prácticas tuteladas en secretarías de Juzgados y tribunales.

Para ambas profesiones jurídicas existen planes de formación continuada, consistentes en cursos y seminarios sobre temas en cuya determinación influyen, de modo importante, los propios destinatarios de la formación, para garantizar el ajuste a las necesidades profesionales. Unas actividades se realizan de modo centralizado, otras de modo descentralizado en todo el territorio del Estado para facilitar la participación. Para esta formación se pretenden establecer relaciones de colaboración entre las distintas funciones públicas que actúan en la administración de justicia (jueces, secretarios y fiscales).

---

<sup>49</sup> Agradezco la colaboración del Prof. Dr. José Manuel Chozas, Profesor titular de Derecho Procesal y Jefe de Estudios del Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, que me ha remitido información sobre la formación inicial y continuada, que realiza o coordina el Centro.

*B) Notarios, Registradores de la Propiedad y Mercantiles, Corredores de Comercio.*

El acceso a la profesión se realiza mediante examen selectivo, convocado para cubrir un número limitado de plazas. Consta de un número y calidad de pruebas diferentes para cada profesión y se realiza según temario previo que comprende diversas materias jurídicas -de modo principal jurídico-privadas- y, en el caso de los Corredores de Comercio, materias de economía y contabilidad.

La evaluación se realiza por comisiones nombradas oficialmente y, atendida la diversidad de pruebas que componen el procedimiento selectivo, permite verificar tanto el nivel de conocimientos teóricos de los aspirantes, cuanto sus aptitudes para aplicar esos conocimientos en las específicas funciones encomendadas a la profesión.

No están establecidos periodos de formación profesional inicial en centros oficiales. Actividades de formación continuada son organizadas por los correspondientes colegios profesionales con diferentes grados de planificación.

***4 y 5. Debates abiertos sobre la formación de los juristas y reformas normativas sobre el tema.***

*A) Formación en la Universidad.*

Para los temas que son objeto relevante de discusión respecto a este ámbito de la formación de los juristas lo más ilustrativo es remitirse a las conclusiones de la reunión de los Decanos de la Facultades de Derecho de España, celebrado en Granada, en junio de 1997, que resumidamente son las siguientes:

1º) Es conveniente que las directrices de los planes de estudio permitan aumentar la docencia en las materias jurídicas obligatorias en todas la Universidades, porque esto favorecerá el refuerzo de del aspecto generalista y formativo de los estudios de la Licenciatura. Algún avance normativo en este sentido es considerado insuficiente.

2º) Es conveniente que la duración prevista de los estudios se amplíe de cuatro a cinco años.

3º) La introducción de materias optativas ha de ser progresiva, pero ha de tener mayor proporción en el segundo ciclo de la Licenciatura.

4º) La importancia de la docencia práctica y del llamado “Practicum” debe ser acompañada de un aumento en la financiación que posibilite una mejor implantación de esos métodos docentes.

En cuanto a las reformas normativas, está abierto un proceso de reforma de las directrices a las que deben sujetarse los planes de estudio -no sólo de Derecho- cuyos principales objetivos son: evitar la atomización de las materias objeto de docencia, porque dificulta la organización del trabajo individual de los estudiantes y la planificación de los servicios docentes, y permitir que las Universidades puedan incrementar el porcentaje de docencia de las materias obligatorias generales en cada plan de estudios.

*B) Selección y formación profesional de los jueces.*

Como cuestiones objetivamente importantes en este campo apunto las planteadas por el Consejo General del Poder Judicial en el Libro Blanco de la Justicia.

1º) Es conveniente que los planes de estudio de la Facultades de Derecho prevean una especialización orientada a la función jurisdiccional<sup>50</sup>. Esto posibilitaría una opción más consciente de quienes participan en la selección inicial para el acceso a la Carrera Judicial.

2º) Es necesario introducir en la selección inicial técnicas que permitan reducir el número de aspirantes después de una primera prueba, para que pueda actuar una comisión evaluadora única, que evite la dispersión de criterios de evaluación<sup>51</sup>.

3º) Es conveniente unificar los procedimientos de selección inicial para el ingreso en la Carrera Judicial y en la Carrera Fiscal, que deberían realizarse según un temario único y ante una misma comisión evaluadora<sup>52</sup>.

4º) El procedimiento de ingreso en la Carrera Judicial especialmente previsto para otros profesionales jurídicos, debería requerir más años de dedicación previa a la correspondiente profesión jurídica, y, en la categoría de magistrado, convocarse para puestos de la especialización del profesional y requerir un periodo de prácticas en tribunales<sup>53</sup>.

5º) La formación profesional inicial en la Escuela Judicial ha de favorecer la preparación para una correcta motivación de las resoluciones judiciales, la capacitación para utilizar técnicas instrumentales no jurídicas. El periodo de prácticas jurisdiccionales ha de ser seguido de otro periodo, en la Escuela, de reflexión crítica sobre la experiencia práctica, para evitar la adquisición de rutinas de actividad por parte de los nuevos jueces<sup>54</sup>.

6º) La formación continuada ha de ser incentivada, vinculando de modo importante a la participación en la misma la promoción profesional o la facilitación de ésta. En algunos supuestos la formación continuada habría de ser obligatoria: primeros años de ejercicio de los jueces, reformas legislativas importantes.

### *C) Formación profesional de los abogados.*

Es, sin duda, el área en la que hay más y más importantes cuestiones abiertas. Pero no existe un debate sistemático entre las instituciones con capacidad para pronunciarse sobre el asunto. Sólo se han manifestado algunas opiniones relevantes. Intentaré resumir el estado de la cuestión.

En primer término, existe unanimidad en la necesidad de establecer una formación profesional obligatoria para el acceso a la profesión de abogado. Como expresiones destacadas de esta opinión apuntaré, de un lado, que en el V Congreso de la Abogacía Española, celebrado en Palma de Mallorca, en abril de 1989, se aprobó por amplia mayoría la conclusión de que “la formación teórico-práctica de un

---

<sup>50</sup> CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Libro Blanco de la Justicia*, Madrid, 1997, pág. 48-49.

<sup>51</sup> CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Libro Blanco de la Justicia*, Madrid, 1997, pág. 49.

<sup>52</sup> CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Libro Blanco de la Justicia*, Madrid, 1997, pág. 49.

<sup>53</sup> CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Libro Blanco de la Justicia*, Madrid, 1997, pág. 49-50.

<sup>54</sup> CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Libro Blanco de la Justicia*, Madrid, 1997, pág. 50-51.

licenciado en Derecho para el ejercicio de la abogacía ha de ser obligatoria”<sup>55</sup>; por otro, el Consejo General del Poder Judicial sostiene la conveniencia “de establecer algún procedimiento de formación obligatoria previo al inicio del ejercicio profesional”<sup>56</sup>.

Sobre las características del modelo de formación profesional a implantar no existe suficiente definición.

En las conclusiones del V Congreso de la Abogacía Española se proponían tres medios alternativos: formación bajo la dirección de un abogado experimentado con adscripción a una Escuela de Práctica a efectos de control y evaluación; curso en una Escuela de Práctica para la abogacía con posterior prueba de aptitud; prueba de aptitud directa para acreditar los conocimientos técnico-prácticos suficientes prescindiendo de los dos primeros medios de formación<sup>57</sup>.

El Consejo General del Poder Judicial indica que el procedimiento de formación obligatoria “debería venir condicionado a la superación de algún tipo de prueba oficial e inspirarse en cualquiera de los sistemas de acceso a la profesión implantados en los diferentes países de la Unión europea”<sup>58</sup>.

En relación con la formación profesional del abogado, no como sustitutivo del sistema que pueda establecerse, sino como elemento complementario del mismo, tanto el Consejo General del Poder Judicial<sup>59</sup>, como el Consejo General de la Abogacía Española<sup>60</sup>, se refieren a la responsabilidad de las Universidades, que han de asumir mediante la exigencia de elevados niveles de formación y estableciendo posibilidades de preespecialización en práctica forense, con la colaboración de los Colegios de Abogados.

A pesar de lo anterior y de diversas opiniones expresadas en favor de alguna participación de la Universidad en la formación práctica de los abogados, al establecerse la primera exigencia legal de formación profesional para el abogado -la requerida para prestar servicios de asistencia jurídica gratuita-, no se ha dispuesto que la institución universitaria sea oída para concretar los requisitos de esa formación, sino que la audiencia se ha limitado a las organizaciones colegiales de abogados y procuradores.

Por otra parte, en la reunión de decanos de la Facultades de Derecho de las Universidades españolas, celebrada en Granada en junio de 1997, se adoptó el acuerdo de que “sólo las enseñanzas de tipo práctico tuteladas y dirigidas por las Facultades de Derecho podrán ser tomadas como requisitos necesarios para el ejercicio de la profesión de abogado o de cualesquiera otras profesiones jurídicas. Estas enseñanzas

---

<sup>55</sup> V Congreso de la Abogacía Española. Conclusiones, Madrid, 1989, pág. 37.

<sup>56</sup> CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Libro Blanco de la Justicia*, Madrid, 1997, pág. 38.

<sup>57</sup> V Congreso de la Abogacía Española. Conclusiones, Madrid, 1989, pág. 37.

<sup>58</sup> CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Libro Blanco de la Justicia*, Madrid, 1997, pág. 38.

<sup>59</sup> CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Libro Blanco de la Justicia*, Madrid, 1997, pág. 38.

<sup>60</sup> *Informe del Consejo General de la Abogacía Española respecto de directrices generales de los planes de estudios conducentes al título de Licenciado en Derecho*, en CONSEJO DE UNIVERSIDADES, *Reforma de las enseñanzas universitarias. Título: Licenciado en Derecho*, Madrid, 1988, pág. 630-631.

pueden organizarse perfectamente a través de Escuelas de Práctica Jurídica en las que las Facultades de Derecho deberán contar inexcusablemente con la colaboración, muy primordial, de los Colegios de Abogados, sin perjuicio de la participación de otros Colegios profesionales e instituciones públicas o privadas relacionadas con las restantes profesiones jurídicas.

En consecuencia, parece evidenciarse una importante divergencia sobre el grado de responsabilidad que correspondería a la institución universitaria y a las organizaciones colegiales en esa formación profesional.

### ***6. Influencia de la competencia internacional sobre la situación de las profesiones jurídicas.***

La competencia internacional suscita preocupación en la abogacía española. Lo revelan objetivamente dos conclusiones aprobadas en el Tema VI del V Congreso de la Abogacía Española. Según la primera de ellas se debe “regular urgentemente, a través de los organismos rectores de la abogacía, las normas necesarias para el establecimiento de mercados extranjeros en nuestro país que, por ausencia de regulación legal, escapan a los controles deontológicos y no cumplen las normas de publicidad impuestas a los abogados españoles, sean o no comunitarios”<sup>61</sup>. Y en otra conclusión sobre el mismo tema, se acuerda “solicitar de los organismos rectores de la abogacía la creación de comisiones que sean necesarias para el estudio, tanto del ejercicio profesional a través de despachos multiprofesionales como a través de despachos multinacionales, con especial en cuanto a unos y a otros, tanto a las cuestiones de independencia como de deontología y secreto profesional”.

Sin embargo, este factor no parece haber influido en el sentido de provocar una crisis significativa en el modo de prestarse los servicios de asistencia jurídica en el ámbito español, crisis que determinara incluso el cierre de despachos.

La oferta de estos servicios sigue creciendo, como también crece la demanda de los mismos<sup>62</sup>. La estructura organizativa preponderante sigue siendo la de los despachos individuales -estrictamente o con abogados ayudantes- o de muy pequeño tamaño, aunque también son cada vez más frecuentes las formas de asociación y agrupamiento de abogados, pero sin llegar a las grandes empresas de servicios de asistencia jurídica que existen en algunos países<sup>63</sup>.

Entre las razones de estas formas de asociación o de agrupamiento está la internacionalización, pero hay también otras. Según DE ANGULO están entre tales razones “el propósito de mejorar la oferta de servicios al cliente en un mundo especializado, masificado e internacionalizado; de reducir los crecientes costes de funcionamiento compartiéndolos entre diferentes profesionales, cuando han resultado

---

<sup>61</sup> V Congreso de la Abogacía Española. Conclusiones, Madrid, 1989, pág. 42.

<sup>62</sup> PASTOR PRIETO, S., *¡Ah de la justicia! Política judicial y economía*, Madrid, 1993, pág. 275.

<sup>63</sup> PASTOR PRIETO, S., *¡Ah de la justicia! Política judicial y economía*, Madrid, 1993, pág. 275-277; DE ANGULO RODRÍGUEZ, L., *El ejercicio de la abogacía en el año 2000*, en *El abogado, formación, deontología y organización del despacho profesional*, (GUTIÉRREZ ALVIZ Y CONRADI, Ed.), Pamplona, 1994, pág. 29-32, CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Organización del despacho profesional del abogado*, en la obra colectiva acabada de citar, pág. 115-124; VÁZQUEZ SOTELO, J.L., *Organización del despacho profesional del abogado*, en la obra colectiva acabada de citar, pág. 135-140.



encarecidos por las actuales exigencias de prestación del servicio profesional e incluso por las nuevas tecnologías instrumentales (la informática, pero también la telemática y la burótica en general); o de incidir así en un mayor segmento de clientela en un mercado altamente competitivo”<sup>64</sup>.

## CONCLUSIONES.

### **1. Relaciones entre la evolución de la litigiosidad civil y la evolución de las profesiones jurídicas.**

En términos generales mi apreciación es que, a lo largo del siglo XX, de un contacto con el tráfico jurídico, y con la litigiosidad que deriva del mismo, de carácter preponderantemente individual, en el que, además, los interesados procedían de grupos sociales reducidos (clases altas y una clase media no amplia), y que, en cuanto a la frecuencia, era un contacto esporádico y ocasional, se ha evolucionado hacia una generalización de la demanda de servicios jurídicos y hacia una diversificación de esa demanda.

Por una lado, se ha ampliado el número de personas que participan con frecuencia en el tráfico jurídico, pueden, por lo tanto, encontrarse en situaciones de litigiosidad y se convierten en demandantes de servicios jurídicos. Ese crecimiento cuantitativo se debe, principalmente, al aumento del nivel económico de la población, que da lugar a un incremento de las transacciones. Pero también es importante el aumento del nivel cultural, que determina que, incluso cuando faltan recursos económicos para el modo ordinario de acceso a los servicios jurídicos, se hayan desarrollado formas nuevas de acceso a los mismos o se hayan reformado sustancialmente algunas formas tradicionales (por ejemplo, la asistencia jurídica gratuita con financiación pública).

La generalización de la demanda de servicios jurídicos conduce, inexorablemente, a una diversificación de los servicios que se demandan.

Es sin duda importante la incidencia que en el modo de ejercerse las profesiones jurídicas tiene el gran volumen de participación en el tráfico jurídico y en la litigiosidad vinculada al mismo, de los agentes económicos que se mueven en el ámbito de la mundialización, pero el tipo de servicios jurídicos que estos agentes necesitan es obviamente distinto de los que demandan otros sujetos jurídicos, que participan de modo significativo en la vida jurídica en ámbitos territorialmente más tradicionales, pero con una intensidad históricamente desconocida.

La diversificación de la demanda de servicios jurídicos está ligada a diferentes situaciones de los sujetos jurídicos: tamaño de las empresas, proyección internacional o no de las mismas en cuanto a su control social o en cuanto a su área de actividad, personas o entidades que se hallan con más frecuencia ante problemas jurídicos de carácter común a todos ellos (consumidores, trabajadores, grupos de empresas pertenecientes a sectores con problemas comunes), personas con problemas jurídicos de carácter individual y esporádico.

---

<sup>64</sup> DE ANGULO RODRÍGUEZ, L., *El ejercicio de la abogacía en el año 2000*, en *El abogado, formación, deontología y organización del despacho profesional*, (GUTIÉRREZ ALVIZ Y CONRADI, Ed.), Pamplona, 1994, pág. 31.



**A) *Influencia en la profesión de abogado.***

Las circunstancias reseñadas han incidido de manera muy directa y ágil en el modo de ser ejercida la profesión de abogado. De la forma tradicionalmente predominante del despacho individual, en el que podían trabajar más abogados pero subordinados al abogado titular, se ha evolucionado a una multiforme prestación de servicios<sup>65</sup>.

De esa diversidad de formas de prestación de los servicios de asistencia jurídica se pueden destacar las siguientes:

- a) Abogados integrados en la propia organización de las empresas.
- b) Abogados especializados en diferentes materias jurídicas, que dan respuesta a las necesidades derivadas de la creciente complejidad y movilidad de la ordenación jurídica.
- c) Despachos interprofesionales, que reúnen la prestación de servicios de asistencia jurídica y servicios profesionales de carácter económico, contable, de arquitectura, de ingeniería..., que demandan de manera conjunta determinadas clases de clientes.
- d) Diversas clases de colaboración estable y de agrupamiento de abogados con el fin de combinar la satisfacción de la necesidad de especialización con la de dar un tratamiento completo a los casos, cualesquiera sean los aspectos jurídicos que presenten.
- e) Despachos individuales o de pequeño tamaño de abogados generalistas o expertos en el tráfico jurídico y en la litigiosidad de ámbitos territorialmente localizados.
- f) Servicios jurídicos en asociaciones de diversa índole (sindicatos, asociaciones empresariales, consumidores, ecologistas) a los que se facilita el acceso de los miembros de la asociación o de personas interesadas en los fines de la misma.
- g) Aseguramiento de la prestación de servicios jurídicos, como garantía complementaria del aseguramiento frente a determinados riesgos (responsabilidad civil por circulación de automóviles, por riesgos del hogar).
- h) Superación de la prestación de asistencia jurídica gratuita como un deber ético y organización de la misma como una prestación estatal equilibradora de desigualdades sociales.

**B) *Influencia en la profesión de juez o en el modo de prestación de la función judicial.***

La incidencia en el perfil profesional del juez y en el modo de organizarse la prestación de la función jurisdiccional tiene un ritmo más lento, porque no hay capacidad de autoajuste a las nuevas necesidades, sino que la adecuación depende del régimen normativo de la jurisdicción.

La abundancia y la diversidad cualitativa de los conflictos jurídicos que han de ser resueltos por los jueces, ha hecho notar su influencia en las necesidades de formación de los mismos y en la regulación del modo en el que han de desempeñar su función y aun debe tener más peso en futuras reformas sobre estas materias.

---

<sup>65</sup> Pueden consultarse con utilidad los trabajos de DE ANGULO, CORTÉS DOMÍNGUEZ y VÁZQUEZ SOTELO en *El abogado, formación, deontología y organización del despacho profesional*, (GUTIÉRREZ ALVIZ Y CONRADI, Ed.), Pamplona, 1994.

Compartiendo algunas conclusiones de un reflexivo análisis sobre el contexto español<sup>66</sup>, entiendo que las principales repercusiones producidas y que deberán seguir produciéndose en el ejercicio de la función jurisdiccional son las siguientes:

a) Necesidad de una formación especializada de los jueces y de una especialización de los órganos que son competentes para decidir las cuestiones litigiosas, porque, en defecto de esa especialización, la diversidad y complejidad de las normas jurídicas -que no son características arbitrariamente buscadas, sino resultado de la complejidad de la vida social a la que aquéllas están destinadas- pueden ser completamente desconocidas en el momento de su aplicación judicial.

b) Necesidad de crear los instrumentos adecuados para que los contenidos técnicos cada vez más complejos y más frecuentes en las normas jurídicas y en los litigios que se suscitan ante los jueces, puedan ser plena y certeramente apreciados en el acto de juzgar. La formación científico-técnica de los jueces y la regulación tradicional de la prueba pericial es difícil que garanticen completamente una apreciación de aquella calidad.

c) La masificación y homogeneidad de los conflictos jurídicos que se plantean, pero que, por la gran cantidad de los mismos, han de ser resueltos por un número cada vez más elevado de tribunales, crean un riesgo muy elevado de dispersión y de contradicción entre las resoluciones judiciales, que ponen en peligro el básico principio de igualdad en la aplicación de la norma. Es necesario revitalizar antiguos instrumentos procesales (el recurso de casación) y crearlos nuevos para contrarrestar ese riesgo.

## **2. Opinión personal sobre la formación jurídica en el inicio del tercer milenio.**

A mi juicio la formación jurídica en el umbral del tercer milenio deberá responder a las siguientes características generales:

**A)** Formación en los principios del ordenamiento jurídico o de los ordenamientos jurídicos, principios positivizados en un ámbito universal, en el ámbito de comunidades políticas supranacionales de nivel regional, en el ámbito estatal. Estos principios o fundamentos del o de los ordenamientos son los derechos humanos, su reconocimiento y tutela, y la organización y funcionamiento democráticos de las comunidades políticas.

**B)** Formación básica de carácter científico-técnico sobre el sistema de fuentes del ordenamiento o de los ordenamientos jurídicos y sobre los contenidos normativos de diversa clase que integran el ordenamiento.

La formación sobre el sistema de fuentes tiene gran importancia porque ha adquirido gran complejidad y es previsible que su complejidad siga aumentando. La simplicidad de un Derecho originado principalmente por el poder del Estado ha sido superada por la concurrencia en la creación jurídica de comunidades políticas supraestatales y de ámbito infraestatal (autonomías políticas dentro de los Estados) y por la existencia de importantes ámbitos de autonomía individual y social.

La formación en los contenidos normativos no debe consistir en una retención de datos normativos y jurisprudenciales, sino el aprendizaje del modo peculiar de razonamiento que conocemos como método científico-jurídico. Pero sería

---

<sup>66</sup> Me refiero al ensayo de HERNÁNDEZ MARTÍN, V., *Independencia del juez y desorganización judicial*, Madrid, 1991, especialmente pág. 157-190.

contraproducente para la asimilación de la esencia de lo jurídico intentar que ese aprendizaje se realizara en abstracto, sin relación con normas vigentes en el ámbito en el que el aprendizaje se produce. La formación en contenidos normativos ha de referirse tanto a datos normativos como a métodos de razonar jurídicamente sobre y con esos datos.

Esta formación, que debe realizarse en primer término en la Universidad, ha de comprender la adquisición de un conocimiento teórico -de datos, de conceptos, de procedimientos de razonamiento-, pero también ha de incluir, ya en esa etapa universitaria, una preparación para la aplicación de ese conocimiento, de modo que la formación universitaria contribuya a que el estudiante asimile que el Derecho es conocimiento y reflexión pero destinado a la resolución de ciertos problemas de la vida social.

**C)** Razonablemente la configuración de los planes de estudio universitarios requiere seleccionar los contenidos normativos sobre los que principalmente va a versar la formación. No tiene sentido intentar que ésta se refiera a todos los contenidos. Ahora bien, es necesario reflexionar sobre los criterios de selección y ajustarlos a la realidad actual y a sus rápidas posibilidades de evolución. Han de incluirse materias que permitan a los estudiantes comprender la dimensión jurídica del fenómeno de la mundialización y las transformaciones en el Derecho interno de su comunidad política (por ejemplo: frente a las partes tradicionales del Derecho privado, situarles ante la importancia actual del Derecho de la competencia, de las condiciones generales de la contratación y del Derecho del consumo). La complejidad del ordenamiento y de los ordenamientos aconseja introducir materias en calidad de optativas, pero sin descuidar la mayor importancia de la formación mencionada en los anteriores apartados A y B.

**D)** A la formación universitaria debe seguir un periodo de formación profesional en el que se potencie la formación en los aspectos técnicos y aplicativos del Derecho y que debe ser en buena parte especializado para cada profesión. Esa formación debe ser impartida principalmente por los profesionales de la misma y de otras profesiones jurídicas.

No obstante, en la ordenación de esta formación -como antes en la de la formación universitaria- ha de tenerse presente que el Derecho ha de ser un campo de entendimiento común para todos los profesionales del mismo, incluidos los dedicados a su docencia universitaria.

La formación profesional no puede concebirse como transmisión acrítica de rutinas profesionales, ni como la “verdadera formación jurídica” posterior al requisito del título universitario. Es imprescindible una aproximación recíproca entre la formación universitaria y la formación profesional jurídicas, como existe más tradicionalmente en estudios universitarios técnicos como la arquitectura y las ingenierías.

Por otra parte, es imprescindible una parte común en la formación profesional de todas las profesiones jurídicas, porque todas ellas son ejercidas en relación con las otras, y algunas, como jueces, abogados y miembros del ministerio público, en relación casi necesaria. Conseguir un grado de comunidad de conceptos, de métodos de razonamiento, en definitiva, de lo que supone el acervo de una determinada ciencia o técnica, contribuirá a la perfección del funcionamiento del sistema jurídico.

**E)** La inclusión en la formación jurídica universitaria y profesional de conocimientos y adiestramiento en determinada tecnología informática y de la comunicación me parece una situación transitoria, hasta que las capacidades para la utilización de estos nuevos instrumentos sean adquiridas en la formación general. Siempre será conveniente incluir en aquella formación las aplicaciones específicas a la materia jurídica.

**F)** La complejidad de los ordenamientos jurídicos y la rapidez de los cambios sociales y de los cambios jurídicos, que dan respuesta a los anteriores, imponen como características imprescindibles de la formación jurídica, la especialización y, sobre todo, la formación continuada.

Sobre la primera se ha comentado algo antes.

El ritmo acelerado de modificación de las normas que era, hasta hace poco tiempo, sólo percibido en determinados sectores del ordenamiento (Derecho Administrativo), se ha generalizado a todos los sectores. Pensando en mi contexto nacional, no hay parte del ordenamiento que, en los últimos veinte años, no haya experimentado cambios, incluso profundos. En parte ello se ha debido a razones históricas singulares -cambio constitucional, ingreso en la Comunidad Europea-. Pero -aunque sea efecto indirecto de lo anterior- también ha afectado a todos los sectores del Derecho privado: nuevo Derecho de paternidad y filiación, de la incapacitación, de la adopción y figuras afines, del matrimonio y de las llamadas uniones de hecho, sobre préstamos con garantía hipotecaria, nuevo Derecho de sociedades mercantiles, de los instrumentos del tráfico cambiario, nuevo Derecho de la propiedad industrial y de la propiedad intelectual, nuevo Derecho de la competencia, del consumo, de las condiciones generales de la contratación, cambios frecuentes en el régimen jurídico de la contratación laboral, etcétera.

La formación jurídica inicial, universitaria y profesional, no garantiza un adecuado nivel de conocimientos y de aptitudes durante largos periodos de tiempo. Es necesario institucionalizar la formación continuada y fomentar un cambio de actitud de los profesionales jurídicos ante la formación, que no ha de ser vista como algo adquirido, sino como algo a mantener a lo largo de la vida profesional.

Valencia, 14 de agosto de 1998.

**SOBRE LA COMPETENCIA LEGISLATIVA DE LA GENERALITAT VALENCIANA EN  
MATERIA PROCESAL**

**(CUESTIONES PROCESALES DEL DERECHO PRIVADO VALENCIANO)<sup>(\*)</sup>**

MANUEL ORTELLS RAMOS  
Catedrático de Derecho Procesal  
Universitat de València (Estudi General)

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN.- 1.- El Derecho foral material valenciano.- 2.- Derecho procesal y Derecho privado autonómico en general.- 3.- Las concretas especialidades procesales del Derecho foral valenciano.- II.- CUESTIONES PROCESALES EN LA LEY DE ARRENDAMIENTOS HISTÓRICOS VALENCIANOS.- 1.- Competencia de la Administración Agraria Valenciana para la declaración de arrendamiento histórico valenciano. Orden jurisdiccional competente para conocer pretensiones relativas a arrendamiento histórico valenciano.- *A) El artículo 2 de la LAHV, su declaración de inconstitucionalidad y las interpretaciones posibles.- B) La doctrina jurisprudencial del TSJ de la Comunidad Valenciana y algunas observaciones sobre la misma.*- 2.- Otras cuestiones procesales en materia de arrendamientos históricos valencianos.- *A) La naturaleza del dictamen histórico-jurídico.- B) Sobre la tendencia a remitir la liquidación de cantidades a ejecución de sentencia en algunos procesos sobre arrendamientos históricos valencianos.*- III.- ESPECIALIDADES PROCESALES EN LAS LEYES VALENCIANAS DE FUNDACIONES Y DE COOPERATIVAS.- 1.- Normas procesales en materia de fundaciones.- 2.- Normas procesales en el régimen de las cooperativas.- IV.- LOS RECURSOS EXTRAORDINARIOS CONTRA LAS RESOLUCIONES DE LA AUDIENCIAS PROVINCIALES EN ASUNTOS DE DERECHO PRIVADO VALENCIANO.

---

<sup>(\*)</sup> Publicado en *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, N° 13, 2002, pp. 103-129.

## I. INTRODUCCIÓN

Estas notas sobre los aspectos procesales del Derecho civil valenciano versan tanto sobre problemas específicos de interés práctico, como sobre cuestiones básicas, fundamentales o de principios.

Ocurre en algunos casos que las cuestiones básicas y fundamentales afloran, por ejemplo, en todas y cada una de las resoluciones judiciales interesantes en la materia que se ha de tratar, de modo que dedicar la consideración a aquellas cuestiones acaba teniendo gran interés práctico.

### 1. El Derecho foral material valenciano

Es conocido el problema acerca de qué integraría el Derecho civil foral o especial valenciano, incluso acerca de si el mismo tendría o no existencia actual.

A los efectos de mi exposición he de partir de la constatación de la existencia de ordenaciones de Derecho privado, generadas en la Comunidad Autónoma valenciana, para plantearme, a continuación, las cuestiones procesales especialmente relacionadas con esas ordenaciones; es decir, las especiales cuestiones que se suscitan si ha de pedirse la tutela judicial de los derechos e intereses amparados por aquellas ordenaciones.

En síntesis, el que podemos llamar Derecho civil material valenciano está integrado, dejando aparte las manifestaciones consuetudinarias, por los siguientes conjuntos normativos:

1º) El que regula el riego en la vega de Valencia, de naturaleza originariamente consuetudinaria, pero que actualmente se recogen en las ordenanzas de las ocho acequias a las que se extiende la jurisdicción del Tribunal de las Aguas, y que son el Derecho que principalmente aplica esta jurisdicción especial.

2º) la Ley de la Generalitat Valenciana 6/1986, de 15 de diciembre, reguladora de los arrendamientos históricos valencianos (en adelante, LAHV). A sus aspectos procesales dedicaré buena parte de estas notas.

3º) El Texto Refundido de la Ley de Cooperativas de la Comunidad Valenciana, aprobado por Decreto Legislativo 17/1998, de 23 de junio, que tiene abundante contenido normativo jurídico-privado, tanto por lo que se refiere a la constitución de esta específica persona jurídica, a los derechos y obligaciones de los socios, a la formación de la voluntad de la entidad y al régimen de la responsabilidad.

4º) La Ley 8/1998, de 9 de diciembre, de fundaciones de la Comunidad Valenciana, cuyo contenido normativo jurídico-privado se produce en aspectos similares a los de la ley acabada de citar.



5º) La Ley de la Generalitat Valenciana 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho. Ciertamente la falta de raigambre histórica de esta ordenación puede hacer dudar de su carácter foral. No obstante, aunque la ley incide en las consecuencias de Derecho público valenciano de las situaciones que regula, constituye, igualmente, una ordenación de Derecho privado, principalmente en lo que se refiere a la obligación de contribuir al levantamiento de las cargas de la unión (art. 4 Ley citada).

No entiendo, en cambio, que deban incluirse en el Derecho civil valenciano leyes que, en definitiva, atribuyen a las Administraciones públicas potestades para incidir en las relaciones sociales, afectando, en ocasiones y de diversas maneras, derechos e intereses privados.

Pienso, por ejemplo, en la Ley de Patrimonio Cultural Valenciano, en las Leyes de Suelo Urbanizable y en la Reguladora de la Actividad Urbanística, en las de Mediación Familiar, Protección a la Infancia y en la que fija el Estatuto de Consumidores y Usuarios.

No obstante, debe tenerse presente que el carácter civil o no de una norma no viene determinado ni por la denominación de la ley que la incluye, ni por el contenido preponderante en ese texto legislativo. Depende de la naturaleza jurídica que resulte de su análisis. En ese sentido, por ejemplo, los derechos de tanteo y retracto que establece el art. 32 de la Ley de Patrimonio Cultural Valenciano tienen naturaleza jurídico-privada, aunque la *ratio iuris* de la atribución de la facultad a las Administraciones local y autonómica radica, sin duda, en la función de defensa de los intereses generales en materia cultural que les corresponde en cuanto administraciones públicas.

## **2. Derecho procesal y Derecho privado autonómico en general**

La legislación procesal es competencia del Estado pero "sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades autónomas" (art. 149, 1. 6ª CE), con lo que se reconoce competencia a las últimas para legislar sobre materia procesal, aunque dentro de unos límites muy difíciles de precisar.

El precepto constitucional es inútil si la ley procesal común puede por sí misma asumir las "particularidades". Por ejemplo, si una ley administrativa autonómica determina de modo distinto a la estatal en qué supuesto se entiende agotada la vía administrativa, no se requiere una ley distinta a la LJCA para determinar que, en cuanto al requisito considerado, es admisible el recurso contencioso-administrativo.

Con referencia a supuestos propios del Derecho foral valenciano la consideración que se acaba de hacer implica, por ejemplo, que las pretensiones procesales civiles que se interpongan al amparo de la LAHV o de la Ley de Uniones de Hecho se hallan sujetas a la LEC y serán tratadas en el proceso declarativo adecuado por la materia (arrendamientos rústicos: arts. 249.1.6º y 250.1.1º y 2º LEC) o por la cuantía (regla general, pero de dudosa aplicación en el caso de reclamación de rentas impagadas). Lo mismo puede decirse, por ejemplo, respecto de las pretensiones

de retracto justificadas en este derecho que atribuye la Ley de Patrimonio Cultural Valenciano a las Administraciones autonómica y local en determinados supuestos, pretensiones que habrán de ser interpuestas en el juicio ordinario (art. 249.1.7º LEC). Las pretensiones amparadas en las leyes de fundaciones y de cooperativas están sujetas, igualmente, a las normas de LEC, con la especificación de que la impugnación de acuerdos de las cooperativas se tramitará con arreglo al juicio ordinario (art. 249.1.3º LEC).

Por otro lado hay que precaverse frente a la incidencia que sobre la interpretación del art. 149. 1. 6ª CE pudiera tener la práctica de dotar a las leyes materiales de un apéndice procesal más o menos extenso. El legislador estatal puede hacer tal cosa (aunque sea técnicamente muy criticable), porque tiene competencia incondicionada para legislar sobre materia procesal. Por el contrario, el legislador autonómico no está autorizado para dotar a sus leyes materiales del régimen procesal que estime más adecuado.

Por ejemplo, la legitimación colectiva en materia de defensa del consumidor puede ser muy adecuada a una legislación material que se oriente a potenciar esa defensa, pero ello no es suficiente para introducir aquella legitimación por una ley de Comunidad Autónoma (STC, Pleno, 30 noviembre 1982, recurso de inconstitucionalidad).

Respecto a casos similares de creación de nuevos supuestos de legitimación por leyes de las Comunidades Autónomas, el TC ha sostenido la misma tesis: STC, Pleno, 26 junio 1986, recurso de inconstitucionalidad; Pleno, 23 junio 1988, recurso de inconstitucionalidad. Sin embargo, no se ha entendido inconstitucional que las Comunidades Autónomas incluyan en sus leyes lingüísticas disposiciones similares a las del art. 231.3 y 4 LOPJ, aunque hubo votos particulares contrarios por entender que las Comunidades Autónomas se excedían formalmente de su competencia. Puede verse, sobre esta cuestión, las STC, Pleno, 26 junio 1986, recurso de inconstitucionalidad. Declaraciones de inconstitucionalidad de leyes autonómicas por regular materias procesales pueden verse en STC 159/1991, 18 de julio (regulación de aforamiento de consejeros del Gobierno asturiano) y en STC 121/1992, 28 de septiembre (determinación de la competencia del orden judicial administrativo respecto a decisiones de reconocimiento de arrendamientos históricos valencianos).

En general, el Tribunal Constitucional sostiene una interpretación estricta de “necesarias especialidades”. Así, en la STC, Pleno, 121/1992, de 28 de septiembre, hace notar que “con la expresión «necesarias especialidades» la Constitución tiene en cuenta tan sólo las que inevitablemente se deduzcan, desde el punto de vista de la defensa judicial, de las reclamaciones jurídicas sustantivas configuradas por la norma autonómica en virtud de las particularidades del derecho creado por la propia Comunidad [fundamento jurídico 2.º; en sentido análogo, STC 123/1988, fundamento jurídico 2.º]”.

Podría ser un buen ejemplo de esta especialidad necesaria la legitimación - establecida por el art. 36 de la Ley de Cooperativas de la Comunidad valenciana- de la comisión de control de la gestión para impugnar acuerdos de la asamblea general y para pedir la suspensión de los mismos. En efecto, la ley valenciana, a diferencia de la estatal, no prevé entre los órganos de la cooperativa la figura de los interventores -a los que la legislación estatal atribuye la legitimación antes mencionada- sino una comisión con las funciones de los interventores a la que la legislación autonómica puede, justamente, atribuir la misma legitimación.

### **3. Las concretas especialidades procesales del Derecho foral valenciano**

El Derecho orgánico y procesal del Tribunal de las Aguas es una muestra muy peculiar de las especialidades procesales del Derecho foral valenciano.

Y explico lo de peculiar.

1º) La norma legal que reconoce este tribunal especial y su jurisdicción no es autonómica sino estatal. Es el art. 19.3 LOPJ que, al amparo del art. 125 CE, dispone que el Tribunal de las Aguas de la Vega Valenciana es un tribunal consuetudinario y tradicional. Mediante las competencias atribuidas a la Generalitat Valenciana por el Estatuto de Autonomía, atendido que la constitución de tribunales es competencia estatal exclusiva (arts. 122.1 y 149.1.5ª CE), y, más aún, que el reconocimiento de un tribunal especial afecta a la propia configuración constitucional de la jurisdicción, la Generalitat Valenciana no hubiera podido restablecer el Tribunal de las Aguas y su jurisdicción, ni puede alterarlos después de su reconocimiento por la LOPJ.

2º) Las normas procesales que rigen el ejercicio de las potestades del Tribunal de las Aguas y la posición de las partes que instan ese ejercicio y se hallan sujetas al mismo, son -como dice el profesor Fairén Guillén- principalmente normas consuetudinarias: “El proceso del Tribunal de las Aguas ha sido construido a base de normas jurisprudenciales dictadas y reiteradas por el mismo, las cuales se conservan “por memoria”, dado el principio de oralidad no protocolizada; por pura transmisión oral de sus miembros a sus sucesores a lo largo de muchas generaciones. (...) Alguna ha sido creada por el Pleno de los Síndicos (...). Pero no hallamos sino muy pocas o casi ninguna de este origen. El Tribunal, desde el punto de vista procesal, se nutre de su propia doctrina consuetudinaria, o de su interpretación de las Ordenanzas”<sup>1</sup>.

El proceso ante el Tribunal de las Aguas ya ha sido magníficamente estudiado por el profesor Fairén Guillén<sup>2</sup>, y ha sido expuesto, en precedentes jornadas sobre Derecho foral valenciano, por la profesora MASCARELL Navarro<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> FAIRÉN GUILLÉN, V., *El Tribunal de las Aguas de Valencia y su proceso*, Valencia, 1988, página 89.

<sup>2</sup> Recuerdo la completísima segunda edición, 1988, de su libro sobre *El Tribunal de las Aguas de Valencia y su proceso*, citada en la nota anterior.

<sup>3</sup> De la autora citada véase *El Tribunal de las Aguas de la vega valenciana*, en *Jornadas sobre ilustres juristas valencianos. Seminario sobre Derecho civil valenciano*, Valencia, 1988, páginas 119-157.

En fin, para apreciar el grado de interés en determinar los aspectos procesales a considerar, ha de apuntarse, con la profesora Mascarell Navarro, que “el número de asuntos que se plantean ante el Tribunal de las Aguas es decreciente. Mientras Borrull i Vilanova en su discurso de defensa del Tribunal de las Aguas en las Cortes de Cádiz afirmaba que eran “en gran número y continuas las controversias” que se suscitaban ante el Tribunal de las Aguas, y aun en 1960 se celebraron sesenta juicios, el año 1996 fueron seis los casos juzgados y en 1997 el Tribunal de las Aguas sólo ha conocido de cinco denuncias”<sup>4</sup>. Añade, en nota que “haciendo una estadística de los últimos diez años observamos que en el año 1990 se celebraron 18 juicios, en el año 1991, 14, en 1992 la cifra se elevó a 19, en 1993 fueron 12, en 1994 llegaron a 20 y en 1995 descendieron a 16”<sup>5</sup>.

Estimo, pues, conveniente dedicar la atención a los aspectos procesales de otras materias del Derecho privado valenciano.

En Derecho valenciano la introducción, o el intento de introducción, de algunas especialidades procesales se ha dado, principalmente, en la Ley de Arrendamientos Históricos y del modo bastante desafortunado que analizaré a continuación.

También están presentes especialidades procesales en las leyes de cooperativas y de fundaciones. Las consideraremos brevemente después.

## II. CUESTIONES PROCESALES EN LA LEY DE ARRENDAMIENTOS HISTÓRICOS VALENCIANOS

La principal cuestión se refiere a la competencia de la Administración Agraria Valenciana para constatar la existencia de un arrendamiento histórico valenciano y, derivadamente, también afecta al orden jurisdiccional competente para conocer de las pretensiones que, directa o indirectamente, pidan una declaración sobre la existencia de ese arrendamiento.

En un segundo plano aparecen cuestiones de interés sobre la naturaleza y consiguiente tratamiento procesal del llamado por la ley dictamen pericial histórico-jurídico, y, atendida la ordenación de la nueva LEC, sobre la admisión de los recursos extraordinarios en esta materia y sobre la procedencia de la liquidación de cantidades en ejecución de sentencia, practicada con cierta frecuencia en pleitos sobre arrendamientos históricos valencianos.

---

<sup>4</sup> MASCARELL NAVARRO, El Tribunal de las Aguas de la vega valenciana, cit., página 156.

<sup>5</sup> MASCARELL NAVARRO, El Tribunal de las Aguas de la vega valenciana, cit., nota 126 en página 156.

**1. Competencia de la Administración Agraria Valenciana para la declaración de arrendamiento histórico valenciano. Orden jurisdiccional competente para conocer pretensiones relativas a arrendamiento histórico valenciano**

**A) *El artículo 2 de la LAHV, su declaración de inconstitucionalidad y las interpretaciones posibles***

El artículo 2 de la LAHV dispone que “Los arrendamientos históricos valencianos deberán ser objeto de reconocimiento mediante declaración por la Administración Agraria Autónoma”. Su párrafo segundo, después declarado inconstitucional, establecía que “dicha declaración de reconocimiento podrá ser impugnada ante la jurisdicción contencioso-administrativa por aquélla de las partes que considere lesionados sus derechos o intereses”. El art. 3 se refiere a la petición de ese reconocimiento a la Administración Agraria Valenciana, y, con escasa técnica legislativa, a un problema específico respecto a la inmemorialidad y a la condición que, no obstante el problema, permitirá que sea apreciado ese imprescindible requisito. Además reitera la referencia al orden jurisdiccional competente para conocer de pretensiones respecto de la declaración de arrendamiento histórico valenciano.

En la sentencia que decidió el recurso de inconstitucionalidad, interpuesto por el Gobierno del Estado contra ésta y otras disposiciones de la Ley, la decisión de la mayoría del TC, estimatoria en parte del recurso, cogió, a mi juicio, el rábano por las hojas. Se limitó a declarar la inconstitucionalidad por unas causas que, ciertamente, eran fundadas, pero que realmente derivaban de una causa de inconstitucionalidad más radical.

Dice el TC, en el fundamento jurídico 4º de la S 121/1992, de 28 de septiembre,

“Desde luego, de las particularidades del régimen sustantivo y de la especificidad del arrendamiento histórico valenciano no deriva ninguna necesaria especialidad de la ordenación de las vías procesales y de la defensa judicial de los derechos y deberes derivados de esa relación arrendaticia, de manera que la competencia autonómica para legislar sobre estos arrendamientos no conlleva una competencia legislativa de carácter procesal para establecer una regulación singular de ordenación del proceso.

A ello ha de añadirse que el artículo 2 de la Ley 6/1986 no establece una particularidad en la ordenación del proceso, sino una regla de competencia jurisdiccional cuya determinación corresponde en exclusiva al legislador estatal, y más concretamente a la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 122.1 CE), y normas concordantes, que han delimitado ya la competencia en el orden civil de los Juzgados y Tribunales en materia contractual en las controversias entre partes en materia de contratos privados”.

Más certeramente, el voto particular del magistrado Gabaldón hacía notar que

“Pese a que la Ley, según dice expresamente su art. 1, tiene por objeto «regular, como institución propia del Derecho civil valenciano los arrendamientos históricos constituidos desde tiempo inmemorial y regidos por la costumbre», no establece lo que sería adecuado a ese doble carácter (Derecho civil, regulado por la costumbre), es decir, la exigencia de su prueba y reconocimiento ante los Tribunales civiles. Lejos de ello exige que sean «objeto de reconocimiento» mediante declaración ante la Administración Agraria autónoma (art. 2.1)...”.

Y concluía

“Parece evidente que el reconocimiento por la Administración de la existencia de un contrato civil entre partes determinante de todas unas consecuencias que afectan no sólo a quien solicitó aquel acto sino a los demás titulares de la relación jurídica, quienes además pueden ver modificado el contenido de los derechos que la costumbre o el pacto les confería, no es una actividad propia de la Administración sino una potestad de intervención que esa Ley le otorga más allá de sus propias facultades, invadiendo las que son propias de la Jurisdicción (art. 117.3 de la Constitución), puesto que función jurisdiccional es la que resuelve conflictos de intereses privados en la esfera del Derecho civil, ...”.

Después de la declaración de inconstitucionalidad del párrafo segundo del artículo 2 y del inciso final del artículo 2.3, que dejaba en vigor la potestad administrativa de declaración de un concreto arrendamiento rústico como histórico valenciano, una posible interpretación de los preceptos referidos a esa potestad hubiera sido la siguiente.

1º) La Administración Agraria Valenciana tiene potestad de resolver sobre la calidad de histórico valenciano de un determinado arrendamiento rústico y ello no sólo si esa declaración o constatación es el imprescindible presupuesto para ejercer otras potestades de indiscutible naturaleza administrativa (por ejemplo, subvencionar los dictámenes histórico-jurídicos, subvencionar créditos destinados a facilitar el acceso a la propiedad del arrendatario), sino también cuando se trate del único objeto sobre el que recae el ejercicio de la potestad. Ciertamente la otra opción interpretativa no puede excluirse -y es la que se ha impuesto-, pero es menos consistente si se atiende a la letra, a los antecedentes legislativos y sobre todo al razonamiento de que el art. 2.1 sería una disposición inútil si sólo persiguiera establecer que la Administración ha de constatar la existencia de un arrendamiento histórico valenciano si ello es condicionante del ejercicio de alguna de sus potestades.

Cuestión diferente es la de cuál sea la *ratio* de esta potestad de previa declaración administrativa de un arrendamiento histórico valenciano. La respuesta podría hallarse, a mi juicio, en una función de solución no jurisdiccional de litigios, que, por cierto, no es en absoluto novedosa en materia de arrendamientos rústicos, como lo demuestran las atribuciones de las Juntas Arbitrales de Arrendamientos Rústicos reguladas en los artículos 121 y 122 de la ley estatal sobre la materia.

2º) Esta potestad administrativa no sólo debería ejercerse si se pretendiera la declaración del carácter histórico valenciano de determinado arrendamiento, sino también cuando un interesado pretendiera una tutela distinta a esa declaración positiva o negativa, pero la resolución sobre la tutela hubiera de fundarse, en todo caso, sobre el carácter histórico valenciano del arrendamiento rústico respecto del cual se pide tutela. Pienso, por ejemplo, en pretensiones relacionadas con la duración del contrato (art. 4), con derechos en caso de expropiación o de cambio de calificación urbanística de la finca (art. 5), con el acceso del propietario al cultivo directo o con la restitución del arrendamiento en caso de incumplimiento de la obligación de cultivo directo (arts. 6 y 7).



En este sentido, la Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 23 de marzo de 1994 reconoció el ejercicio de esta competencia de la Administración Agraria Valenciana en un caso en que, ante el Juzgado de Primera Instancia de Massamagrell, pendía un juicio de desahucio. El Tribunal de Conflictos no entendió que debiera suspenderse el juicio de desahucio, pero sí, en cambio que no podía

“atribuirse a los Jueces la competencia para dictar la resolución final del expediente administrativo pendiente de finalización, al amparo del artículo 10.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en concepto de cuestión prejudicial, como sostiene el Ministerio Fiscal, pues ello supondría privar a la Administración de unas potestades que legalmente le han sido conferidas”.

3º) En cualquier caso, la resolución de la Administración Agraria Valenciana sobre la calidad de histórico valenciano del concreto arrendamiento rústico no vincula en absoluto al tribunal del orden civil, el cual, atendiendo a los hechos probados o fijados de otro modo, y a los criterios normativos legales y/o consuetudinarios, estimará o no existente un arrendamiento histórico valenciano y, en su caso, resolverá sobre otras peticiones de tutela que guarden dependencia con esa naturaleza del arrendamiento.

En efecto, esta potestad última de decisión judicial plena la garantizan, en todo caso, los arts. 24.1 y 106.1 CE.

#### ***B) La doctrina jurisprudencial del TSJ de la Comunidad Valenciana y algunas observaciones sobre la misma***

La interpretación que la Sala de lo Civil del TSJ de la Comunidad Valenciana ha hecho de la potestad administrativa de reconocimiento de arrendamientos históricos valencianos ha ido, desde el principio, por derroteros muy distintos a los que hemos apuntado antes.

En la STSJCV de 12 de enero de 1995 ya se establece que

“la ausencia de tal declaración de reconocimiento o, incluso, la denegación del reconocimiento no determina la inexistencia de aquel arrendamiento histórico valenciano, ya que estas ausencia o denegación, por sí mismas, sólo significan el incumplimiento de una obligación formal no esencial”.

Y también que

“resulta que los órganos de este orden jurisdiccional civil, cuando se suscite controversia entre las partes acerca de la calificación de la relación jurídica en cuestión, declarado su reconocimiento o no por la Administración Agraria Autonómica, han de resolver en cada caso sobre la declaración y reconocimiento de los arrendamientos históricos valencianos, manteniéndola si fuere ajustada a los requisitos sustantivos de esta figura, modificándola, en lo que no se ajustare a ellos, o declarando que existe, si no se hubiere producido y fuere procedente conforme a dichos requisitos sustantivos; en suma, calificando jurisdiccionalmente la relación controvertida, en cada caso, con arreglo a su propia sustantividad y, consecuentemente, acomodando y haciendo cumplir la forma prescrita por la Ley a la realidad de la relación jurídica de que se trate, en cada caso” (FJ 9º).

En la S de 25 de mayo de 1995, la Sala de lo Civil del TSJ se expresa con más claridad.

Empieza reconociendo en el FJ 6º que

“La Sentencia 121/1992 del Tribunal Constitucional implícitamente estimó constitucional el artículo 2, párrafo I, de la Ley valenciana 6/1986, y con él todo el sistema administrativo de reconocimiento por la autoridad agraria autonómica de la condición de históricos valencianos de los arrendamientos, y esto conlleva graves problemas de interpretación respecto de las relaciones existentes entre la resolución administrativa, sea cual fuere su contenido, y el proceso civil que pueda entablarse entre las partes sobre la naturaleza jurídica del arrendamiento. Los problemas surgen de que la controversia entre partes sobre la existencia y contenido de un contrato civil es la típica materia incluida en el ámbito de ejercicio de la función jurisdiccional y excluida de la actividad propia de la Administración, de conformidad con los artículos 117.3 y 103 de la Constitución”.

También indica que

“esta Sala tiene que admitir que lo anterior no impide la existencia de la vía administrativa de conocimiento y decisión de la naturaleza jurídica de los arrendamientos rústicos a que se refiere la Ley valenciana 6/1986. Es cierto que la Sentencia 121/1992 no declaró expresamente constitucionales los artículos de esa Ley reguladores del reconocimiento administrativo, pero esa declaración se contiene implícitamente en la sentencia, sobre todo atendido el voto particular segundo a la misma”. Esto no es óbice para que, a continuación, establezca que “El conocimiento por la Administración de la naturaleza de un arrendamiento rústico determinado, no puede entenderse concebido en la Ley 6/1986 como obligatorio para las partes concretas implicadas, en un conflicto. La Administración Agraria Autonómica tiene el deber de pronunciarse sobre la condición de histórico valenciano de un arrendamiento cuando así lo inste una parte, normalmente el cultivador, pero tal instancia y tal pronunciamiento no son un presupuesto procesal que impida la incoación y resolución sobre el fondo del proceso civil correspondiente iniciado por cualquiera de las partes. El derecho a la tutela judicial del artículo 24.1 de la Constitución no puede verse obstaculizado por la necesidad de la existencia de una resolución administrativa previa”.

De manera que

“En general, pues, y como conclusión debe afirmarse que existan o no expediente y resolución administrativa, las partes mantienen en todo caso su derecho fundamental a la tutela judicial, conforme el artículo 24.1 de la Constitución, y que los dichos expediente y resolución no privan a la jurisdicción, y precisamente en su orden civil, de su función de juzgar, conforme el artículo 117.3 de la misma norma”.

En la S de 11 de mayo de 1998, la Sala insiste en que

“Junto a dichos requisitos esenciales no puede dejar de aludirse a otro meramente formal, y no esencial, al que hacen referencia los artículos 2 y 3 de la Ley 6/1986, la declaración o reconocimiento mediante la correspondiente resolución de la Administración Agraria Autonómica”.

En segundo término reacciona frente a un intento de la Sala de instancia de atribuirle al acto administrativo de reconocimiento de un arrendamiento histórico valenciano una eficacia jurídica específica:

“una categoría específica de pericia histórica preconstituida emanada de un órgano público dotado de pericia de altísima calificación sobre la materia, que le inviste como prueba de extraordinaria trascendencia en el proceso, no en el sentido de hacer innecesaria la *litis* pero sí en el de producir a partir de su aportación una inversión de la carga de la prueba de tal forma que corresponda a los arrendadores que estimen sometido el arrendamiento a la legislación estatal, la obligación de acreditar que, a pesar de la pericia administrativa firme no concurren en el arrendamiento las condiciones de historicidad»” (FJ 7º).

En fin, para la S de 9 de marzo de 1999 (FJ 2º),

aunque la Sentencia 121/1992 del Tribunal Constitucional “implícitamente estimó constitucional el artículo 2, párrafo primero, y con él todo el sistema administrativo de reconocimiento por la autoridad agraria autonómica de la condición de históricos de determinados arrendamientos rústicos”, el artículo “no puede interpretarse en el sentido de que el reconocimiento de la condición de histórico valenciano de un arrendamiento sea atribución exclusiva de la Administración, ni presupuesto para que los órganos jurisdiccionales puedan decidir acerca de su existencia”. Por el contrario, “La resolución administrativa que reconoce un arrendamiento rústico como histórico valenciano es un acto formal no esencial cuyo valor jurídico de presupuesto para la aplicación de la Ley de la Generalidad Valenciana 6/1986, no puede estar referido más que a las actuaciones de la Administración Agraria Autonómica”.

La doctrina jurisprudencial del TSJ sobre esta materia puede ser compartida en gran medida, pero son convenientes unas matizaciones *lege data* y unas consideraciones *lege ferenda*.

En cuanto a las matizaciones *lege data*, la primera se refiere a que si ha sido dictado acto administrativo de reconocimiento de un arrendamiento histórico valenciano no cabe sostener que ese acto deba ser sometido, en todo caso, al orden jurisdiccional civil (STSJ 12 enero 1995, fj 9º; STSJ 25 mayo 1995, fj 7º), en el sentido de ser exclusivamente controlable por ese orden jurisdiccional.

Efectivamente, la STS, Sala Tercera, 15 de marzo de 2000, partiendo de la base de la no declarada inconstitucionalidad de la potestad de la Administración Agraria Valenciana para reconocer un arrendamiento histórico valenciano, casó un auto de inadmisión de recurso contencioso administrativo interpuesto contra acto de declaración de un arrendamiento histórico valenciano. El principal argumento es el siguiente

“El campo de actuación de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa viene determinado por los artículos 1 y 3 de la Ley de 1956 en concordancia con el 9.4 de la LOPJ, extendiéndose a conocer de las impugnaciones contra todos los actos o disposiciones de la Administración sujetos a esta rama específica del derecho, sean éstos válidos o nulos, siempre que hayan sido acordados en virtud de la potestad de imperio que le viene conferida. A estos efectos no resulta relevante el que dicha potestad se hubiese ejercido de manera debida o indebida, el posible carácter exorbitante de la que le hubiese sido otorgada, ni tampoco la naturaleza esencial o

meramente formal del acto impugnado. Siempre que como resultado de ese mismo «imperium» se produzca una actuación de la Administración, incluso aunque se trate de una mera actuación de hecho, la pretensión anulatoria de la misma ha de ejercitarse por la vía contencioso-administrativa de conformidad con los preceptos legales antes citados, con el fin de eliminar, si procede, aunque no sea más que la apariencia formal de legalidad generada por ese mismo acto”.

De este modo el TS rectificó la tesis que había sostenido en el ATS, Sala Tercera, 28 de abril de 1999, que inadmitió la casación contra auto de inadmisión de recurso contra acto de reconocimiento de un arrendamiento histórico valenciano, auto que se dictó con el fundamento de que el orden jurisdiccional administrativo no tenía competencia.

Al conocer nuevamente del asunto que dio lugar a la Sentencia de 15 de marzo de 2000, la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de la Comunidad Valenciana, discriminó, adecuadamente, los aspectos del acto administrativo controlables por el orden jurisdiccional administrativo y lo que es competencia del orden jurisdiccional civil. En este sentido indicó que

“En aplicación de la doctrina de los actos separables, es claro que las cuestiones planteadas por el actor relativas a la competencia del autor del acto impugnado o a la alegada indefensión causada por el mismo, resultan residenciables en la jurisdicción contencioso-administrativa, y, por tanto, pueden ser objeto de examen en el presente recurso, pero no así las relacionadas con los aspectos estrictamente civiles sobre declaración de arrendamiento histórico valenciano, que son indiscutible competencia de la jurisdicción civil”.

El acto administrativo de reconocimiento de un arrendamiento histórico valenciano es, pues, también impugnabile ante los tribunales del orden jurisdiccional administrativo los cuales, con la técnica de los actos separables, pueden revisar los aspectos de competencia y de procedimiento en cuanto influyentes en la validez del acto, aunque no puedan examinar la cuestión de Derecho privado que el acto habrá decidido.

La segunda matización *lege data* se dirige a evitar la especie de ninguneo funcional al que es sometido el acto administrativo de reconocimiento de un arrendamiento histórico valenciano. A mi modo de ver ese ninguneo es contradictorio con el reconocimiento de que, por extraña que sea la atribución de esta potestad a la Administración, su inconstitucionalidad no ha sido declarada y es, por tanto, una potestad de la que la Administración Agraria Valenciana está legalmente investida y debe ejercitar si le es instado válida y eficazmente.

Ciertamente en las disposiciones de la LAHV falta base para que el ejercicio de esta potestad deba ser considerado como preceptivamente previo al proceso civil y determinante de la inadmisión de éste o de un pronunciamiento de fondo en el mismo. Los arts. 403 y 439 LEC no ampararían una inadmisión de la demanda en caso de falta de previa solicitud a la Administración agraria.

Esto no excluye otras posibles aplicaciones, como, por ejemplo, las siguientes:

1ª) Influir en la concurrencia o no del interés en accionar o necesidad de tutela jurídica para obtener una tutela meramente declarativa. El art. 5.1 LEC no se refiere expresamente a este requisito. Pero la jurisprudencia lo exige, tanto la del TS (S 22 de septiembre de 1.944: “a condición, claro es, de que en los particulares casos esté su utilización justificada por una necesidad de protección jurídica”), como la del TC (STC 20/1993, de 18 de enero: “está subordinada a la concurrencia de un interés real, actual y concreto en que los órganos judiciales pongan fin a la falta de certidumbre en torno a la relación jurídica de que se trate”) para evitar un uso injustificado de esta modalidad de tutela.

En este sentido, si se pidió el reconocimiento administrativo y, con intervención de los demás interesados, se dictó acto que fue consentido por los interesados, estimo que, salvo que concurrieran hechos posteriores relevantes, queda excluido el interés en accionar en mera declaración, porque existe suficiente certeza acerca de la existencia de la relación jurídica (o de su inexistencia) y de su naturaleza.

2º) Influir en la condena en costas en el proceso civil en determinados casos.

Por ejemplo, partiendo del mismo supuesto antes considerado, uno de los interesados, para obtener la máxima seguridad jurídica -la que deriva de la cosa juzgada- acerca de la existencia, inexistencia o naturaleza de la relación arrendaticia, decide presentar demanda, a pesar de ser el acto administrativo favorable a sus intereses y del aquietamiento del contrario. Si este interesado, una vez demandado, se allana inmediatamente, no procedería la condena en costas, sin que pudiera aplicarse la excepción de la mala fe del demandado, al menos por lo que se refiere a su actitud respecto del acto administrativo sobre la relación arrendaticia (art. 395.1 LEC).

Las consideraciones *lege ferenda* con las que quisiera acabar el tratamiento del aspecto procesal más importante que presenta la LAHV son dos.

1ª) Es aconsejable la derogación del párrafo que continúa vigente del artículo 2 de la Ley. En la interpretación y aplicación de esa Ley ha acabado por tener razón el voto particular del magistrado Gabaldón. La declaración administrativa de un arrendamiento histórico valenciano carece de toda eficacia jurídica civil, de manera que la norma no sirve para lo que quería servir. Está formalmente vigente, pero vacía de contenido normativo.

Cabe pensar que esta situación es indiferente, que no perjudica que la norma esté formalmente en vigor. No comparto esa opinión. La ambigüedad de la eficacia normativa del precepto considerado posibilita que un orden jurisdiccional tan sobrecargado de trabajo como el contencioso-administrativo, tenga oportunidad de funcionar prácticamente en el vacío, estimando el TS una casación porque la Sala de lo contencioso del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana afirmó su incompetencia para conocer de la impugnación contra un acto de declaración de arrendamiento histórico valenciano, y teniendo la Sala de Valencia que dictar sentencia en la que sostuvo que, examinado el acto con la técnica de los actos

separables, no podía anularlo. Obsérvese que, aunque lo hubiera anulado, el resultado a los efectos de Derecho privado hubiera sido el mismo.

2ª) La segunda consideración es una alternativa a lo anterior. Sustituir la potestad actualmente atribuida a la Administración Agraria Valenciana por una función de conciliación o de mediación, que deberían instar los interesados como requisito previo a la presentación de la demanda. Esta solución se enfrentaría, no obstante, con la duda sobre el título competencial de la Generalitat Valenciana para introducir esta regulación. La duda deriva de la interpretación de si las “necesarias especialidades que se derivan de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas”, comprende el establecimiento de un medio de solución extrajudicial preceptivo y previo al proceso civil. Debo apuntar, en esta materia, que la STC, Pleno, 146/1996, de 19 de septiembre, entendió que la eliminación de un control administrativo previo en materia de publicidad engañosa, como consecuencia de la ampliación de las atribuciones jurisdiccionales que hizo la Ley General de la Publicidad, se funda en la competencia del Estado sobre la legislación procesal, y no invade competencias del País Vasco, aunque éste entendía poder fundar la conservación de aquel control en su competencia en materia de publicidad (art.10.27 EAPV).

## **2. Otras cuestiones procesales en materia de arrendamientos históricos valencianos**

Con un carácter menos básico y fundamental que la cuestión hasta ahora analizada, la LAHV plantea otras cuestiones procesales de interés. Dejaré para el final el régimen de los recursos extraordinarios según la LEC de 2000.

### **A) *La naturaleza del dictamen histórico-jurídico***

A los efectos de la declaración administrativa de un arrendamiento histórico valenciano la ley confiere especial importancia a un “dictamen pericial de especialista en el que se recoja la oportuna investigación histórico-jurídica” (art. 3.1). El contenido del dictamen se detalla en el art. 4 del Decreto 41/1996, de 5 de marzo, de desarrollo de la Ley.

El problema respecto a la aportación de ese dictamen al proceso civil es el de calificación de su naturaleza jurídica como medio de prueba, porque eso condiciona el régimen de la proposición, práctica y valoración de la prueba.

El llamado dictamen refleja, con respaldo documental, el resultado de una investigación realizada *ad hoc* (para el procedimiento administrativo o para el proceso civil) y con alguna metodología histórica, respecto de los elementos de antigüedad y de continuidad familiar, de los que depende la calificación de un arrendamiento como histórico valenciano.

La LEC de 2000 introduce nuevos datos para dar respuesta a esta cuestión. Considerando su ordenación las posibilidades son dos:



1ª) Prueba pericial practicada con aportación al proceso de un dictamen previamente elaborado, tal como ahora permiten los arts. 265.1.4º, 336, 337 y 338 LEC. En este aspecto, el argumento que utilizaba contra la naturaleza pericial la STSJ de 25 de mayo de 1995 (“en su realización no se observaron las formalidades previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil”) carece de base con la nueva LEC.

2ª) Una prueba testifical con la especialidad que el art. 265.1.5º LEC establece para los profesionales de la investigación privada: pueden acompañarse a los escritos iniciales los informes que recojan el resultado de sus actividades de observación, sin perjuicio de la posterior declaración testifical si los hechos narrados son negados por la contraparte.

Estimo mejor fundada la calificación como prueba pericial, porque el dictamen no se limita a ofrecer una narración de hechos observados, sino que presenta una investigación y articulación de los mismos realizada con alguna metodología histórica, que es expresión de los conocimientos científico-técnicos que caracteriza a la prueba pericial<sup>6</sup>.

No obstante, debe hacerse notar que las características del arrendamiento que el dictamen está destinado a probar, pueden ser también probadas con otros medios de prueba:

a) Una complicada prueba documental compuesta, entre otros documentos, por una serie de certificados de asientos registrales que demuestren la continuidad familiar en el arrendamiento.

b) Una prueba testifical adecuada, que consistirá en la declaración de personas que, por su edad y por su dedicación profesional, tengan una potencialidad informativa idónea.

En cualquier caso, con unos o con otros medios de prueba, la apreciación de hallarse ante un arrendamiento regido por costumbre valenciana, no es una apreciación meramente fáctica, sino también jurídica (constatación de la *opinio iuris* y del contenido de la costumbre), y, en esa medida, no sólo es problema de prueba.

---

<sup>6</sup> FONT SERRA, E., *El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil*, Madrid, 2000, páginas 52-53; PICÓ I JUNOY, J., *La prueba pericial en el proceso civil español*, Barcelona, 2001, páginas 48-50.

**B) *Sobre la tendencia a remitir la liquidación de cantidades a ejecución de sentencia en algunos procesos sobre arrendamientos históricos valencianos***

En la práctica procesal de la LAHV ha existido la tendencia a deferir a un procedimiento de liquidación a realizar en ejecución de sentencia, la determinación cuantitativa del importe de la condena en ciertos asuntos litigiosos. Esto ha ocurrido en casos en que el objeto principal del proceso era la recuperación de la finca por cese de la actividad agraria del cultivador, a causa de la calificación de los terrenos como urbanizables, dado que, además, se halla en juego el derecho del cultivador a percibir el cincuenta por ciento del plusvalor del inmueble (así, por ejemplo, SAP Valencia 24 mayo 1993; SAP Valencia 3 julio 1995).

Es conveniente advertir que, bajo la nueva LEC, esta práctica sería ilegal puesto que el artículo 219 prohíbe sustancialmente la condena con reserva de liquidación en la ejecución<sup>7</sup>

**III. ESPECIALIDADES PROCESALES EN LAS LEYES VALENCIANAS DE FUNDACIONES Y DE COOPERATIVAS**

En ambos textos legislativos aparecen disposiciones con normas procesales de mayor o menor importancia.

Pero así como las de la Ley valenciana de Fundaciones de 1998 remiten a la correspondiente norma establecida por la Ley estatal de 1994, o repiten casi literalmente su formulación, la Ley valenciana de cooperativas (texto refundido de 1998) contiene preceptos de indudable naturaleza procesal, algunos de los cuales divergen notablemente de las normas procesales establecidas en la ley estatal de cooperativas de 1999 o, genéricamente, en el ordenamiento procesal común.

**1. Normas procesales en materia de fundaciones**

En la ley valenciana sobre esta materia no hay especialidades procesales ni reales, ni aparentes.

El legislador estatal determinó con precisión, en la disposición final 1ª, apartado 3 de la Ley 30/1994, que una serie de normas procesales relacionadas con el régimen de las fundaciones se dictaban al amparo de la competencia estatal exclusiva sobre materia procesal atribuida por el art. 149.1.6ª CE. Y la ley valenciana de 1998 se ha plegado, ciertamente, a esa afirmación competencial.

Se observa lo dicho en las normas contenidas en los artículos siguientes de la ley estatal:

1º) El art. 16.3, que establece que el juez podrá ordenar la suspensión cautelar de los patronos en el proceso sobre la acción de responsabilidad. El art. 17.2 de la ley valenciana se remite a esta disposición.

---

<sup>7</sup> Véase, con más detalle, ORTELLS RAMOS, M, *Proceso civil práctico*, VIII-1, Madrid, 2001, comentario al artículo 712.

2º) El art. 28 concede al protectorado una acción constitutiva para conseguir la fusión de fundaciones, que la ley valenciana omite regular, sin que ello impida su vigencia en el ámbito de aplicación de esta ley.

3º) Los arts. 29 y 30 regulan la extinción de fundaciones en su caso por pronunciamiento judicial declarativo o constitutivo. El artículo 25 de la ley valenciana se remite a los mismos.

4º) El art. 34 establece una intervención temporal de la fundación por el protectorado que, previa resolución judicial, asumirá las funciones del patronato, regulación que repite sustancialmente el art. 18 de la ley valenciana.

## **2. Normas procesales en el régimen de las cooperativas**

La Ley valenciana de cooperativas (texto refundido de 1998) presenta, por el contrario, algunas importantes desviaciones respecto a la legislación procesal estatal, incluida la específicamente referida a sociedades cooperativas.

De una parte la ley valenciana contiene preceptos procesales coincidentes, total o sustancialmente, con normas procesales de la ley estatal de cooperativas.

Así, por ejemplo, el régimen de la impugnación de acuerdos de la asamblea general y del consejo rector, en cuya regulación coinciden, esencial y respectivamente, los artículos 31 de la ley estatal y 36 de la ley valenciana, y los artículos 37 de la ley del Estado y 41.6 de la autonómica.

Pero, de otra parte, la ley valenciana de cooperativas formula normas nítidamente divergentes del ordenamiento procesal estatal, en general o específicamente referido a las sociedades cooperativas.

Someto a consideración estas dos muestras:

1º) El art. 44 de la ley estatal prevé el comité de recursos y sus funciones, pero no, como lo hace el art. 47.3 de la ley valenciana, que los estatutos puedan establecer que “la reclamación contra cualquier acuerdo del consejo rector o de la asamblea general ante la comisión de recursos, será un requisito inexcusable para interponer demanda de arbitraje o de impugnación judicial contra los citados acuerdos. En todo caso, la interposición de la reclamación, hecha constar mediante documento público, suspenderá el plazo legal de caducidad. El plazo legal de caducidad de la acción de impugnación establecido por la legislación estatal, solo comenzará a transcurrir cuando la asamblea general adopte un nuevo acuerdo, confirmatorio o modificativo del anterior, recurrido ante la comisión de recursos”.

En definitiva se trata de una norma procesal de las previstas por los arts. 403.3 y 439.5 LEC, cuyo efecto es la inadmisión de la demanda

2º) El art. 111 de la ley valenciana establece, entre las funciones del Consejo Valenciano del Cooperativismo,

“La conciliación previa, de carácter voluntario, al ejercicio de acciones ante los tribunales.

El Consejo creará de entre sus miembros una comisión delegada de conciliación, integrada, al menos, por tres miembros, que se regirá por el reglamento del Consejo.

Presentada una reclamación ante el Consejo Valenciano del Cooperativismo, será conocida por la comisión delegada de conciliación, la cual dará parte al destinatario de la reclamación, para que se avenga a ella o se oponga, y alegue lo que considere oportuno. En el caso de oposición, dicha comisión examinará los elementos de prueba que aporten una y otra parte y, en un plazo no superior a dos meses desde la presentación de la reclamación, pronunciará una recomendación en nombre del Consejo.

Si dicha recomendación fuese aceptada por ambas partes mediante expresión de su voluntad ante el Consejo, la recomendación obtendrá los mismos efectos y garantías que el laudo arbitral firme.

Aceptada la recomendación, el Consejo emitirá una certificación de su contenido y decisiones que servirá de título suficiente para obtener en su caso la ejecución de la recomendación aceptada”.

Es decir, por la vía indirecta de remitirse a los efectos del laudo arbitral (art. 53 Ley de Arbitraje) está creando un nuevo título ejecutivo para el proceso civil.

A mi juicio, cualquiera sea el título competencial de la Comunidad Autónoma para ordenar las sociedades cooperativas de su ámbito territorial y aunque sea más seguro y amplio que en materia de fundaciones, las normas que versan sobre la tutela jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos a causa de la constitución o de la actividad de una cooperativa son legislación procesal de exclusiva competencia estatal, salvo que constituyan una necesaria especialidad impuesta por una norma de indudable competencia autonómica. Pero lo último es dudoso, porque una mayor adecuación a los llamados principios del cooperativismo de las técnicas de autocomposición o de arbitraje especializado no es, obviamente, sólo afirmable en el ámbito de la Comunidad Valenciana, sino de modo general.

#### IV. LOS RECURSOS EXTRAORDINARIOS CONTRA LAS RESOLUCIONES DE LA AUDIENCIAS PROVINCIALES EN ASUNTOS DE DERECHO PRIVADO VALENCIANO

El nuevo régimen de los recursos extraordinarios por infracción procesal y por casación que establece la LEC suscita algunas cuestiones específicas si estos recursos se interponen en asuntos de Derecho privado valenciano.

1º) La competencia funcional para conocer de la casación corresponde a la Sala de lo Civil del TSJ de la Comunidad Valenciana si la sentencia dictada en segunda instancia por la Audiencia Provincial infringe normas de Derecho privado valenciano, exclusivamente o junto a la infracción de otras normas (art. 478 LEC).

Ahora bien, si se alega como infringida también una norma constitucional la competencia corresponderá a la Sala de lo Civil del TS (art. 5.4 LOPJ). Pero la falta de una norma de contenido igual al antiguo art. 1732 LEC -que permitía al TS devolver el recurso al TSJ una vez había concluido que no había infracción de precepto constitucional- conduciría ahora a que el TS hubiera de asumir la competencia para el conocimiento de todos los motivos del recurso. Probablemente este problema se eluda con aplicación del art. 484 LEC.

También la competencia para conocer del recurso por infracción procesal corresponde, en el supuesto que hemos mencionado en primer lugar, a la Sala de lo Civil del TSJ. Aunque la disposición final 16ª.1.1ª Ley 1/2000 se la atribuye con expresión enrevesada: “Será competente para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, pero en los casos en que la competencia para el recurso de casación corresponde a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, las resoluciones recurridas podrán también impugnarse por los motivos previstos en el artículo 469 de la presente Ley”. Con este modo de expresión sólo se persigue evitar el argumento de que, contra la letra del art. 73.1, a LOPJ, se está atribuyendo a los Tribunales Superiores de Justicia un recurso distinto a la casación.

2º) En cuanto a las resoluciones recurribles ha de llamarse la atención, en primer lugar, sobre la limitación provisional de las resoluciones recurribles por infracción procesal a las que puedan ser recurridas en casación (Disp. Final 16ª, apartado 1, párrafo primero y párrafo segundo, regla 2ª LEC 1/2000).

En consecuencia, la recurribilidad tanto mediante casación de fondo, como por motivos de infracción procesal, depende de que en la sentencia de segunda instancia concurra alguna de las características previstas en el art. 477.2 LEC.

Excluidas, por razón de la materia propia de los asuntos que consideramos y por la interpretación más común, la recurribilidad por la característica primera (sentencia dictada para la tutela jurisdiccional civil de derechos fundamentales no procesales), las posibilidades abiertas son las de cuantía superior a veinticinco millones de pesetas (ciento cincuenta mil euros, según el art. 2, párrafo tercero del RD 1417/2001, de 17 de diciembre) y la de existencia de interés casacional.

Para apreciar la concurrencia de estas dos características es, a mi juicio y al de muchos, indiferente que la adecuación del proceso declarativo se haya determinado por la cuantía o por la materia<sup>8</sup>. Lo relevante es la cuantía del asunto que, en el art. 477.2 LEC, la ley toma en consideración para un efecto jurídico distinto al de la adecuación del procedimiento. Si la cuantía del asunto es superior a los veinticinco millones de pesetas (ciento cincuenta mil euros, según el art. 2, párrafo tercero del RD 1417/2001, de 17 de diciembre) la sentencia de segunda instancia es, sin más, recurrible en casación. Si no alcanza esa suma o si la cuantía es inestimable, la recurribilidad en casación depende del interés casacional.

No hay que ocultar, sin embargo, que los magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo han estimado, mediante unos criterios aprobados en una llamada junta general -aplicación más que discutible del art. 264 LOPJ-, celebrada el 12 de diciembre de 2000, que cada una de las tres características especiales que hacen a una sentencia recurrible en casación sólo puede darse respecto de determinadas clases de sentencias: la primera, en las dictadas en juicio ordinario en el que se hubiera pretendido tutela de un derecho fundamental; la segunda, respecto de las sentencias dictadas en juicio tramitado como ordinario en atención a la cuantía; la tercera, en el caso de sentencias dictadas en cualquier clase de juicio cuya adecuación se determine por razón de la materia.

Si hubiera que atender a estos criterios, la recurribilidad mediante recursos extraordinarios estaría condicionada por el procedimiento adecuado. Así, en arrendamientos rústicos, en unos casos el verbal (art. 250.1.1º), en otros el ordinario (art. 249.1.6º); en retractos el ordinario (art. 249.1.7º); en impugnación de acuerdos de sociedades cooperativas el ordinario (art. 249.1.3º). Fuera de estos casos la adecuación dependería de la cuantía.

En mi opinión estos criterios son, en primer lugar, incorrectos. Hay base en la LEC para entender que la cuantía puede ser relevante para efectos distintos a la adecuación del procedimiento (art. 253.1 -debe ser determinada en toda demanda-, art. 255.1 -puede ser impugnada no sólo si incide en la adecuación, sino también en la admisión de la casación-). Pero sobre todo porque, aunque mediante esta interpretación se consigue obviamente descargar de trabajo a la Sala Primera, este resultado se alcanza a costa de impedir el fin de política legislativa que se perseguía con la nueva ordenación de la recurribilidad en casación. El recurso pierde utilidad como instrumento general para garantizar la igualdad en la aplicación de la ley en toda materia de Derecho privado. En efecto, se cercena toda posibilidad de que el Tribunal Supremo establezca doctrina jurisprudencial sobre asuntos cuya cuantía no alcance la prevista en el art. 477.2.2º y para los que la adecuación del procedimiento no se determine en atención a la materia.

---

<sup>8</sup> Ya expresé mi opinión en este sentido en ORTELLS/ JUAN/BONET/ BELLIDO/ CUCARELLA/ MARTÍN, *Derecho Procesal Civil*, Aranzadi, Pamplona, 2000, páginas 565-568. Ampliamente DÍEZ PICAZO JIMÉNEZ, I., Un torpedo a la casación, en *Tribunales de Justicia*, número 2, febrero 2001, páginas 1-8.



En cualquier caso, debe advertirse que los mencionados criterios no vinculan a los magistrados que en cada recurso integren el colegio juzgador (art. 264.2 LOPJ, suponiendo que el acuerdo adoptado fuera de la clase prevista en este artículo), ni a las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia en los recursos de casación para los que son competentes (12.3 LOPJ). Tampoco a la sección de la Audiencia Provincial en el momento de resolver sobre la preparación del recurso.

3º) Una tercera cuestión se refiere a una peculiaridad del concepto de interés casacional cuando la competencia para conocer de la casación corresponde a las Salas de lo Civil de los TSJ. Según el art. 477.3, párrafo segundo LEC, además de los supuestos de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales y de aplicación de normas que no lleven más de cinco años en vigor, existe interés casacional en caso de contradicción con la jurisprudencia del TSJ -lo que no es novedoso, porque se limita a extender a este tribunal lo que antes ya dispone el artículo respecto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo- y también -y en esto consiste la peculiaridad- en caso de que “no exista dicha doctrina del Tribunal Superior sobre normas de Derecho especial de la Comunidad autónoma correspondiente”.

Esto es irrelevante si las normas infringidas no llevan en vigor más de cinco años, pero de no ser así (por ejemplo, LAHV y, tal vez, disposiciones incluidas en la refundición de la ley de cooperativas) posibilita el recurso aunque, en el caso, no exista contradicción con la jurisprudencia del TSJ, precisamente porque esa jurisprudencia no hay podido formarse sobre determinados preceptos de la Ley.

**INCIDENCIA DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL PROCESO JURISDICCIONAL ESPECIAL ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES REFERENTES A LA PRUEBA, A LAS MEDIDAS CAUTELARES Y A LAS COMUNICACIONES PROCESALES (\*)**

MANUEL ORTELLS RAMOS  
Catedrático de Derecho Procesal  
Universitat de València (Estudi General)

I. PLANTEAMIENTO Y DELIMITACIÓN DE LA PONENCIA

Por corrección metodológica debe acotarse la materia de la ponencia dentro de lo establecido en su título, así como justificar la sistematización elegida para el trabajo y otros criterios para su elaboración.

Previamente a toda otra consideración, debo resaltar que, además de la invitación general a la presentación de aportaciones formulada en las circulares del Secretario General, he dirigido un cuestionario específico a colegas de todos los países con representación en el Instituto. La finalidad era que la ponencia constituyera, como mínimo, una aproximación a las diversas realidades y expectativas en la materia, además de un marco adecuado de planteamiento y debate de las cuestiones.

Han respondido a mi petición de colaboración Osvaldo A. Gozaini (en adelante su informe será citado como *Gozaini*, Informe Argentina), Raúl Tavolari Oliveros (*Tavolari*, Informe Chile), Sergio Artavía Barrantes (*Artavía*, Informe Costa Rica), Mauro R. Chacón Corado (*Chacón*, Informe Guatemala), Salvador Soto Guerrero (*Soto*, Informe México) y Miguel de Sousa Teixeira (*De Sousa*, Informe Portugal). Por propia iniciativa, han remitido útiles comunicaciones Emilio Horacio Albarenga, Lucas Nieto y Soledad Velazco Reinoso (en adelante su comunicación será citada como *Albarenga/Nieto/Velazco*, Comunicación Argentina), Enrique A. Carelli (*Carelli*, Comunicación Argentina), Gustavo del Blanco y Omar. L. Díaz Solimine (*Del Blanco/Díaz Solimine*, Comunicación Argentina) y Ana Giacometto Ferrer (*Giacometto*, Comunicación Colombia). A todos ellos les agradezco su generosa colaboración.

---

(\*) Publicado en *XVIII Jornadas Iberoamericanas y XI Uruguayas de Derecho Procesal. En homenaje a la Escuela procesalista Uruguaya*, 16 al 18 de octubre de 2002, Montevideo-Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria, 2002, pp. 607-675.

Publicado también, en versión abreviada y bajo el título «Nuevas tecnologías y proceso jurisdiccional en el ámbito iberoamericano (prueba, medidas cautelares y comunicaciones procesales)», en *Revista de Processo*, N° REPRO 110, Publicação oficial do Instituto Brasileiro de Direito, Sao Paulo, Ano 28, abril-junho 2003, pp. 257-287.

**1. ¿Qué tecnologías? Los medios electrónicos, informáticos y telemáticos. Referencia a la biotecnología.**

La relación entre tecnología y proceso induce a pensar, inmediatamente, en una de las instituciones procesales que tiene en la ciencia y en la técnica su razón de ser, y, al propio tiempo, el instrumento para cumplir su fin. Me refiero, como es obvio, a la pericia o a la prueba pericial.

La utilidad de este medio de prueba se debe a que el conocimiento y apreciación de los hechos que constituyen su objeto, o la construcción de razonamientos para conocer hechos relevantes para el sentido de la sentencia, requieren una específica formación científico-técnica<sup>1</sup>.

La progresiva mayor complejidad de los componentes de la realidad social que el Derecho está llamado a regular, así como el continuo perfeccionamiento de los métodos de conocimiento de esos componentes, constituyen, ciertamente, una buena muestra de la incidencia de las nuevas tecnologías en el proceso.

**A) *Tecnologías informática y de las telecomunicaciones***

Cuando el subtítulo de la ponencia invita a examinar especialmente cuestiones referidas a las medidas cautelares y a las comunicaciones procesales, ha de pensarse que interesa un ámbito más amplio de incidencia de las nuevas tecnologías que el marcado por la prueba pericial. La incidencia que se produce en la propia realización del proceso o en su configuración para ajustarlo a materias litigiosas especialmente marcadas por los avances tecnológicos.

Las nuevas tecnologías que representan un común denominador de todos los planteamientos que apunta el subtítulo de la ponencia son las que se ha dado en llamar tecnologías de la sociedad de la información. Es decir, las tecnologías de archivo, tratamiento y transmisión de imágenes, sonidos y datos entre los equipos técnicos adecuados; las nuevas tecnologías ligadas a la electrónica, la informática, las telecomunicaciones y sus aplicaciones.

Efectivamente, como se verá a lo largo de la ponencia, son esas tecnologías las que inciden -y, sobre todo, incidirán en el futuro- más amplia y profundamente en el proceso jurisdiccional. Y no sólo en las cuestiones que deben ser objeto de especial análisis, sino sobre el conjunto de la institución procesal. En las mismas se centrará la ponencia.

**B) *Referencia a la biotecnología***

No obstante, conviene referirse, brevemente, a la incidencia en el proceso de las tecnologías desarrolladas en los campos de la biología y la genética. Esa incidencia tiene una doble manifestación:

---

<sup>1</sup> *Serra Domínguez*, en *Albaladejo*, Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, XVI-2, EDERSA, Madrid, 1981, p. 420-430; *Garciandía González*, La peritación como medio de prueba en el proceso civil español, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 87-106; *Font Serra*, El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil, La Ley, Madrid, 2000, p. 57-62; *Picó i Junoy*, La prueba pericial en el proceso civil español, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2001, p. 48-50.

1º) Ha generado el descubrimiento de nuevas fuentes de prueba, que podrán ser introducidas en el proceso generalmente mediante la prueba pericial.

Es el caso, en primer lugar, de las pruebas biológicas que permiten establecer o excluir directamente -es decir, sin limitarse a presunciones- principalmente la paternidad, pero también la maternidad si su atribución resulta afectada por conductas de alteración de la identidad de la madre o del hijo<sup>2</sup>. Los avances científico-técnicos han determinado que las posibilidades materiales de investigación biológica con resultados fiables respecto de la existencia o inexistencia de la vinculación paterno y materno-filial hayan avanzado desde las pruebas heredo-biológicas a las actualmente muy difundidas pruebas hematológica, continuando la tendencia evolutiva hacia los análisis de ADN, que permiten alcanzar resultados absolutamente seguros<sup>3</sup>.

En segundo lugar, hay que referirse a los análisis de ADN con fines de identificación en la investigación penal, lo que, en definitiva, no es más que otra aplicación del avance científico-técnico antes mencionado, que proyecta su potencialidad de identificación a otra finalidad<sup>4</sup>.

De modo limitado a la investigación penal, el Ministerio de Justicia de España hizo público un anteproyecto de ley sobre bases de datos de ADN, en el que, junto con el régimen de los actos de investigación para la recogida de muestras biológicas y para la obtención de las mismas en el cuerpo de la persona sospechosa, se regulaba el análisis de las muestras y la formación y tratamiento de ficheros de los datos obtenidos<sup>5</sup>.

2º) Las nuevas tecnologías biológicas y genéticas hacen posible la aparición de nuevas realidades sociales, que están necesitadas de regulación jurídica y que pueden dar lugar a nuevas situaciones litigiosas.

Es el caso, en primer lugar, de las técnicas de reproducción humana asistida, cuyo reconocimiento legal modifica los supuestos de hecho constitutivos de la relación paterno-materno-filial, lo que influye, de diverso modo, en la tutela judicial referida a la declaración o impugnación de esa relación<sup>6</sup>.

En segundo lugar, dado que resulta fácticamente posible la investigación y experimentación con material genético humano, se plantea la cuestión de su régimen legal. En este aspecto las posibles repercusiones en la configuración de la jurisdicción pueden estar referidas, de una parte, a la tendencia, en algunos ordenamientos, a sujetar a un inmediato control administrativo los intentos de actividad investigadora de esa naturaleza -se entiende que ese modo (el administrativo) de aplicar la ley es más

---

<sup>2</sup> Cámara Álvarez, en *Albaladejo*, Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, III-1, EDERSA, Madrid, 2000, 506-534.

<sup>3</sup> Prieto-Castro Ferrándiz, Tratado de Derecho Procesal Civil, II, Aranzadi, Pamplona, 1982, p. 213-215; Lacruz/Sancho/Luna/Rivero/Rams, Elementos de Derecho Civil, Derecho de Familia, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 441-442. Se ocupan de este tema, brevemente, Carelli, Comunicación Argentina, y más ampliamente, Giacometto, Comunicación Colombia, con referencia a la Ley 721, promulgada el 24-diciembre-2001.

<sup>4</sup> Casado, Genoma i Dret, en "Mètode", 2001-2002, núm. 32, p. 49.

<sup>5</sup> Boletín Informativo del Ministerio de Justicia, suplemento al núm. 1854, 1 octubre 1999, p. 355-367.

<sup>6</sup> Arts. 7-10 Ley 35/1988, de 22 noviembre, que regula las técnicas de reproducción humana asistida; Lacruz/Sancho/Luna/Rivero/Rams, Elementos de Derecho Civil, Derecho de Familia, p. 519-538.

eficaz, de modo que la jurisdicción es llamada a una función de control *a posteriori* de las decisiones de la administración pública competente<sup>7</sup>; y, de otra parte, si en vez de la orientación anterior el ordenamiento se inclina o, en cualquier caso, no excluye la tutela judicial civil, es previsible la trascendencia de la tutela cautelar de prohibición o cesación provisionales, para evitar la consolidación de situaciones graves e irreversibles generadas por determinadas infracciones del régimen legal (por ejemplo - art. 3 Ley de Reproducción Humana Asistida-, la fecundación de óvulos humanos, con cualquier fin distinto a la procreación humana).

En todo caso, los datos que se pueden obtener o recoger en la aplicación y desarrollo de estas tecnologías, pueden ser datos de carácter personal<sup>8</sup>. No obstante, las exigencias que derivan de esta última consideración para la ordenación de la tutela jurisdiccional no son diferentes a las que, en general, se plantean respecto al tratamiento informatizado de datos de carácter personal.

## **2. Un estudio jurídico y no tecnológico**

La ponencia es un estudio jurídico de una realidad caracterizada por la disponibilidad y aplicación de las “nuevas tecnologías”. Según los puntos de estudio el método será de técnica jurídica comparatística o de política jurídica.

No es un estudio de las nuevas tecnologías y de los problemas (tecnológicos) para su adaptación al proceso jurisdiccional. Para esto le falta preparación a este ponente.

El objetivo es conocer de qué modo inciden las nuevas tecnologías directamente en el proceso como fenómeno social que él mismo es, y también indirectamente, en cuanto las nuevas tecnologías generan una nueva realidad social -y también jurídica- de la que no pueden más que derivar específicas exigencias para la tutela judicial.. Sobre la base de este conocimiento podrán hacerse apreciaciones tanto en un plano técnico-jurídico de cierto detalle, como referentes a aspectos más fundamentales, atinentes a los principios o a instituciones básicas.

## **3. Las diversas formas de incidencia de las tecnologías informáticas y de las telecomunicaciones en el proceso jurisdiccional**

El título de la ponencia se refiere a un tema general y al especial análisis de tres aspectos del mismo. Dos de estos aspectos conectan muy claramente con el tema general; son los relativos a la prueba y a las comunicaciones procesales. El tema de las medidas cautelares guarda una relación menos evidente.

Obviamente trataré con especial atención los tres aspectos mencionados. Pero me parece importante sistematizar de modo más completo las diversas formas y modos en que se produce la incidencia de las nuevas tecnologías en el proceso<sup>9</sup>. Esa sistematización es, precisamente, la que permite poner en claro la relación entre

---

<sup>7</sup> Por este modo de tutela jurídica -inicial, es decir, sin perjuicio de posterior control jurisdiccional- se inclina la legislación española en la materia: art. 20 Ley reguladora de la Reproducción Humana Asistida, art. 9 Ley 42/1988, de 28 de diciembre, sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos.

<sup>8</sup> Algunos muy sensibles y cuyo conocimiento con fines distintos a los legalmente permitidos originaría graves perjuicios a la persona afectada, *Casado*, Genoma i Dret, en “Mètode”, p. 49-50.

<sup>9</sup> También una referencia general a la diversidad de formas de incidencia en *Carelli*, Comunicación Argentina.

nuevas tecnologías y tutela cautelar, que se explica como una peculiar necesidad de esta (o similar) modalidad de tutela debida a una intrínseca característica de la nueva litigiosidad.

En términos generales puede decirse que la incidencia se produce de dos formas:

1<sup>a</sup>) Las nuevas tecnologías pueden utilizarse como medios o instrumentos para la realización de la actividad procesal, tanto del tribunal y de sus auxiliares, como de las partes.

Del mismo modo que en el campo de las relaciones sociales en general las nuevas tecnologías suponen un nuevo instrumento para el desarrollo de esas relaciones, en el proceso jurisdiccional también lo son. Obviamente su utilización deberá respetar las específicas exigencias de la ordenación jurídica del proceso, pero también es razonable pensar que, en algunos aspectos, esa misma ordenación deberá cambiar para ajustarse a las nuevas tecnologías<sup>10</sup>.

Los grados posibles de utilización de las nuevas tecnologías como instrumento de la actividad procesal son muy diversos. Abarcan desde su empleo como instrumento de trabajo para la elaboración material de actos legalmente previstos en la forma tradicional (por ejemplo redacción de actos escritos mediante programa de tratamiento de texto), hasta la creación de una nueva forma del procedimiento –distinta de la oralidad y de la escritura-, pasando por su uso en los actos de comunicación procesales.

2<sup>a</sup>) Las nuevas tecnologías dan lugar, por otra parte, a nuevas realidades sociales, consiguientemente, también, a nuevas realidades jurídicas, y, por tanto, a nuevas materias litigiosas, sobre las que versará la actividad procesal.

En ocasiones la novedad de la materia litigiosa es absoluta –como ocurre, por ejemplo, con la litigiosidad que enfrenta la asignación de nombres de dominio con los derechos de marca y sobre otros signos distintivos-. En otros casos la materia litigiosa es tradicional, pero el uso social de las nuevas tecnologías origina aspectos novedosos en la litigiosidad –por ejemplo, la contratación celebrada en forma electrónica-.

Este modo de incidencia de las nuevas tecnologías en las instituciones de la jurisdicción y del proceso presenta, como veremos, una gran diversidad y puede ser muy profunda.

Sistematizaré la ponencia en dos partes -además de esta primera introductoria-, referidas, cada una de ellas, a los dos diferentes modos de incidencia. En el lugar correspondiente del sistema se incluirá el especial examen de las cuestiones que indica el subtítulo de la ponencia. Las comunicaciones procesales se examinarán dentro de la primera parte. Las cuestiones referidas a la prueba y a la tutela cautelar tienen sede adecuada en la segunda parte.

---

<sup>10</sup> Acerca de esa interacción *Bielsa/Brenna*, Reforma de la Justicia y nuevas tecnologías, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 74-81.



#### 4. El significado absoluto o relativo de las novedades tecnológicas

Tratar en términos abstractos y absolutos de las nuevas tecnologías y de su incidencia en el proceso conduciría a unas conclusiones poco realistas, de ciencia-ficción procesal.

Prácticamente, las nuevas tecnologías y su incidencia en el proceso se hallan en dependencia, por un lado, del grado de desarrollo social y económico de cada país. Por otro lado, como el desarrollo tecnológico no se ha iniciado precisamente ahora, es conveniente revisar si los ordenamientos procesales han sabido asimilar medios técnicos actualmente no novedosos, sino con un uso social extendido y consolidado.

##### A) *Nuevas tecnologías y grado de desarrollo social y económico*

El progreso social y económico de un país condiciona el grado de implantación y uso social de las nuevas tecnologías informáticas y de la telecomunicación.

En dependencia de ese progreso se entiende, por un lado, el crecimiento de la llamada nueva economía<sup>11</sup>, que, por la necesidad que conlleva de satisfacer nuevas exigencias de seguridad en las transacciones, ha conducido, por ejemplo, a la regulación legal de la firma electrónica y del comercio electrónico<sup>12</sup>. Por otro lado, en los mismos países en los que se incrementa el uso social de las nuevas tecnologías, ya se han producido o se proyectan importantes aplicaciones de las mismas al proceso jurisdiccional<sup>13</sup>.

En este aspecto hay que recordar, con Castells, que “la rápida difusión de Internet está avanzando de manera desigual por todo el planeta. En septiembre de 2000, sobre un total de 378 millones de usuarios de Internet (que representaban el 6,2 % de la población mundial), el 42,6 % de los usuarios estaban en Norteamérica, el 23,8 % en Europa, mientras que en Asia se hallaba un 20,6 % del total (Japón incluido), América Latina el 4 %, Europa del Este el 4,7 %, Oriente Medio un 1,6 % y África un exiguo 0,6 % (con la mayor parte de los usuarios en Sudáfrica)”<sup>14</sup>.

La información solicitada sobre el número de usuarios de Internet en los países miembros del Instituto ha recibido una respuesta desigual. Gozáini, *Informe Argentina*, habla de “*aumento anual progresivo*”; Tavolari, *Informe Chile*, especifica *675.011 usuarios a través de red telefónica y 31.882 con acceso a banda ancha*; Artavía, *Informe Costa Rica*, da cuenta de un *30 % de la población con disponibilidad de acceso personal y un 60 % con alguna posibilidad de acceso*; Soto, *Informe México*, concreta en *5,7 millones los usuarios en 2001*; De Sousa, *Informe Portugal*, apunta un *número aproximado de un millón de usuarios. Para España, datos referidos a abril-*

---

<sup>11</sup> Castells, *La galaxia Internet. Reflexiones sobre Internet, empresa y sociedad*, Plaza y Janés, Madrid, 2001, p. 81-131.

<sup>12</sup> Muñoz Machado, *La regulación de la red. Poder y Derecho en Internet*, Taurus, Madrid, 2000, p. 119 s.

<sup>13</sup> Stadler, *Der Zivilprozess und neue Formen der Informationstechnik* -original de la ponencia presentada por la autora en la Tagung der Vereinigung der Zivilprozessrechtslehrer, celebrada en Zürich, en marzo de 2002-, apartado I, destaca la posición avanzada, en esta materia, de Estados Unidos, Gran Bretaña, Japón y Corea del Sur. Agradezco a la Profesora Stadler la gentileza de haberme remitido su ponencia.

<sup>14</sup> Castells, *La galaxia Internet*, p. 288-289.

mayo de 2001 dan un porcentaje de usuarios del 20'3 % entre la población mayor de catorce años<sup>15</sup>.

No obstante, la dependencia de la incidencia de las novedades tecnológicas en el proceso jurisdiccional respecto del grado de desarrollo social y económico de un país debe ser matizada en dos sentidos importantes para las reflexiones que desarrolla esta ponencia.

1º) La implantación y el uso social de las tecnologías informática y de la comunicación se caracteriza por concentrarse, incluso dentro de un mismo país, en segmentos sociales determinados y en las áreas geográficas habitadas por aquellos. Fuera de esos ámbitos sociales y territoriales existe un elevado número de “desconectados” o “desenganchados”<sup>16</sup>.

Estos datos fundamentan una importante reflexión crítica acerca de la procedencia de generalizar el uso de las nuevas tecnologías como instrumentos para realizar la actividad procesal. Según cómo se regulara ese uso podría infringirse o ponerse en peligro el principio de igualdad en el acceso a la jurisdicción y en la asunción de las posibilidades y cargas establecidas por la ley procesal<sup>17</sup>. La muy diferenciada difusión efectiva de las nuevas tecnologías entre la población constituye una desigualdad material. Hay que precaver frente al riesgo de que una modificación, modernizadora pero no suficientemente meditada, de la forma de los actos procesales y de su comunicación, transforme aquella desigualdad material en una desigualdad jurídica. Es evidente, en este sentido, que, hasta que en un país no se registre una generalización suficientemente significativa de las nuevas tecnologías, no podría establecerse una forma de actos procesales exclusivamente practicable con el empleo de las mismas.

2º) En otro sentido la incidencia de las nuevas tecnologías en el proceso jurisdiccional no depende sólo del desarrollo social y económico del país. También está condicionada por las prioridades políticas que se establezcan para la asignación del gasto público.

En definitiva, la dotación a la jurisdicción de los medios humanos (personal técnico y gastos de formación específica del personal jurisdiccional y auxiliar) y de los medios materiales necesarios para la aplicación de las nuevas tecnologías en la

---

<sup>15</sup> *Asociación para la Investigación de Medios de Comunicación*, Navegantes en la red. Cuarta encuesta AIMC a usuarios de Internet, Julio, 2001.

<sup>16</sup> *Castells*, La galaxia Internet, p. 290-294, específicamente, en p. 291, indica que “En Chile, la difusión de Internet está siendo muy rápida, pero está social y territorialmente limitada: Según encuestas de NUA a fines del 2000, Santiago (donde vive el 40 % de la población) aglutinaba el 57 % de líneas telefónicas, y el 50 % de usuarios Internet. El 26 % de los chilenos en los grupos de renta superiores acumulaban el 70 % de las conexiones a Internet. En Bolivia, donde el desarrollo de Internet comenzó a finales de los noventa, tan sólo el 2 % de la población tenía acceso a Internet desde su domicilio a finales de 1999, pero el grueso de estos hogares se encontraba en La Paz y la división en el uso de Internet entre residentes de La Paz y el resto del país estaba aumentando”; *Cebrián*, La red, p. 98-99; *Rifkin*, La era del acceso. La revolución de la nueva economía, Paidós, Barcelona, 2000, p. 296-300.

<sup>17</sup> Reflexiones a partir de los mismos criterios apuntados en el texto también en *Kodek*, Der Zivilprozess und neue Formen der Informationstechnik -original de la ponencia presentada por el autor en la Tagung der Vereinigung der Zivilprozessrechtslehrer, celebrada en Zürich, en marzo de 2002-, apartado D, 4. Agradezco al Dr. Georg E. Kodek la gentileza de haberme remitido su ponencia, que será próximamente publicada en ZZZP.

realidad del proceso, es un componente más del problema de los recursos presupuestarios destinados a la justicia. Y no es extraño que entre las prioridades de modernización tecnológica de los poderes públicos, el Poder Judicial no haya ocupado los primeros puestos, en los que, generalmente, está instalada la Administración dirigida por el Poder Ejecutivo, y, especialmente, la competente en materia tributaria o fiscal.

A título de ejemplo, en el ámbito español, la aplicación de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas en la actividad de las Administraciones Públicas y de los ciudadanos en relación con las mismas, tuvo una regulación básica (art. 45 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, de 1992) anterior a la que autorizó el uso de aquellas técnicas en la actividad jurisdiccional (el actual art. 230 fue introducido en la Ley Orgánica de Poder Judicial por una reforma de 8 de noviembre de 1994). Pero, además, así como el empleo de estas técnicas en la actividad jurisdiccional se halla pendiente de desarrollos normativos que condicionan su efectividad práctica, estos complementos reglamentarios han sido dictados en lo que se refiere a la aplicación a la actividad administrativa<sup>18</sup>. Por su importancia práctica debe ser destacada la experiencia adquirida en la realización por vía electrónica de procedimientos en materia tributaria<sup>19</sup>.

### ***B) Nuevas tecnologías y pervivencia de problemas respecto de tecnologías que ya no son nuevas***

En el momento presente no sería, en verdad, acertado calificar como nuevas tecnologías la fotografía, las películas cinematográficas, las grabaciones magnetofónicas y videomagnéticas, el telex, el telefax (o telecopia), el telegrama y la telefonía. A pesar de que en el contexto histórico de nuestra civilización, el descubrimiento de esas técnicas es relativamente próximo en el tiempo, la aceleración del progreso tecnológico en los últimos años ha sido tal que las técnicas mencionadas han quedado rápidamente desposeídas del sello de la novedad<sup>20</sup>.

Sin embargo, estas técnicas de ya muy frecuente uso en los países de nuestro ámbito, ofrecen una oportunidad de reflexión sobre la relatividad de la novedad tecnológica y el proceso jurisdiccional. Hay, en efecto, ordenamientos que aún hoy se resisten a la recepción de estos medios técnicos. En la segunda parte de la ponencia examinaremos el estado de esa recepción en cuanto a la forma de los actos de comunicación entre tribunal, partes y terceros.

Me refiero ahora a la cuestión, todavía abierta en algunos ordenamientos de nuestro ámbito, de su recepción como medios de prueba.

---

<sup>18</sup> Real-Decreto 263/1996, de 16 de febrero, por el que se regulan la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración General del Estado; Real Decreto 772/1999, de 7 de mayo, por el que se regula la presentación de solicitudes, escritos y comunicaciones ante la Administración General del Estado, la expedición de copias de documentos y devolución de originales y el régimen de las oficinas de registro.

<sup>19</sup> Puede verse, útilmente, *Segarra Tormo*, Relaciones entre la Administración Tributaria y los contribuyentes por vía electrónica, en "Derecho de Internet", Aranzadi, Pamplona, 2000, p. 583-599; *Linares Gil*, La administración tributaria electrónica, en "Derecho de Internet", p. 601-617.

<sup>20</sup> No se olvide, sin embargo, que la desigual distribución geográfica y social de los avances tecnológicos impide, en una perspectiva mundial, considerarlas como incorporadas al estándar tecnológico general: *Rifkin*, La era del acceso, p. 296-297.

El progreso tecnológico supuso, en cierto momento, el surgimiento, la disponibilidad, de nuevas fuentes de prueba, de nuevos elementos de la realidad extraprocesal aptos para generar convicción acerca de datos generalmente de hecho<sup>21</sup>: la fotografía, la película cinematográfica, las grabaciones magnetofónicas y videomagnéticas, el telegrama, el telex y el telefax. Se abrió así el problema de la introducción de las nuevas fuentes en el proceso, porque no siempre los medios de prueba previstos por la ley procesal eran claramente aplicables para servir de cauce a esa introducción.

En los ordenamientos de nuestro ámbito el problema está actualmente resuelto, por lo general, por previsiones legales expresas de admisión como medio de prueba<sup>22</sup>. También por regla general, el acceso al proceso se produce con arreglo a las normas de la prueba documental, con admisión de prueba accesoria pericial en el caso de que sea impugnado como inauténtico el soporte presentado.

No obstante, en el proceso civil chileno continua faltando norma expresa de admisión como medio de prueba, aunque en la práctica la aportación de soportes de la clase considerada es admitida como prueba documental<sup>23</sup>. Y sólo en tiempos relativamente recientes la cuestión ha sido expresamente resuelta en algunos ordenamientos de nuestro interés. Así, en Costa Rica la expresa admisión se debe a los arts. 369, 391 y 412 del Código de Procedimiento civil entrado en vigor el 3 de mayo de 1990<sup>24</sup>. En España, tras un prolongado periodo en que la jurisprudencia se fue decantando progresivamente por una interpretación conducente a la admisión como medio de prueba<sup>25</sup>, la LEC de 2000 regula un medio de prueba específico para los instrumentos de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen (arts. 382 y 383 LEC de 2000).

En definitiva, la experiencia adquirida respecto de las dificultades de admisión como medios de prueba de instrumentos técnicos que ya contaban con una amplia y prolongada implantación y uso social, ha puesto de manifiesto una resistencia de las normas a responder a las innovaciones tecnológicas que, para el futuro, debería evitarse.

Obviamente, la celeridad del progreso tecnológico no facilita que el legislador acompañe la regulación específica de medios de prueba a la aparición de cada una de las variadas fuentes que ese progreso produce.

Pero, para evitar que el ritmo idóneo para legislar en la materia tenga efectos retardatarios sobre la posibilidad de aprovechamiento probatorio de las nuevas

---

<sup>21</sup> Sigo el concepto de fuente de prueba tan acertadamente diseñado por *Sentís Melendo*, Fuentes y medios de prueba, en "La prueba", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1978, p. 141-172.

<sup>22</sup> *Gozáini*, Informe Argentina; *Chacón*, Informe Guatemala, con cita de los arts. 191 al 193 del Código de Procedimiento Civil y Mercantil; *Soto*, Informe México, citando la fracción VII del art. 93 del Código Federal de Procedimientos Civiles y los arts. 121, 373 y 374 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal; *De Sousa*, Informe Portugal, que aduce el art. 368 del Código Civil.

<sup>23</sup> *Tavolari*, Informe Chile.

<sup>24</sup> *Artavía*, Informe Costa Rica.

<sup>25</sup> *Cervelló Grande/Fernández*, La prueba y el documento electrónico, en "Derecho de Internet", p. 386-388, con recensión de la jurisprudencia más relevante; *Sanchis Crespo*, La prueba por soportes informáticos, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 54-59.

tecnologías, pueden ser útiles normas que atribuyan a los tribunales una potestad discrecional de admitir como medios de prueba fuentes hasta el momento desconocidas o sin expresa regulación de acceso al proceso. Ejemplos de ese tipo de disposición son el art. 93, fracción VII, del mexicano Código Federal de Procedimientos Civiles (“todos aquellos elementos aportados por los desarrollos de la ciencia”) y el art. 299.3 de la LEC española 2000 que acompaña una fórmula similar con la indicación de que la admisión como medio se realizará “adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias”.

## II. LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS COMO INSTRUMENTO DEL PROCESO JURISDICCIONAL

La incidencia más directa de las nuevas tecnologías informáticas y de la comunicación sobre el proceso se produce mediante la utilización de las mismas para la realización de los actos procesales.

Esta utilización puede presentar grados diversos. Desde el uso de un PC y aplicaciones de tratamiento de textos para la elaboración material de actos escritos, hasta el desarrollo en línea de un procedimiento judicial o arbitral. Respecto de todos ellos se plantean cuestiones de interés. Expondré esos grados y sus problemas por orden de intensidad creciente.

Como muestra de la precedentemente destacada relatividad de la incidencia de las nuevas tecnologías, trataré, en los apartados correspondientes, de los problemas de admisión como forma de los actos de comunicación del teléfono, el telex, el telégrafo y el telefax.

### 1. **Utilización de las nuevas tecnologías como instrumento auxiliar para la realización de los actos procesales en las formas tradicionales, escrita u oral**

Este primer grado de aplicación de las nuevas tecnologías ni siquiera altera la forma (escrita u oral) prescrita por la ley para la realización de los actos procesales. Se limita, en unos casos, a la elaboración material de actos escritos. En otros se aplica a aspectos accesorios o complementarios de la actividad procesal.

Las manifestaciones de esta utilización son, principalmente, de tres clases.

#### ***A) Registro de asuntos y seguimiento del estado de tramitación. Archivo de autos.***

El uso de las adecuadas aplicaciones informáticas facilita el registro de los asuntos ingresados en los tribunales, con identificación de sus elementos subjetivos y objetivos esenciales, y el seguimiento del estado de tramitación de los asuntos<sup>26</sup>.

La utilización de estas técnicas repercute, en primer lugar, en la mayor precisión y en la más inmediata disponibilidad de tratamientos estadísticos<sup>27</sup>, que pueden ser útiles tanto para orientar reformas legales, como para adoptar decisiones de planta y demarcación de tribunales o sobre la organización y funcionamiento de la oficina judicial.

---

<sup>26</sup> *Kodek*, Der Zivilprozess und neue Formen der Informationstechnik, apartado B, 2 y 3.

<sup>27</sup> Este es el aspecto que considera, en principio, el art. 146.3 LEC española 2000.



Pero también son posibles, en segundo lugar, consecuencias sobre las potestades del juez y las funciones procesales de sus auxiliares. Un adecuado control informático del estado de tramitación de asuntos facilita al secretario judicial la tarea que la ley le encomiende en relación con el impulso de oficio del procedimiento - impulsarlo él o dar cuenta al juez para que adopte resolución-.

Un registro informático suficiente de los elementos subjetivos y objetivos de cada proceso incoado facilita, hasta posibilitarlo realmente, el control de oficio de la litispendencia y de la cosa juzgada, que, aunque se halle normativamente establecido, es absolutamente improbable si el tribunal ha de obtener la información a través de registros manuales tradicionales<sup>28</sup>.

En fin, una aplicación para aspectos accesorios de las actividades procesales es la referida al archivo de autos. El empleo de métodos de microfilmación o de almacenamiento en soportes informáticos, reduce los costes de conservación y facilita la consulta de los archivos<sup>29</sup>. La nueva redacción del § 299a ZPO, que autoriza, bajo condiciones, a certificar a partir de la microfilmación o del archivo en soporte informático adecuado persigue, fundamentalmente, una mejor gestión del archivo de procesos concluidos<sup>30</sup>.

### **B) *Elaboración material de actos procesales escritos***

La utilización de aplicaciones informáticas de tratamiento de texto y de bases de datos facilita la elaboración material de actos procesales escritos del juez, de sus auxiliares<sup>31</sup> y de las partes. Incluso puede contribuir a la mejora de la calidad técnico-jurídica de esos actos.

En primer lugar, permite ahorrar esfuerzos en la elaboración de los actos en cuanto a aquellos elementos de los mismos que son repetitivos, bien sea en los actos de la clase de que se trate, bien sea en los actos de un determinado proceso. Podrían etiquetarse como las ventajas de la informatización de los formularios o modelos de actos<sup>32</sup>.

Si a lo anterior se le añade la accesibilidad a bases de datos legislativos y jurisprudenciales, con posibilidad de integrar los resultados pertinentes en la motivación de la resolución judicial o en la fundamentación del acto de parte que la precise, el apoyo técnico puede llegar a influir en la calidad técnica intrínseca de los

---

<sup>28</sup> Véase, en general, sobre la apreciación de oficio y sobre las dificultades prácticas de la misma, *De la Oliva Santos*, Sobre la cosa juzgada, Editorial CERA, Madrid, 1990, 106-108; *Málaga Dieguez*, La litispendencia, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1999, p. 320-324, 347-348, 444-445.

<sup>29</sup> *Carelli*, Comunicación Argentina.

<sup>30</sup> Véase, en este sentido, la *Begründung* del proyecto de ley en *Deutscher Bundestag*, *Drucksache* 14/4987, p. 23, 25.

<sup>31</sup> Esta finalidad y las de registro y gestión de asuntos son el principal resultado de la informatización judicial establecida con el programa *Habilus*, del que informa *De Sousa*, Informe Portugal; y en España con los programas *Libra*, *Adriano*, *Atlante*, *Temis 2*, *Cicerone* y *EJ*, a cuyas prestaciones reales se refiere *Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial*, Informe sobre la incidencia de la aplicación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, en "Tribunales de Justicia", diciembre 2001, p. 42.

<sup>32</sup> Un avance mayor lo aportan los programas informáticos diseñados para servir de apoyo a la elaboración de resoluciones judiciales, siempre que se utilicen como medio auxiliar y que no se abandone en los mismos la integra elaboración de la resolución; acerca de esto véase *Kodek*, *Der Zivilprozess und neue Formen der Informationstechnik*, apartado B, 6.



actos, aunque, obviamente, no la garantice, por la decisiva influencia, en este aspecto, de la personalidad y la formación del jurista.

Bajo esta utilidad se esconden viejos y nuevos riesgos. También nuevas ventajas.

Los intentos antiguos de estandarizar contenidos de actos procesales escritos - documentos impresos con campos a cumplimentar según los elementos del caso concreto- condujeron, en ocasiones, a la corruptela de las resoluciones judiciales que, contra lo dispuesto en la ley, sustituían la motivación por una simple apariencia de la misma, dado que su contenido no versaba sobre los aspectos concretos del caso singular. Ese riesgo subsiste con la elaboración informatizada de actos escritos, y, en cierto modo, aumenta su sofisticación porque, por ejemplo, con la incorporación de resultados de busca en bases de datos jurisprudenciales una sentencia puede presentar una imagen perfecta de motivación suficiente, aunque escamotee la explicación de los razonamientos que han conducido a la decisión adoptada para el caso concreto.

En cuanto a las nuevas ventajas: una elaboración correcta desde el punto de vista técnico-jurídico de las bases de datos jurisprudenciales y una utilización adecuada de las mismas, puede ser un importante instrumento auxiliar para aproximarse al objetivo de la igual aplicación de la ley a los casos iguales. No en el sentido de que las interpretaciones deban quedar cristalizadas, pero sí en el de que las divergencias de interpretación han de obedecer a una decisión consciente e informada y es conveniente que se motiven específicamente.

### ***C) Documentación de los actos procesales orales y medios de grabación y reproducción de la imagen y el sonido***

Sin alterar la forma de realización de los actos orales -es decir, manteniendo el requisito de la presencia física de los intervinientes en el acto ante el tribunal- las tecnologías de la imagen y el sonido (grabación magnetofónica, videomagnética y en soporte digital) pueden utilizarse para mejorar la documentación, superando los límites de la documentación escrita<sup>33</sup>.

En todo caso se consigue que la conservación del contenido de las intervenciones orales sea más completa y precisa que la de un acta escrita<sup>34</sup>. Si la técnica aplicada comprende la grabación de imágenes de los intervinientes se logra, incluso, conservar una parte de los elementos que hacen útil la intermediación en la práctica de los medios de prueba personales: los componentes de expresión corporal que, más o menos conscientemente, acompañan a la declaración de la parte o del testigo y que sirven al tribunal para valorar la fiabilidad de la misma. Cualquiera de las técnicas aplicables resuelve mejor que el acta escrita los problemas que plantea la oralidad de la primera instancia cuando resulta necesario apreciar nuevamente la prueba en recursos contra la sentencia.

Obviamente el pleno cumplimiento de la función de esta forma de documentar requiere la intervención del fedatario público judicial, que incorpora a la materialidad de la documentación la especial eficacia jurídica de fehaciencia.

En términos generales no puede decirse que los ordenamientos de nuestro ámbito estén muy avanzados en esta materia.

---

<sup>33</sup> *Kodek*, Der Zivilprozess und neue Formen der Informationstechnik, apartado B, 5, c.

<sup>34</sup> *Carelli*, Comunicación Argentina.

Para Argentina la Ley 25.488 ha reformado el art. 125 del Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación, que establece la documentación de audiencias mediante fonograbación, aunque el tribunal puede autorizar el uso de otros medios disponibles<sup>35</sup>. Chile, Guatemala y México siguen conservando la norma de documentación escrita<sup>36</sup>. En Costa Rica, la documentación por grabación, dispuesta por el art. 152 del Código de Procedimiento Civil, es poco utilizada en la práctica<sup>37</sup>. En el proceso civil portugués es preceptiva la documentación por grabación sonora, aunque también pueden utilizarse otras técnicas disponibles (art. 522 CPC)<sup>38</sup>. La LEC española de 2000 dispone que las vistas y comparencias se registrarán “en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen” (art. 147 LEC 2000), aunque se acompañarán de documentación por escrito de ciertos elementos esenciales del acto (art. 146 LEC 2000)<sup>39</sup>.

Una aplicación muy específica de las novedades tecnológicas en las vistas y juicios orales consiste en su utilización como medio auxiliar para la exposición de dictámenes periciales. Desde el empleo de técnicas audiovisuales para facilitar la comprensión, pasando por la preparación de simulaciones por ordenador -por ejemplo, sobre el modo de acaecimiento de un accidente de tránsito-, hasta el uso de técnicas informáticas de interacción, que permiten al juzgador captar de manera muy viva el probable desarrollo de unos hechos<sup>40</sup>. Contra la apariencia, en estos casos no hay un cambio sustancial en la forma de exponer el dictamen pericial, sino simplemente el uso de medios auxiliares de exposición para facilitar la comprensión de realidades u opiniones de naturaleza científico-técnica que pueden ser complejas. Las dudas sobre la admisión de estas técnicas no son fundadas siempre que la ley autorice o imponga la exposición del dictamen en la vista. Pero disposiciones expresas, como la del art. 347, párrafo tercero, 1º LEC española 2000, contribuyen a vencer eventuales reticencias.

## **2. Nuevas formas de realización de ciertas clases de actos procesales: Incidencia de las nuevas tecnologías en los actos de comunicación del tribunal con las partes y con terceros, en el auxilio judicial y en el auxilio a la justicia y en la presentación por las partes de actos “escritos” al tribunal.**

La forma de relación social en la que las nuevas tecnologías han hecho notar más intensamente su influencia ha sido la telecomunicación. Es comprensible que la parte del ordenamiento procesal en la que primero se ha producido la recepción de nuevas tecnologías, o en el que esa recepción se considera más razonable y deseable, es la que rige los actos procesales de comunicación (en sentido amplio) y los actos que

---

<sup>35</sup> Gozáini, Informe Argentina.

<sup>36</sup> Tavolari, Informe Chile, Chacón, Informe Guatemala, Soto, Informe México.

<sup>37</sup> Artavía, Informe Costa Rica.

<sup>38</sup> De Sousa, Informe Portugal.

<sup>39</sup> En la práctica se utiliza tanto la grabación en video, como en soporte CD: *Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial*, Informe sobre la incidencia de la aplicación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, en “Tribunales de Justicia”, diciembre 2001, p. 41.

<sup>40</sup> Stadler, *Der Zivilprozess und neue Formen der Informationstechnik*, apartado V, 1, ofrece interesante información, al igual que Kodek, *Der Zivilprozess und neue Formen der Informationstechnik*, apartado B, 5, e.

para surtir los efectos que les son propios precisan de una posterior comunicación o presentación.

Se comprenden en la anterior delimitación: 1º) los actos de comunicación en sentido estricto, dirigidos por el tribunal a las partes y a terceros; 2º) los actos de requerimiento de auxilio judicial, de requerimiento de cooperación entre tribunales; 3º) los actos de auxilio a la justicia, dirigidos por un tribunal a otros titulares de poderes públicos; 4º) la comunicación al tribunal requirente de los actos practicados para la prestación del auxilio; y 5º) la presentación al tribunal de actos de parte o de terceros en cuanto proceda.

El punto de partida, en cuanto a la forma de estos actos, era el de forma escrita, con transmisión al destinatario de un original o de una copia fehaciente (o con publicación para conocimiento general) y con garantía de fehaciencia respecto del desarrollo del *iter* de la comunicación. En la evolución posterior, la aplicación de algunas nuevas técnicas (correo, telegrama, telex, telefax) conduce a prescindir de la fehaciencia en diversa medida. Otras tecnologías (teléfono, correo electrónico) no sólo afectan al modo de transmisión, sino que también cambian el soporte de la información transmitida.

La aplicación de las tecnologías de la comunicación más avanzadas redundan, principalmente, en un acortamiento del tiempo necesario para la comunicación, lo que tiene consecuencias ventajosas sobre el desarrollo del procedimiento: 1º) contribuye a la menor duración del procedimiento, pero no menguando el tiempo razonable que el tribunal, sus auxiliares y las partes necesitan para preparar su actividad procesal<sup>41</sup>, sino eliminando los “tiempos muertos” que genera la transmisión de los actos; 2º) satisface la urgencia real o implícita en la realización de algunos de estos actos procesales, principalmente los destinados a la solicitud y al otorgamiento de las tutelas cautelar y ejecutiva.

#### **A) Actos de comunicación del tribunal dirigidos a las partes y a terceros**

Aunque actualmente ya no pueden considerarse una tecnología novedosa, hay que examinar en qué medida los ordenamientos de nuestro ámbito autorizan la práctica de estos actos de comunicación mediante telegrama, telefax, telex o por vía telefónica.

En Argentina, el art. 136 del CPCCN autoriza ahora la notificación -salvo la de determinados actos- por telegrama certificado<sup>42</sup>. En Chile, la ley no permite estos medios, pero en la práctica la comunicación telefónica es utilizada en algunos supuestos<sup>43</sup>. Junto a una autorización limitada de la comunicación por telegrama y teléfono, Costa Rica cuenta con una detallada regulación de la comunicación por telefax, que es aplicada con frecuencia<sup>44</sup>. La nueva LEC española, con excepción de ciertos actos dirigidos a las partes y a los procuradores que las representan procesalmente, autoriza la comunicación por telegrama y telefax, aunque omite la

---

<sup>41</sup> El abogado, que, a diferencia del tribunal, tiene su actividad sujeta a plazos preclusivos, puede apurar los plazos si sabe que puede hacer llegar el acto, por correo electrónico, en el último minuto del plazo: *Stadler*, *Der Zivilprozess und neue Formen der Informationstechnik*, apartado II, 2, b, cc. En este mismo sentido, las reflexiones de *Albarenga/Nieto/Velazco*, *Comunicación Argentina*.

<sup>42</sup> *Gozaini*, Informe Argentina.

<sup>43</sup> *Tavolari*, Informe Chile.

<sup>44</sup> *Artavía*, Informe Costa Rica.

mención del teléfono (art. 160 LEC 2000)<sup>45</sup>. El ordenamiento guatemalteco desconoce estos medios<sup>46</sup>, que sólo de modo muy limitado son autorizados por los Códigos mexicanos Federal y del Distrito Federal<sup>47</sup>. El Derecho portugués permite el telefax, en caso de urgencia, el telegrama, y, limitadamente, la comunicación telefónica<sup>48</sup>.

Un paso adicional en la incidencia de las nuevas tecnologías en esta materia, consiste en la autorización de los medios telemáticos.

En los ordenamientos que centran nuestra atención esta forma de comunicación no está en absoluto prevista en Argentina, Chile, Guatemala<sup>49</sup>. No está autorizada para estos actos de comunicación en Costa Rica<sup>50</sup> y sólo con importante esfuerzo interpretativo podría entenderse reconocida por el mexicano Código Federal de Procedimientos Civiles<sup>51</sup>.

En un estadio más avanzado de la recepción de estos nuevos medios se hallan los ordenamientos portugués y español, que cuentan, al menos, con una habilitación legal de principio, que, de momento, tiene escasa efectividad práctica, porque faltan desarrollos normativos de inferior rango y, sobre todo, el asentamiento de una infraestructura técnica de amplitud suficiente que posibilite la aplicación.

El art. 138.º del portugués Código de Processo Civil dispone que “É permitido o uso de meios informáticos no tratamento e execução de quaisquer actos ou peças processuais”. No obstante, *De Sousa*, Informe Portugal, advierte que esta forma de comunicación todavía no se usa con regularidad.

En Derecho español -al que me referiré para un desarrollo algo más amplio de los problemas- la autorización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos se asienta sobre

1º) Una disposición general –en cuanto no sólo es aplicable a actos procesales de comunicación, sino a todos los actos procesales- que establece unos requisitos especiales para la validez y eficacia de los actos realizados por los medios citados y una normalización técnica controlada por el CGPJ (art. 230 LOPJ española en la redacción de LO 16/1994).

2º) Una disposición específica respecto a los actos de comunicación en el proceso civil, que autoriza el uso (obviamente condicionado a la disponibilidad material de los medios necesarios) y subordina la validez y eficacia a específicos requisitos (que los medios técnicos garanticen la autenticidad de la comunicación y de su contenido, la constancia fehaciente de la remisión y recepción íntegras y del momento en que se hicieron). Es el art. 162 LEC española 2000.

---

<sup>45</sup> Acerca de esta exclusión *Cubillos López*, La comunicación procesal en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, EDERSA, Madrid, 2001, p. 167-171.

<sup>46</sup> *Chacón*, Informe Guatemala.

<sup>47</sup> *Soto*, Informe México.

<sup>48</sup> *De Sousa*, Informe Portugal.

<sup>49</sup> *Gozáini*, Informe Argentina -no obstante, hay que atender a las posibilidades que abren los arts. 47 y 48 de la Ley 25.506 de Firma Digital-; *Tavolari*, Informe Chile -no obstante, hay que atender a las posibilidades que abren los arts. 6 al 10 de la Ley 19.799 sobre Documentos Electrónicos-; *Chacón*, Informe Guatemala. La previsión expresa de este medio de comunicación aparece en el anteproyecto de Código de Procedimiento de la Provincia argentina de Chubut, como informan *Albarenga/Nieto/Velazco*, Comunicación Argentina.

<sup>50</sup> *Artavía*, Informe Costa Rica.

<sup>51</sup> *Soto*, Informe México.

No obstante, la aplicación práctica de esta forma de los actos de comunicación, en principio autorizada por la ley, está subordinada a otros condicionamientos de naturaleza muy diversa.

a) *La disponibilidad material de los medios técnicos*

Este primer condicionamiento comprende desde la más estricta acepción de disponibilidad (posesión de los medios técnicos con las conexiones necesarias), hasta la adecuada solución de problemas de compatibilidad de sistemas informáticos y de comunicación<sup>52</sup>.

La importancia de este condicionamiento material es diversa según quienes deban ser destinatarios de la comunicación a tenor del correspondiente ordenamiento procesal. Si las comunicaciones han de dirigirse a las partes y éstas deben actuar representadas por profesionales forenses, y más si estos han de integrarse en organizaciones colegiales, resulta más fácil posibilitar materialmente las comunicaciones en esta forma<sup>53</sup>.

En este sentido puede observarse el importante papel de los colegios profesionales en experiencias o proyectos como los siguientes: 1º) el sistema informático judicial del País vasco, que técnicamente posibilita la transmisión de notificaciones desde equipos informáticos de los tribunales a los del Colegio de Procuradores<sup>54</sup>; 2º) el proyecto de aplicación informática entre el Tribunal Supremo y el Colegio de Procuradores de Madrid, para posibilitar las notificaciones en forma telemática con los procuradores que actúan ante el tribunal Supremo<sup>55</sup>; 3º) el “Proyecto para la comunicación telemática de notificaciones y escritos entre los juzgados y los procuradores de Zaragoza”<sup>56</sup>; 4º) el “Proyecto Legalnet de la Comunidad Autónoma valenciana”<sup>57</sup>.

Problemas específicos pueden surgir si, de acuerdo con el ordenamiento, pueden o deben actuar por la parte profesionales distintos (por ejemplo, en España, los procuradores en funciones de representación procesal, los abogados en funciones de defensa técnica), porque el tratamiento y solución de los aspectos técnicos del nuevo medios de comunicación da oportunidad para que afloren cuestiones referidas a la atribución de funciones a los profesionales afectados.

Obviamente las dificultades son mayores cuando las comunicaciones han de dirigirse a las partes todavía no personadas en el proceso o a terceros que no deban comparecer con intervención de profesionales forenses.

---

<sup>52</sup> Con referencia a estos problemas *Lesmes Serrano*, Las nuevas tecnologías y la Administración de Justicia, en “Derecho de Internet”, p. 377-378; *Cubillo López*, La comunicación procesal en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, p. 180-181.

<sup>53</sup> Considerando estas circunstancias también *Kodek*, Der Zivilprozess und neue Formen der Informationstechnik, apartado B, 3.

<sup>54</sup> *Cubillo López*, La comunicación procesal en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, p. 184-185.

<sup>55</sup> *Cubillo López*, La comunicación procesal en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, p. 186-187.

<sup>56</sup> Información remitida por el Ilustre Colegio de Procuradores de los Tribunales de Zaragoza.

<sup>57</sup> Información remitida por la Dirección General de Justicia de la Consellería de Justicia y Administració Pública de la Generalitat valenciana.



Sólo cabe hacer una excepción a lo último: las comunicaciones dirigidas a empresas y, especialmente, a entidades financieras, dada la ágil adopción por las mismas de las nuevas tecnologías. La importancia del uso de los nuevos medios de comunicación en los actos que deban dirigirse a estas entidades se pone principalmente de manifiesto cuando con una actuación rápida se puede frustrar la creación de situaciones de insolvencia.

Mención especial merece el uso de nuevos medios de comunicación en las comunicaciones edictales o consistentes en publicación de anuncios de interés general (por ejemplo, convocatorias de subastas de bienes)<sup>58</sup>. Se trata de sustituir o de complementar las formas tradicionales de difusión (inserción en tablón de anuncios del tribunal o en periódicos oficiales o no) por la inserción en un sitio web del tribunal o de unos servicios judiciales comunes. La complementariedad no ofrece dudas. La sustitución depende de la disposición legal. Si debe ser autorizada es un tema a examinar *lege ferenda*, en atención al fin perseguido por los actos de comunicación consistentes en publicación –máxima difusión de la información: ¿es probable con los medios actuales? ¿Sería mayor con los nuevos medios, atendida la conexión a la red en una comunidad dada?-. *Lege data* la cuestión puede considerarse planteada si la norma sobre comunicación edictal en vez de precisar la forma de realizarla, utiliza cláusulas indeterminadas del estilo de “cualquier forma idónea para producir una publicidad suficiente”.

b) *La garantía de cumplimiento efectivo de los requisitos de los que legalmente se hace depender la validez y eficacia de los actos de comunicación realizados con medios electrónicos, informáticos y telemáticos*

Normalmente la ley impone específicos requisitos para la validez y eficacia de los actos de comunicación realizados por los medios mencionados: autenticidad –es decir, que el acto provenga del titular del órgano que dice expedirlo- integridad y no alteración del contenido, momentos de expedición y de recepción por el destinatario<sup>59</sup>.

Atendida la formulación legal, la validez y eficacia del acto de comunicación no puede depender de que el destinatario no impugne el acto por carencia de los requisitos exigidos, sino que es el tribunal el que no debe darle efectos si, previamente, no verifica tal cumplimiento. Por otra parte, no sería razonable un régimen que obligara a los tribunales a verificar respecto de cada acto concreto de comunicación y según el medio de comunicación utilizado, si cumple los requisitos legales reseñados. La tramitación del proceso resultaría impedida por constantes comprobaciones periciales y testificales referidas, además, a cuestiones de procedimiento.

Las normas muy genéricas de autorización de uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos resultan incompletas desde la perspectiva de una aplicación frecuente y generalizada. Están necesitadas de unas normas complementarias -de rango legal o infralegal- que especifiquen qué clase de medios reúnen las características técnicas que garantizan el cumplimiento de los requisitos legales.

---

<sup>58</sup> Acerca de la idoneidad de las nuevas tecnologías para facilitar la publicidad, *Kodek*, Der Zivilprozess und neue Formen der Informationstechnik, apartado D, 4.

<sup>59</sup> Así lo hace el art. 162.2 LEC 2000, según el cual tales medios podrán utilizarse si permiten “el envío y la recepción de escritos y documentos, de forma tal que esté garantizada la autenticidad de la comunicación y de su contenido y quede constancia fehaciente de la remisión y recepción íntegras y del momento en que se hicieron”.



Se llega, por este camino, a la necesidad de un régimen jurídico de la seguridad de las comunicaciones electrónicas, que suele concretarse en la regulación de la firma electrónica, en general y también de los específicos requisitos de su aplicación a los actos de un proceso<sup>60</sup>.

En consecuencia, tanto por razones de hecho, como de derecho, las previsiones de los preceptos españoles mencionados más arriba no tienen aún efectiva realidad<sup>61</sup>

### **B) Actos de auxilio judicial**

A la actividad de comunicación, que es un aspecto común con las anteriores clases de actos, se añade aquí que el destinatario es otro órgano jurisdiccional que debe, según ley, ejercitar ciertas potestades propias para permitir o facilitar el desarrollo y efectos de un proceso dirigido por el órgano jurisdiccional que requiere su cooperación.

La incidencia de las nuevas tecnologías en el régimen del auxilio judicial es doble.

#### *a) La utilización de nuevas tecnologías permite reducir los casos en los que es necesario acudir al auxilio judicial*

Esta primera consecuencia tiene dos manifestaciones cuya importancia y grado de novedad son muy diferentes.

La primera se produce respecto de una determinada regulación de los actos de comunicación. Si estos sólo pudieran practicarse mediante la entrega por un funcionario judicial de un documento al destinatario o receptor subsidiario, y estas personas tienen la residencia fuera de la demarcación del tribunal que necesite notificar, la realización del acto de comunicación precisa el complemento del auxilio judicial (por ejemplo, el art. 165 LEC 2000). En cuanto se autoriza la comunicación por envío postal, telegrama, telefax, telex o correo electrónico queda eliminado el paso intermedio del auxilio judicial del tribunal del lugar donde debieran practicarse los actos de comunicación por entrega.

La segunda manifestación es mucho más novedosa. Puede ser también preceptiva la utilización del auxilio judicial para la práctica de medios de prueba consistentes en la recepción de declaración a personas (declaración de partes, de testigos, exposición de dictámenes por los peritos y explicaciones adicionales) o en el reconocimiento de personas, que por cualquier causa legítima no deban comparecer

---

<sup>60</sup> En este sentido *Lesmes Serrano*, Las nuevas tecnologías y la Administración de Justicia, en “Derecho de Internet”, p. 382-384; también la reflexión de *Albarenga/Nieto/Velazco*, Comunicación Argentina. Efectivamente los proyectos mencionados poco antes en el texto se basan en la aplicación de la firma digital, basada en sistema de criptografía de clave pública.

Igualmente es requerida la aposición de firma electrónica simple o cualificada, según los casos, por el nuevo § 175, apartado 3 ZPO, sobre el que véase *Stadler*, Der Zivilprozess und neue Formen der Informationstechnik, apartado III, 1. En fin, también impone este requisito, en el Derecho italiano, el *Regolamento recante disciplina sull'uso di strumneti informatici e telematici nel processo civile*, aprobado el 26 de enero de 2001 y que debería entrar en vigor el 1 de enero de 2002, sobre el que puede verse *Carpi/Taruffo*, Comentario breve al Codice di Procedura Civile, CEDAM, Padova, 2002, p. 373-374.

<sup>61</sup> Así lo hace constar el *Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial*, Informe sobre la incidencia de la aplicación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, p. 42: “Al margen del fax no existe posibilidad técnica real de efectuar comunicaciones por vía telemática”.

ante el tribunal que dirige el proceso, o en el reconocimiento de objetos que no puedan ser trasladados ante él o no es conveniente que lo sean.

Las nuevas tecnologías que permiten la transmisión del sonido (comunicación telefónica) y de la imagen y el sonido (videoconferencia) permiten evitar el auxilio judicial<sup>62</sup>, salvo el matiz que luego diré, y con grandes ventajas. Evita las actividades de envío de documentación, de acuse de recibo y las de formación de una documentación sobre el resultado del acto. No puede, en cambio, dispensar la actuación del tribunal de la residencia del declarante o de ubicación de la cosa, que deberá realizar las comunicaciones necesarias para preparar la videoconferencia y asegurar la prestación de fe pública judicial en uno de los puntos de la comunicación. Ciertamente reduce los retrasos que se originan en la prestación del auxilio, pero la principal ventaja es la mejora de la calidad del acto de recepción de la prueba, porque posibilita conservar básicamente los factores que provee la intermediación para la mejor apreciación de la prueba<sup>63</sup>.

En los ordenamientos de nuestro ámbito, la sustitución del auxilio judicial para recepción de pruebas por técnicas de videoconferencia no está expresamente reconocida en Argentina<sup>64</sup>, Chile<sup>65</sup>, Costa Rica -salvo en procedimientos arbitrales-<sup>66</sup>, Guatemala<sup>67</sup>, ni en México -aunque se podría argumentar a favor con base en una reciente reforma de Código Federal de Procedimientos Civiles-<sup>68</sup>.

En Portugal, la teleconferencia y la videoconferencia tienen reconocimiento expreso en el art. 623 CPC, en la redacción de una reforma de 2001, y, además, esta técnica cuenta con una práctica importante<sup>69</sup>.

La nueva redacción del § 128a ZPO posibilita, si hay acuerdo de las partes -por tanto, más allá de los casos de auxilio judicial-, la declaración de testigos, peritos y de las partes mediante videoconferencia<sup>70</sup>.

El Reglamento (CE), núm. 1206/2001, de 26 de mayo, sobre cooperación judicial de los tribunales de los Estados miembros de la Unión Europea para la prueba en materia civil y mercantil, que entrará en vigor en 2004, autoriza y potencia la aplicación de esta técnica.

En el ordenamiento español el carácter muy genérico de la autorización contenida en el art. 230 LOPJ dio lugar -a pesar de la sonada presentación, en diciembre de 2001, de un plan de implantación del sistema de videoconferencia en la Administración de Justicia- a una primera Instrucción de la Fiscalía General del Estado, la número 1/2002, contraria al empleo de esa técnica por falta de suficiente

---

<sup>62</sup> No es éste el único supuesto de posible aplicación de técnicas de videoconferencia. En el siguiente apartado B veremos otros y consideraremos brevemente los problemas que origina el empleo de esa técnica respecto de los poderes de dirección del tribunal y de las posibilidades procesales de las partes.

<sup>63</sup> *Stadler*, *Der Zivilprozess und neue Formen der Informationstechnik*, apartado V, 3, a, cc.

<sup>64</sup> *Gozaini*, Informe Argentina; *Carelli*, Comunicación Argentina, resalta las ventajas de su empleo.

<sup>65</sup> *Tavolari*, Informe Chile.

<sup>66</sup> *Artavía*, Informe Costa Rica.

<sup>67</sup> *Chacón*, Informe Guatemala.

<sup>68</sup> *Soto*, Informe México.

<sup>69</sup> *De Sousa*, Informe Portugal.

<sup>70</sup> *Stadler*, *Der Zivilprozess und neue Formen der Informationstechnik*, apartado V, 3.

cobertura legal. No obstante, en la Instrucción número 2/2002, la Fiscalía General del Estado matiza el alcance de sus criterios -en todo caso principalmente referidos al proceso penal- y deja a salvo, entre otras, precisamente la aplicación como complemento del auxilio judicial.

b) *Agilización del requerimiento del auxilio y de la comunicación de su resultado al requirente*

Aunque no se alcance una aplicación tan innovadora como la reseñada en el apartado anterior, las nuevas tecnologías -y algunas no tan nuevas- inciden en el auxilio judicial acortando los plazos para solicitarlo y los de comunicación de sus resultados por parte del tribunal encargado de prestarlo.

La autorización por los ordenamientos de medios de comunicación más ágiles que el envío postal, presenta diversas formas, aunque algunos ordenamientos siguen cerrados a todas ellas<sup>71</sup>.

En unos casos el uso de estos medios se establece si concurren razones de urgencia. Así los arts. 289 y 293, párrafo segundo de la LEC española de 1881, respecto del telex, telégrafo y teléfono, medios que, por otra parte, debían ser complementados por una posterior comunicación por vía ordinaria.

Algunos ordenamientos no subordinan el uso a especiales razones de urgencia, sino que lo autorizan en general.

En Argentina está autorizada la comunicación telegráfica, pero no otros medios de telecomunicación, incluidos los telemáticos<sup>72</sup>. Respecto de México una reforma del art. 210-A del Código Federal de Procedimientos Civiles podría considerarse que permite cualquier medio de telecomunicación<sup>73</sup>.

Un reconocimiento expreso que incluye medios telemáticos lo encontramos en el Derecho costarricense (art. 6 bis LOPJ de 1997)<sup>74</sup>, portugués (art. 1 Decreto-Ley 27 de febrero de 1992, respecto al telefax, y art. 138.5º CPC, en cuanto a los medios informáticos) y en el ordenamiento español (arts. 172 y 175 LEC 2000), aunque el uso efectivo de estos medios no es frecuente<sup>75</sup>.

Requisitos de la comunicación a efectos de auxilio judicial son que la técnica aplicada garantice la autenticidad, integridad y seguridad.

Habida cuenta de entre quién se establece la comunicación en caso de auxilio judicial -conjunto de órganos jurisdiccionales del Estado-, los requisitos mencionados pueden alcanzarse mediante el establecimiento de una red corporativa (Intranet), cuyos aspectos técnicos y jurídicos serán unitariamente regulados para garantizar el cumplimiento de aquellos requisitos<sup>76</sup>.

---

<sup>71</sup> *Tavolari*, Informe Chile; *Chacón*, Informe Guatemala.

<sup>72</sup> *Gozáini*, Informe Argentina. No obstante, hay que atender a las posibilidades que abren los arts. 47 y 48 de la Ley 25.506 de Firma Digital.

<sup>73</sup> *Soto*, Informe México.

<sup>74</sup> *Artavía*, Informe Costa Rica.

<sup>75</sup> *Artavía*, Informe Costa Rica; *De Sousa*, Informe Portugal; para España, *Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial*, Informe sobre la incidencia de la aplicación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, cit., p. 42-43.

<sup>76</sup> Este parece el sentido de la referencia de los arts. 172 y 175 LEC española de 2000, al sistema informático judicial. Igualmente, para Portugal, *De Sousa* informa que es un desarrollo posible del programa HABILUS, en el que la seguridad podría garantizarse con el uso de un *password*, sin requerir el empleo de firma electrónica. En Austria existe, desde 1989, una red cerrada de

El carácter definido del círculo de las entidades entre las cuales puede establecerse la comunicación y la estabilidad y continuidad de la misma, posibilita soluciones de seguridad del tipo EDI (Electronic Data Interchange)<sup>77</sup>.

Si no se opta por esa alternativa -opción que, por otra parte, no excluye la aplicación complementaria de técnicas de firma electrónica- la garantía de la comunicación segura -autenticidad, integridad y recepción del acto en forma electrónica- conduce, como en el caso de comunicación a las partes y a terceros, al régimen jurídico de la firma electrónica y su específica aplicación a los actos judiciales.

### **C) Actos de auxilio a la Justicia**

Al sustrato común de la actividad de comunicación y de que ésta va dirigida a recabar una cooperación necesaria o procedente para la consecución de los fines de un proceso, se añade el dato de que la cooperación ha de ser prestada por un órgano público, en ejercicio de sus competencias, sujeto a normas jurídicas<sup>78</sup>. Lo último puede generar específicos problemas en el caso de nuevas -y menos nuevas- tecnologías de la comunicación, derivados de la falta de coordinación de las normas rectoras del requerimiento de auxilio y de las que rigen la actuación del órgano que debería prestarlo.

No obstante, en los ordenamientos de nuestro ámbito, son pocos los que admiten la comunicación por medios distintos a los tradicionales. Telegrama, telefax, teléfono y, por descontado, medios electrónicos son en absoluto desconocidos en Argentina<sup>79</sup>, Chile<sup>80</sup>, Guatemala<sup>81</sup>, y sólo con esfuerzos interpretativos podrían entenderse admitidos en México<sup>82</sup>.

Examinaremos la amplitud de su admisión en otros ordenamientos, así como los específicos problemas antes apuntados.

---

comunicaciones entre los tribunales, *Stadler*, *Der Zivilprozess und neue Formen der Informationstechnik*, apartado II, 3, b. En España la competencia para dotar de medios materiales -entre ellos, los informáticos- a la Administración de Justicia se distribuye entre el Estado y algunas Comunidades Autónomas, lo que ha conducido a problemas en cuanto a la intercomunicabilidad de redes y a dificultades en la aplicación para auxilio judicial en el ámbito de todo el Estado. Estos problemas se resolverán con el denominado “punto neutro judicial”, diseñado y supervisado por el Consejo General del Poder Judicial.

<sup>77</sup> *Martínez Nadal*, Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación, Civitas, Madrid, 2000, p. 29-30; *Juliá Barceló*, Comercio electrónico entre empresarios. La formación y prueba del contrato electrónico (EDI), Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 66 ss.

<sup>78</sup> El auxilio a la justicia requerido para obtener, con finalidad probatoria, información de la que disponen órganos del poder público por razón de su competencia, puede no resultar necesario en la medida en que el ordenamiento autorice a los tribunales el acceso directo a las bases de datos de aquellos órganos y en que las estructuras técnicas estén configuradas para posibilitar ese acceso. Según informe *De Sousa*, en Derecho portugués hay muestras de esta aplicación de las nuevas tecnologías.

<sup>79</sup> *Gozalini*, Informe Argentina. No obstante, hay que atender a las posibilidades que abren los arts. 47 y 48 de la Ley 25.506 de Firma Digital.

<sup>80</sup> *Tavolari*, Informe Chile. No obstante, hay que atender a las posibilidades que abren los arts. 6 al 10 de la Ley 19.799 sobre Documentos Electrónicos.

<sup>81</sup> *Chacón*, Informe Guatemala.

<sup>82</sup> *Soto*, Informe México.

a) *Autorizaciones limitadas de uso y autorización general*

También aquí, como en los actos de auxilio judicial, los medios de comunicación diferentes al traslado por vía postal de documento escrito en papel pueden estar previstos sólo para casos de urgencia y, además, sin perjuicio de confirmación en la forma ordinaria. Así ocurría con el art. 299 de la LEC española de 1881. Es obvia la utilidad de esta previsión para los actos de auxilio necesarios para el cumplimiento de resoluciones que acuerdan una medida cautelar y para el desarrollo de la actividad judicial ejecutiva.

No obstante, para la efectividad de una reforma de la norma procesal reguladora del requerimiento de auxilio a la justicia es imprescindible una reforma correlativa de las normas que rigen la actividad del órgano público que debe prestar el auxilio, para poner estas normas en consonancia con el nuevo contenido de la norma procesal.

De hecho, por lo que se refiere a la experiencia española, hubo un frustrante periodo de coexistencia entre una ordenación procesal que permitía el uso del telex, el telegrama y cualquier otro medio (consiguientemente también el telefax) bajo la fe del secretario, para dirigir mandamientos al Registro de la Propiedad, y una legislación registral que desconocía prácticamente -porque no regulaba las específicas necesidades derivadas de su uso- toda forma distinta a la presentación personal de los documentos necesarios en la oficina registral. Actualmente, el art. 418.4 del Reglamento Hipotecario resuelve el problema, al menos respecto de las resoluciones judiciales remitidas por telefax, que deben causar asiento de presentación sujeto a un plazo de caducidad, dentro del cual ha de presentarse copia fehaciente de la resolución.

La autorización de uso de telefax, telegrama y medios telemáticos para requerir auxilio a la justicia puede también tener un carácter general, no condicionado por concretas situaciones de urgencia. Ocurre así en Derecho costarricense, aunque la mayor frecuencia de uso corresponde al telefax, no a los medios telemáticos, y, en la práctica, las autoridades requeridas tienden a exigir oficio o mandamiento por escrito<sup>83</sup>. En Portugal está generalizado el empleo del telefax, y, aunque legalmente autorizado, es menos frecuente el uso de medios telemáticos<sup>84</sup>. En España las técnicas aplicables a la comunicación se prevén con gran amplitud y la oportunidad del uso de las mismas no se condiciona a la urgencia (arts. 167.1 y 162 LEC 2000), pero el medio tecnológicamente más avanzado que se utiliza es el telefax, mientras que los medios telemáticos enfrentan problemas jurídicos y de hecho<sup>85</sup>.

b) *Especialmente, el uso del correo electrónico con firma electrónica y los problemas derivados de la aplicación del régimen jurídico de esa firma*

Como se acaba de apuntar, la LEC española de 2000 autoriza el uso de “medios electrónicos, telemáticos, infotelecomunicaciones, o de otra clase semejante” a condición de que esté técnicamente garantizada la autenticidad de la comunicación y

---

<sup>83</sup> Artavia, Informe Costa Rica.

<sup>84</sup> De Sousa, Informe Portugal.

<sup>85</sup> Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial, Informe sobre la incidencia de la aplicación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, cit., p. 42-43. El proyecto de infotelemática denominado “punto neutro judicial” tiene también como finalidad facilitar a los juzgados el acceso a organismos públicos con los que suelen intercambiar información, como la Dirección General de Policía, la Dirección General de Tráfico, el Registro de Bienes Muebles, el Registro de Penados y Rebeldes, Instituciones penitenciarias y la Agencia Tributaria.



de su contenido, la fehaciencia de su remisión y recepción y del momento en que se produjeron (art. 167 en relación con el art. 162.1 LEC española de 2000).

Ahora bien, la técnica para dar seguridad a las comunicaciones telemáticas es la firma electrónica, cuya efectiva aplicación no sólo necesita de una regulación legal, sino también de una estructura de servicios, que debe ser regulada con normas infralegales y debe ser de hecho implantada. En cuanto este necesario segundo escalón para la aplicación de la firma electrónica no alcance a los órganos jurisdiccionales, la comunicación por correo electrónico no podrá ser utilizada. Y ello aunque el régimen jurídico de la actividad de los órganos públicos requeridos permita que los actos destinados a instar el ejercicio de sus competencias puedan ser realizados mediante una comunicación electrónica segura.

Es decir, renacen los inconvenientes derivados de las discordancias de la norma aplicable al órgano jurisdiccional requirente con la que rige el ejercicio de las competencias del órgano público requerido<sup>86</sup>.

La eficacia de la presentación a la administración pública de actos por medios electrónicos, informáticos y telemáticos está amparada, en el ordenamiento español, por el art. 45 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y por su desarrollo en el art. 2 del Real Decreto 1359/1999, de 7 de mayo, sobre presentación de solicitudes, escritos y comunicaciones ante la Administración General del Estado, en relación con el Real Decreto 717/1996, de 29 de febrero. Pero los problemas, para el caso de que tales actos provengan de los órganos jurisdiccionales, derivan de que el régimen de la entidad de certificación encargada de garantizar la seguridad (autenticidad, integridad y otros requisitos) de los actos electrónicos está legal y reglamentariamente limitado a las relaciones entre administraciones públicas y particulares, sin alcanzar a la certificación de firmas electrónicas de titulares de competencias en órganos jurisdiccionales (art. 81 Ley 66/1997; RD 1290/1999, de 23 de julio, sobre prestación de servicios de seguridad en las comunicaciones de las Administraciones Públicas por técnicas y medios EIT).

Respecto de notarios y registradores, la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social ha introducido normas sobre incorporación de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas en el ejercicio de las funciones de dichos profesionales, aunque remite su efectiva aplicación a desarrollos reglamentarios y a actuaciones de tipo técnico.

Nuevamente aquí hay descoordinación con el régimen de los actos en forma electrónica procedentes de órganos jurisdiccionales y dirigidos a notarios y registradores. Efectivamente, respecto de esa ley ha de anotarse lo siguiente:

1º) Establece un régimen especial de la firma electrónica de notarios y registradores (arts. 108 y 109) y, en cuanto es así, su regulación afecta a la eficacia jurídica de los actos realizados por los mismos (arts. 110 y 111 de la ley citada, art. 17 bis de la Ley del Notariado reformada por la Ley citada), pero no a la de los actos destinados a ellos para determinar el ejercicio de sus potestades, salvo, como es obvio, si tales actos provienen también de un notario o de un registrador (art. 112 de la Ley citada).

---

<sup>86</sup> *Albarenga/Nieto/Velazco*, Comunicación Argentina, advierten, en general, que la aplicación de medios electrónicos “a las comunicaciones externas dependerá del enlace y coordinación con las respectivas áreas de los otros poderes”.



2º) Aunque la ley establezca la obligatoriedad para notarios y registradores de disponer de sistemas telemáticos aptos para, entre otras cosas, la recepción de información (art. 107 Ley citada), no queda claro, por lo acabado de comentar, el régimen de la eficacia jurídica de los actos de requerimiento de auxilio que les dirijan, por medios EIT, los órganos jurisdiccionales. Sin embargo, por la regulación de LEC española 2000 y por la referencia contenida en el art. 113 de la Ley citada (comunicaciones electrónicas debidamente firmadas, recibidas de la administración judicial) podría afirmarse tal eficacia.

Podría sostenerse que la superación de los problemas mencionados (eficacia de actos de órganos jurisdiccionales en forma electrónica dirigidos a administraciones públicas, notarios y registradores) ha fundarse en la aplicación de las normas legales generales sobre firma electrónica. Pero esta es una tesis de dudoso fundamento normativo y, en todo caso, sin efectividad real.

En cuanto a lo primero, resulta raro que no sea necesaria una regulación específica de la firma electrónica de los titulares del órgano jurisdiccional y de otras personas con funciones legales en el mismo (secretario judicial). El Real Decreto-Ley 14/1999, de 18 de septiembre, regulador de la firma electrónica, establece en su art. 5 que el uso de la misma por las administraciones públicas puede supeditarse a condiciones adicionales necesarias para salvaguardar las garantías del procedimiento y el ejercicio de la competencia por el órgano a quien corresponde, condiciones que son, después, desarrolladas por disposiciones reglamentarias. Igualmente, se ha estimado necesaria una regulación específica del uso de la firma electrónica por notarios y registradores (arts. 109 y 110 Ley 24/2001). Los requisitos legales que los artículos 230 LOPJ y 162 y 167 LEC española 2000 imponen a los actos realizados en forma electrónica precisan también de un desarrollo reglamentario y de una reglamentación técnica -competencia del Consejo General del Poder Judicial-, para que, al sujetarse tales actos a las reglas de mayor detalle propias de tales desarrollos, pueda afirmarse, en general y en principio, que los requisitos legales (autenticidad, integridad, etc.) están cumplidos.

En todo caso, la tesis comentada no ha podido ser llevada a la práctica, porque no se han producido las actuaciones materiales y técnicas necesarias para asignar firma electrónica a los jueces titulares de los órganos jurisdiccionales, ni a los auxiliares en el ámbito de sus funciones.

***D) Presentación de actos “escritos” de parte por medios electrónicos, informáticos y telemáticos. Realización de actos sujetos a la oralidad mediante videoconferencia.***

Nos hemos referido a la comunicación de actos del tribunal a las partes, a otros tribunales, a órganos del poder público que deben prestar auxilio a la justicia y a terceros que, de algún modo, deben colaborar.

Debe tratarse, ahora, sobre si los actos procesales de parte que han de dirigirse al tribunal pueden realizarse válida y eficazmente con medios EIT. Y lo mismo respecto de actos de terceros (peritos, testigos).

Habría que hacer, de entrada, una distinción entre los actos sujetos a la forma escrita y los que han de realizarse oralmente a presencia del tribunal. Los medios

técnicos que podrían -materialmente, sin perjuicio de la necesaria habilitación normativa- utilizarse son diferentes y cada uno plantea problemas propios.

a) *Presentación de actos “escritos” en forma posibilitada por nuevas tecnologías*

La posibilidad de nuevas formas de presentación existe tanto para los actos de parte que han de ser escritos según la ley del procedimiento, como para actos de terceros sujetos a la forma escrita, como los dictámenes periciales, las declaraciones de testigos que excepcionalmente deban o puedan ser prestadas de ese modo, los informes que deban ser emitidos por determinadas entidades sobre la base de antecedentes documentales.

Las técnicas que hacen posible un modo de presentación distinto a la entrega de un escrito firmado en la oficina judicial, han evolucionado desde el telegrama, el telex o el telefax, hasta la comunicación mediante correo electrónico.

La aplicación de estas tecnologías a la presentación de actos al tribunal no está prevista en Derecho argentino<sup>87</sup> -aunque se estima que la Ley 25.506, de firma digital, es suficiente para considerarlas autorizadas<sup>88</sup>-, y en los ordenamientos chileno<sup>89</sup>, guatemalteco<sup>90</sup> y mexicano<sup>91</sup>. En Derecho costarricense, a pesar de que el art. 6 bis de la LOPJ (1997) reconoce los medios tecnológicos más avanzados, la práctica relevante se limita a la presentación por telefax, seguida, en plazo de tres días, por la presentación del escrito original, que ha de ser del todo coincidente con la telecopia<sup>92</sup>.

Modificaciones en el art. 150 CPC portugués, producidas en el año 2000, permiten que las partes opten entre la presentación del acto escrito en la sede del tribunal o la remisión por telefax, la entrega en soporte electrónico acompañado de copia impresa o el envío por correo electrónico, con aposición de firma digital certificada -con remisión, en cinco días, de copia escrita de seguridad y de los documentos no digitalizados-<sup>93</sup>.

En Derecho español, el art. 135.5 LEC 2000, que especifica -aunque, a mi juicio, de modo insuficiente- la previsión más general del art. 230 LOPJ, establece que “cuando los tribunales y los sujetos intervinientes en un proceso dispongan de medios técnicos que permitan el envío y la normal recepción de escritos y documentos, de forma tal que esté garantizada la autenticidad de la comunicación y quede constancia fehaciente de la remisión y recepción íntegras y de la fecha en que se hicieron, los escritos y documentos podrán enviarse por aquellos medios, acusándose recibo del mismo modo y se tendrán por presentados, a efectos de ejercicio de los derechos y de cumplimiento de deberes en el tiempo establecido conforme a la ley. Sin embargo de lo dispuesto en el apartado anterior, a efectos de prueba y del cumplimiento de requisitos legales que exijan disponer de los documentos originales o de copias fehacientes, éstos habrán de hacerse llegar al tribunal dentro de los tres días siguientes al envío efectuado según el párrafo anterior”.

<sup>87</sup> *Gozaini*, Informe Argentina.

<sup>88</sup> *Del Blanco/Solimine*, Comunicación Argentina.

<sup>89</sup> *Tavolari*, Informe Chile. No obstante, hay que atender a las posibilidades que abren los arts. 6 al 10 de la Ley 19.799 sobre Documentos Electrónicos.

<sup>90</sup> *Chacón*, Informe Guatemala.

<sup>91</sup> *Soto*, Informe México.

<sup>92</sup> *Artavía*, Informe Costa Rica.

<sup>93</sup> *De Sousa*, Informe Portugal.

Los principales problemas que plantea esta forma de remisión -aparte de la disponibilidad material de equipos y de aplicaciones informáticas adecuadas en los puntos de emisión y de recepción- son los relativos a la autenticidad subjetiva del acto -es decir, que procede de quien dice proceder-, a la integridad objetiva del mismo y a la constatación del momento de recepción por el tribunal.

El cumplimiento de estas condiciones remite, nuevamente, al régimen jurídico de la firma electrónica y a su efectiva implantación. Esta firma, en una de sus modalidades de mayor seguridad, es requerida por la norma procesal portuguesa y también por la nueva redacción del § 130a ZPO<sup>94</sup> y por el italiano *Regolamento recante disciplina sull'uso di strumenti informatici e telematici nell'processo civile*<sup>95</sup>.

b) *Realización de actos en forma oral mediante multiconferencia y videoconferencia*

Las tecnologías de transmisión del sonido y la imagen posibilitan -en sentido fáctico; es decir, sin perjuicio de la necesaria cobertura normativa- que actos que habrían de realizarse con comparecencia personal ante el tribunal, se lleven a cabo por medio de multiconferencia telefónica o de videoconferencia. Esta posibilidad comprendería las intervenciones de las partes (o de quienes postulen por ellas) en juicios orales o en audiencias, y, sobre todo, la práctica de medios de prueba consistentes en una declaración personal (de la parte, de un testigo y también la de un perito, como complemento a la previa presentación de un dictamen escrito).

Tal posibilidad carece de reconocimiento normativo en la mayor parte de los ordenamientos de nuestro ámbito<sup>96</sup>.

Los datos que, a continuación exponemos sobre los ordenamientos portugués y español, no alcanzan, ciertamente, la amplitud con la que la técnica de videoconferencia ha sido autorizada por la nueva redacción del § 128 ZPO<sup>97</sup>. Su apartado primero permite que, si las partes están de acuerdo, el tribunal autorice la celebración de la vista sin la presencia física en la sala de las partes o de quienes postulen por ellas, siempre que una adecuada técnica de transmisión de imagen y sonido asegure la simultánea emisión-recepción tanto en la sala -en la que el tribunal deberá estar, en todo caso, presente, materializando la publicidad del acto-, como en el local desde donde la parte actúe. El apartado segundo se refiere a una aplicación más limitada de la videoconferencia a la recepción de pruebas de declaración de partes, testifical y pericial.

Más modestamente el Derecho portugués limita la aplicación de la técnica de la videoconferencia<sup>98</sup> a la recepción de las pruebas testifical y de declaración de las partes, en supuestos en que sería necesario acudir al auxilio judicial para evitar

---

<sup>94</sup> *Stadler*, Der Zivilprozess und neue Formen der Informationstechnik, apartado II, 2.

<sup>95</sup> *Carpi/Taruffo*, Comentario breve al Codice di Procedura Civile, cit., p. 121-122.

<sup>96</sup> *Gozaíni*, Informe Argentina -aunque apunta *lege ferenda* sus aplicaciones útiles *Carelli*, Comunicación Argentina-; *Tavolari*, Informe Chile; *Artavía*, Informe Costa Rica; *Chacón*, Informe Guatemala; *Soto*, Informe México.

<sup>97</sup> *Stadler*, Der Zivilprozess und neue Formen der Informationstechnik, apartado V, 2 y 3.

<sup>98</sup> Los artículos 621, g y 639, b CPC permiten, incluso, que, previo acuerdo de las partes, el testigo pueda declarar telefónicamente: *De Sousa*, Informe Portugal. Otras previsiones normativas en este sentido *Kodek*, Der Zivilprozess und neue Formen der Informationstechnik, apartado B, 5, a.

desplazamientos personales que no se consideran exigibles<sup>99</sup>. A esta causa justificada se añade la de optimizar el aprovechamiento de los servicios prestados por peritos pertenecientes a organismos oficiales, que pueden exponer sus dictámenes por videoconferencia desde su lugar de trabajo (art. 588 CPC).

En Derecho español, la genérica previsión del art. 230.1 LOPJ, había dado lugar a que, en materia penal y en un caso en que la celebración del juicio estaba condicionada por el factor de la insularidad, se entendiera válida la celebración del mismo por videoconferencia, con el tribunal en su sede y las partes y otros sujetos procesales en lugar distinto. En principio, la Fiscalía General del estado dictó una instrucción contraria a la validez de la aplicación de la videoconferencia con esa amplitud (Instrucción FGE 2/2002). La Instrucción FGE 3/2002 rectificó el anterior criterio. Además de referirse a supuestos específicos en que la habilitación legal es indudable (declaración de testigos protegidos) o en los que la técnica de videoconferencia resulta particularmente idónea para realizar el acto (evitación del auxilio judicial, o de los continuos desplazamientos a tribunales de peritos oficiales, disminución de los casos de traslado desde centros penitenciarios), reconoce que el art. 230.1 LOPJ, a pesar de su escasa densidad normativa, “debe reputarse como un principio o regla general de autorización, válido siempre que no resulten afectados derechos fundamentales concretos, sin perjuicio de las necesarias excepciones en casos puntuales, y siempre con la debida motivación” (Instrucción FGE 3/2002, apartado I).

La técnica de la videoconferencia aplicada a la recepción de algunos medios de prueba y, más aun, al conjunto de un acto de juicio oral o audiencia, plantea problemas radicales respecto de las garantías procesales y del sistema de la oralidad.

1º) Ha de preverse el desempeño de las funciones de fe pública judicial en el lugar en que no esté constituido el tribunal, para constar la identidad de los actuantes y las condiciones en las que desarrollan su actuación<sup>100</sup>. Las potestades de policía de vistas del tribunal requieren formas especiales de ejercicio, como, por ejemplo, la orden de interrupción de la transmisión.

2º) La garantía básica de una contradicción efectiva impone que técnicamente se asegure la percepción por las partes o quienes postulan por ellas de todos los acaecimientos relevantes ocurridos en la vista, respecto de los cuales han de tomar postura en sus actos procesales.

3º) La publicidad general ha de ser respetada, como mínimo, con la accesibilidad por el público, según las reglas generales, al local en el que está constituido el tribunal.

4º) En fin, la inmediación tiene la ventaja de proporcionar marginalmente criterios para la valoración de la declaración, que se deducen del comportamiento del declarante durante la misma. No se pierden con la técnica de la videoconferencia -otra cosa sería la multiconferencia telefónica sin imagen-, pero deben tenerse presentes otros factores, como la incidencia de una tensión personal originada por técnicas de filmación agobiantes para el declarante o la tendencia a cierta relajación de la

---

<sup>99</sup> Arts. 623 y 556 nº 2 CPC, en la redacción posterior a reformas de 2000.

<sup>100</sup> Por ejemplo, posible existencia de influencias ilegítimas sobre el declarante que no aparezcan en imagen: *Stadler*, *Der Zivilprozess und neue Formen der Informationstechnik*, apartado V, 3, cc. Más en general, sobre los inconvenientes de la “virtualización” de las comparecencias personales, *Kodek*, *Der Zivilprozess und neue Formen der Informationstechnik*, apartado D, 2.

conciencia del deber de declaración completa y veraz, que suele producirse por la falta de un enfrentamiento directo con el tribunal<sup>101</sup>.

### 3. ¿Hacia una nueva forma del procedimiento? El procedimiento en línea

La previsión legal de la utilización de medios EIT para la realización de diversas clases de actos procesales singulares permite concebir la posibilidad de que el conjunto del procedimiento, como serie articulada de actos jurídicos mediante los cuales se desarrolla y concluye el proceso, se realice o sustancie en su integridad por aquellos medios.

Sería un proceso civil en el que -como imagina Stadler- el tribunal y los abogados intercambiarían los actos escritos y los documentos por e-mail, el tribunal tendría siempre los autos a disposición en su PC, y en el que nadie habría de molestarse en acudir a un señalamiento judicial, sino que intervendría en la audiencia desde la sala de videoconferencia del edificio judicial o desde el despacho<sup>102</sup>.

#### A) *Diversas manifestaciones de procedimientos en línea*

Efectivamente hay manifestaciones de esa forma de procedimiento o de una orientación hacia la misma. No obstante, el grado de concreción de las previsiones normativas (o de otras fuentes de regulación) es muy diverso y, principalmente, estas previsiones se dan respecto de medios de resolución de controversias que, al menos con unanimidad doctrinal, no pueden calificarse de jurisdiccionales.

##### a) En procesos ante tribunales estatales

La validez -aparte, pues, de la posibilidad material y técnica- de un procedimiento judicial que se desarrollara en la red, es negada en los informes sobre los ordenamientos latinoamericanos<sup>103</sup>.

Aunque el Derecho portugués autoriza la realización en forma electrónica de actos procesales singulares importantes, esto no permite concluir la validez de un procedimiento judicial realizado, en su conjunto, a través de comunicaciones en la red<sup>104</sup>.

En Derecho alemán el obstáculo no parece jurídico, sino de implantación de los medios materiales y técnicos necesarios<sup>105</sup>. En Italia podrá hablarse de un *processo telematico* cuando efectivamente se aplique el Reglamento de 26 de enero de 2002, cuya entrada en vigor, prevista para el 1 de enero de 2002, ha sido aplazada<sup>106</sup>.

Si se atiende al art. 230 LOPJ española, el desarrollo de un procedimiento en línea es plenamente acorde con la ley. Pueden realizarse con medios EIT los actos del tribunal (art. 230.1) y los de quienes se dirigen al mismo pidiendo tutela judicial (art. 230.4), de modo que parece razonable hablar, como hace el art. 230.3, de “procesos que se tramiten con soporte informático”. De todos modos, estas posibilidades no se

<sup>101</sup> Stadler, *Der Zivilprozess und neue Formen der Informationstechnik*, apartado V, 3, cc.

<sup>102</sup> Stadler, *Der Zivilprozess und neue Formen der Informationstechnik*, apartado I.

<sup>103</sup> Gozáini, Informe Argentina; Tavolari, Informe Chile; Artavía, Informe Costa Rica; Chacón, Informe Guatemala; Soto, Informe México.

<sup>104</sup> De Sousa, Informe Portugal.

<sup>105</sup> Stadler, *Der Zivilprozess und neue Formen der Informationstechnik*, apartado II, 3 y VI.

<sup>106</sup> Carpi/Taruffo, Comentario breve al Codice di Procedura Civile, cit., p. 121-122.



han aproximado a ser una realidad efectiva, ni siquiera con el complemento normativo de los artículos 146, 162, 167 y 172 LEC 2000, que más directamente permiten la realización en las nuevas formas de los actos de comunicación y de auxilio judicial y a la justicia <sup>107</sup>.

b) Aplicación en los medios no jurisdiccionales de solución de controversias

Un procedimiento arbitral en la red se considera, en cambio, viable desde la perspectiva de diversos ordenamientos latinoamericanos<sup>108</sup>. No, sin embargo, en los ordenamientos guatemalteco y portugués<sup>109</sup>.

En Derecho español, salvo problemas que mencionaré al final, la validez de esa forma del procedimiento se ampara en el art. 21 de la Ley de Arbitraje, que establece que el procedimiento arbitral se regirá por la voluntad de las partes, por las normas de la institución a la que se haya encomendado la administración del arbitraje y, supletoriamente, por acuerdo de los árbitros. No obstante, el procedimiento arbitral también ha de ajustarse a algunas prescripciones específicas de la ley y, en general, a los principios esenciales de audiencia y contradicción<sup>110</sup>. Desde el respeto a estos últimos principios deberá ser enjuiciada la aplicación de medios telemáticos al desarrollo del procedimiento, teniendo en cuenta que la infracción de los mismos constituye causa de nulidad del laudo (art. 45.1 Ley de Arbitraje).

Efectivamente, las previsiones más estructuradas de un procedimiento en la red existen respecto de procedimientos arbitrales o de otros medios no jurisdiccionales de solución de controversias. Veamos algunos ejemplos.

1º) El Informe Final sobre el Proceso de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (en adelante OMPI) relativo a los Nombres de Dominio en Internet (30 de abril de 1999) <sup>111</sup> sugirió a la Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (en adelante ICANN) que aprobase una política de solución de controversias por determinados supuestos de registro de nombres de dominio lesivos de los derechos de marca, con un procedimiento extrajudicial y ágil para decidirlos<sup>112</sup>. En cuanto a la forma del procedimiento se recomendó que sus reglas previeran “la presentación electrónica segura de todos los alegatos de los casos”<sup>113</sup>.

El Reglamento de la Política Uniforme de solución de controversias en materia de nombres de dominio, aprobado por la ICANN el 26 de agosto de 1999<sup>114</sup>, no regula un procedimiento exclusivamente en línea, pero sí que prevé la comunicación electrónica de todos los actos del procedimiento, aunque generalmente duplicada con su forma escrita (véanse los apartados 2.a.ii; 2.b.iii; 3.b; 5.b del Reglamento).

---

<sup>107</sup> *Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial*, Informe sobre la incidencia de la aplicación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, cit., p. 42-43.

<sup>108</sup> En sentido afirmativo *Gozáini*, Informe Argentina; *Tavolari*, Informe Chile. Matizadamente, sólo para el caso del arbitraje internacional, *Artavía*, Informe Costa Rica, que advierte que en el exequátur se podría discutir la validez de esa forma.

<sup>109</sup> *Chacón*, Informe Guatemala; *De Sousa*, Informe Portugal.

<sup>110</sup> *Mascarell Navarro*, en *AA VV*, Comentario breve a la Ley de Arbitraje, Civitas, Madrid, 1990, p. 113-117.

<sup>111</sup> Puede consultarse en <http://wipo2.wipo.int>

<sup>112</sup> Capítulo 2 del Informe citado.

<sup>113</sup> Apartados 210 al 214 del Informe citado.

<sup>114</sup> El texto del Reglamento de la Política uniforme de solución de controversias en materia de nombres de dominio, puede encontrarse en <http://www.icann.org>



El Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI, que actúa como uno de los centros proveedores del servicio de solución de controversias aprobado por la ICANN, tiene en vigor un reglamento adicional que prevé que cualquier presentación de escritos que deba hacerse en el procedimiento, podrá realizarse -sin perjuicio del envío de los textos escritos, si lo impone el Reglamento de la ICANN- “en caso de que ambas partes estén de acuerdo, mediante el sistema de presentación de demandas y administración del procedimiento establecido por el Centro y basado en Internet” (apartado 3, a, iii del reglamento adicional).

2º) La *American Arbitration Association* tiene previsto un procedimiento suplementario para el arbitraje en línea, aplicable si las partes lo convienen en el acuerdo de arbitraje o, posteriormente, con el acuerdo del árbitro. Las alegaciones de las partes se dirigen, por vía electrónica, a una web puesta a disposición por la institución administradora del arbitraje (portal del caso), aunque la primera alegación de la parte reclamante deberá ser dirigida al portal de la institución administradora. A ese portal se remitirá también el laudo arbitral. Las audiencias de las partes con el árbitro pueden celebrarse mediante videoconferencia, teleconferencia u otros medios.

3º) El denominado *CyberTribunal*, puesto en funcionamiento por el Centro de Investigación de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montreal, cuenta con un reglamento de procedimiento caracterizado porque éste se desarrolla en línea. Para someter un litigio al *CyberTribunal* -en cuyo favor debe existir, previamente, convenio arbitral- el reclamante cumplimenta un formulario electrónico que encuentra en la web del *CyberTribunal*, y elige un *password* personal para su identificación en las relaciones del procedimiento. Admitida la reclamación, se abre una web del asunto en la que se aportan las comunicaciones propias del desarrollo del mismo y a la que tienen acceso las personas que disponen de código confidencial -técnica que no garantiza un grado de seguridad tan elevado como la criptología de clave pública-. Designado el árbitro, este se presenta en la web del caso y dirige el procedimiento, que se desarrolla por intercambio de comunicaciones por correo electrónico o por comunicación en *chat room* <sup>115</sup>.

El arbitraje en línea <sup>116</sup> puede encontrar importantes dificultades para su efectividad si resulta necesario instar la ejecución del laudo ante los tribunales o es admisible una impugnación jurisdiccional del laudo por razones de la forma electrónica adoptada para su emisión o de esta misma forma adoptada para el convenio arbitral, o, en fin, porque la escasa seguridad de las comunicaciones electrónicas en el desarrollo del procedimiento permita cuestionar el respeto a los principios básicos de audiencia y contradicción <sup>117</sup>.

---

<sup>115</sup> *Caprioli*, Arbitrage et médiation dans le commerce électronique. (L'expérience du “CyberTribunal”), en “Revue de l'Arbitrage”, 1999, p. 230-233.

<sup>116</sup> Más información sobre otras manifestaciones del mismo en *De Miguel Asensio*, Derecho Privado de Internet, Civitas, Madrid, 2000, p. 426-429.

<sup>117</sup> *De Miguel Asensio*, Derecho Privado de Internet, cit., p. 429; *Caprioli*, Arbitrage et médiation dans le commerce électronique, cit., p. 239, 248.

**B) *Relatividad de la incorporación de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación a la forma de los procedimientos judiciales y arbitrales y tipología de litigios. El mestizaje de las formas procedimentales***

La incorporación a la forma de los procedimientos judiciales y arbitrales de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación se caracterizará, en definitiva, por una nota de relatividad, y ello en un doble sentido: de un lado, razones muy diversas determinarán que sea más idónea o adecuada la tramitación en forma electrónica de los procesos sobre ciertas clases de litigios; por otro, la ley del procedimiento impondrá las nuevas formas de comunicación en aquellas clases de actos procesales para cuyos fines resulten especialmente apropiadas, con lo que se incrementará la ya existente mezcla de formas en el procedimiento.

**a) *Procedimiento en línea y tipología de litigios***

La tramitación en forma electrónica puede estimarse especialmente idónea para ciertas clases de litigios y por causas muy diversas<sup>118</sup>. A continuación, consideramos algunos ejemplos.

1º) Actividades procesales cuyo desarrollo no precisa de apreciaciones fácticas y jurídicas complejas por parte del juez o de los auxiliares del tribunal. Supuesto paradigmático es el de un procedimiento monitorio con reclamación de deuda dineraria líquida y sin necesidad de justificación documental de la misma<sup>119</sup>, en el que la serie de actos conducentes al título ejecutivo -requerimiento de pago, que debe ser notificado por los medios legales, y constatación de la falta de pago y de oposición en plazo- pueden realizarse por medios informáticos, a partir de la presentación por el reclamante de los datos necesarios de la deuda y del deudor, incluso en soporte electrónico o con remisión por vía electrónica al tribunal competente<sup>120</sup>.

2º) Los litigios específicamente originados en el seno de relaciones jurídicas establecidas para la utilización de las nuevas tecnologías informáticas y de la comunicación. Sirve de ejemplo, en este caso, la oportunidad de un procedimiento en línea para ciertos litigios originados por la colisión entre el registro de un nombre de dominio y derechos de marca registrados. A favor de esta forma del procedimiento el Informe Final del Proceso OMPI I adujo varias razones: conveniencia de una solución rápida, que la comunicación por Internet facilita; no suele ser necesario, en tales litigios, oír a testigos y recibir alegatos en audiencia, bastando la prueba documental;

---

<sup>118</sup> También con reflexiones sobre la relación entre forma del procedimiento y tipos de litigio, *Kodek*, *Der Zivilprozess und neue Formen der Informationstechnik*, apartado B, 6.

<sup>119</sup> Incluso si la apreciación fuera necesaria, la tramitación automática podría comenzar tras la valoración inicial de los documentos por el juez.

<sup>120</sup> Sobre esta materia *Correa Delcasso*, *El proceso monitorio*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1998, p. 202-208; del mismo autor, *El proceso monitorio en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 28, 33-34; *Schlosser*, en *Stein-Jonas*, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1993, Band 5/2, p. 546-548, 553 ss. Sobre la amplia experiencia en Derecho austríaco, *Kodek*, *Der Zivilprozess und neue Formen der Informationstechnik*, apartado C, 2; el autor examina, en el apartado C, 3, las posibilidades de extensión del tratamiento automatizado a otros tipos de litigio (proceso de ejecución, tutela posesoria).

en fin, los litigantes cuentan con los medios y conocimientos técnicos necesarios para participar en el debate en línea<sup>121</sup>.

3º) Litigios originados en relaciones de comercio electrónico, cuya cuantía, generalmente escasa, desaconsejaría, por los costes, acudir a un proceso o a un arbitraje en forma ordinaria<sup>122</sup>.

En este sentido, la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, denominada “Directiva sobre comercio electrónico”, al tratar en el art. 17 la solución extrajudicial de litigios surgidos en materia de prestación de servicios de la sociedad de la información, establece el criterio de unificación de legislaciones de los Estados miembros de la Unión de que no ha de obstaculizarse el acceso a tales medios de solución “incluso utilizando vías electrónicas adecuadas”.

La disposición adicional 3ª del Proyecto de Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico -para incorporar al ordenamiento español la Directiva precitada- habilita a los órganos del Sistema Arbitral de Consumo para dirimir los conflictos a través de medios telemáticos.

4º) Asuntos en los que la tutela judicial pretendida ha de ser prestada con la máxima urgencia, como, por ejemplo, las diversas modalidades de tutela especial de derechos fundamentales conocidas en nuestros ordenamientos (amparo, protección, habeas corpus, habeas data). Efectivamente, en esta línea, el Derecho costarricense conoce, desde octubre de 1989, la admisión legal de los medios telemáticos para la presentación de la demanda, la comunicación de la misma, la presentación de la contestación y la comunicación de la resolución final en materia de amparo y habeas corpus. En el contexto del Derecho argentino se postula un procedimiento “virtual” para el amparo sobre la base de la inmediata aplicación de la Ley 25.506, sobre firma digital<sup>123</sup>.

#### b) *El mestizaje de las formas procedimentales*

Aunque la consideración se limitara a las formas procedimentales tradicionales -procedimiento escrito y oral-, éstas no están vigentes en ningún ordenamiento en su estado puro, ni las orientaciones de reforma de la forma procedimental persiguen ese objetivo. La realidad -actual en unos casos, proyectada en otros- es la de una combinación de formas orales y escritas. Como indicó Cappelletti, “el problema de la oralidad y de la escritura en el procedimiento se plantea a menudo como un problema de predominio o de coordinación y no de exclusión total”<sup>124</sup>. Así, en procedimientos característicamente escritos, no suele faltar una discusión oral<sup>125</sup> y es absolutamente

---

<sup>121</sup> Apartado 211 del Informe del primer Proceso OMPI; también *Muñoz Machado*, La regulación de la red, cit., p. 230-231.

<sup>122</sup> *De Miguel Asensio*, Derecho Privado de Internet, cit., p. 427; *Caprioli*, Arbitrage et médiation dans le commerce électronique, cit., p. 227.

<sup>123</sup> *Del Blanco/Solimine*, Comunicación Argentina.

<sup>124</sup> *Cappelletti*, Procédure orale et procédure écrite, Milano-New York, 1971, p. 12.

<sup>125</sup> *Kip*, Das sogennante Mündlllichkeitsprinzip, Köln-Berlin, 1952, p. 155.

general la advertencia de que la posibilidad práctica de un procedimiento oral depende de una adecuada utilización de elementos de la escritura<sup>126</sup>.

Planteado el problema de la caracterización oral o escrita del procedimiento no como una cuestión de exclusividad, sino de combinación y predominio de formas, se ofrece al observador un panorama muy amplio de modelos procedimentales<sup>127</sup>.

La elección entre ellos, la medida de la combinación de oralidad y escritura, depende de criterios muy diferentes: evitación de dilaciones indebidas en el proceso, seguridad en la proposición de pretensiones, alegaciones y otras peticiones, garantía para la parte contraria de una razonable posibilidad de reacción, modo más adecuado para que el juez adquiriera conocimiento del material de hecho<sup>128</sup>.

En cuanto las nuevas tecnologías de la informática y de las comunicaciones crean la posibilidad de realizar actos procesales en forma distinta a la oralidad y a la escritura, la opción por la aplicación de esa nueva forma no se sustrae a la funcionalidad de la misma respecto del fin del acto -modo más perfecto y económico de alcanzar ese fin- como criterio para imponer, precisamente, la observancia de cierta forma, en este caso de una nueva forma.

De ahí que, probablemente, la perspectiva más realista de evolución de la forma de los procedimientos judiciales y arbitrales, será la de un procedimiento según las formas tradicionales, en el que diversos actos se realizarán con los medios que proveen las nuevas tecnologías. Sin excluir procedimientos desarrollados preponderantemente por comunicación electrónica en la red, en los que no podrá prescindirse absolutamente de la aportación de documentos cuya forma no sea electrónica, ni tampoco del contacto directo del tribunal con personas y cosas.

#### **4. Los significados de la expresión “comercio electrónico”: forma de los negocios jurídicos de Derecho privado y forma de los actos jurídico-públicos, específicamente procesales**

La expresión “comercio electrónico” tiene una acepción estricta y una acepción amplia<sup>129</sup>. La primera es significativa de las transacciones realizadas electrónicamente en materias mercantiles o, algo más ampliamente, de Derecho privado patrimonial.

En la acepción más amplia quedarían comprendidas todas las comunicaciones e intercambios de datos por vía electrónica dirigidos a producir efectos jurídicos. Representaría una (nueva) forma de manifestación del acto jurídico en sentido amplio, es decir de la expresión de la voluntad y pensamiento humanos, a la que el Derecho vincula efectos jurídicos, precisamente por ser tal expresión. Esos efectos jurídicos pueden producirse tanto en el ámbito jurídico-privado, como en el campo del Derecho público, y, por tanto, especialmente en el Derecho procesal.

---

<sup>126</sup> *Arens*, Mündlllichkeitsprinzip und Prozessbeschleunigung im Zivilprozess, Berlin, 1971, p. 47; *Fairén Guillén*, Principios de oralidad, de escritura y de socialización del proceso, en relación con la Ley de Enjuiciamiento Civil, en *RDProIberoam*, 1981, p. 551-557.

<sup>127</sup> *Cappelletti*, Procédure orale, cit., p. 13-37; *Bettermann*, Hundert Jahre Zivilprozessordnung. Das Schicksal einer liberalen Kodifikation, en *ZZP*, 1978, p. 374-375.

<sup>128</sup> *Ortells*, Der neue spanische Zivilprozess. Leitlinien der Ley de Enjuiciamiento Civil vom 7. Januar 2000, *ZZPInt* 5 (2000), p. 102.

<sup>129</sup> *Martínez Nadal*, Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación, p. 27-28.

Probablemente por un característico signo de nuestros tiempos, la expresión “comercio electrónico”, que sólo es significativa de una parte del todo, ha sido encumbrada a la primera línea semántica, de manera que destaca la referencia a la materia mercantil, frente a la problemática genérica de la comunicación electrónica como nueva forma de los actos jurídicos<sup>130</sup>. Por ese mismo motivo, las específicas y más o menos balbucientes regulaciones jurídicas, se han realizado con particular consideración de las transacciones sobre la materia mercantil o patrimonial privada.

No obstante, la simple observación de la realidad, la consideración de algunas regulaciones específicamente atinentes a la actividad de los poderes públicos, e, incluso, el dato de que en algunos ordenamientos son objeto de textos legales diferenciados la materia de comercio electrónico y el régimen de la firma electrónica o digital, revela que las posibilidades que las nuevas tecnologías abren para la realización de actos jurídicos, tienen dos aspectos. Uno común a todo tipo de actuación jurídica que se lleve a cabo según las nuevas formas –aspecto que, en consecuencia, puede ser objeto de una regulación también común-. Unos aspectos específicos para distintas clases de actos jurídicos que, con independencia de los avances tecnológicos y de los cambios sociales, siguen siendo diferentes unos de otros. No se quiere decir con esto que la variedad de clases de actos jurídicos sea sempiterna y en absoluto condicionada por los cambios sociales, sino sólo que la existencia de esa variedad en cierta sociedad y en cierta etapa de su historia siempre comportará la necesidad de respetar la específica configuración normativa de cada una de las clases de actos.

La primera conclusión de lo que se acaba de decir es que la realización de actos procesales por medios electrónicos, informáticos y telemáticos comparte problemas con la realización de transacciones mercantiles y patrimoniales privadas por esos mismos medios. En cuanto esto es así, pueden también compartir la regulación que persigue dar a tales problemas una adecuada solución.

Este aspecto común comprende dotar a la realización de los actos de la suficiente seguridad en cuanto a la atribución subjetiva de los mismos (autenticidad subjetiva), en cuanto a su contenido completo y no alterado (autenticidad objetiva) y, según casos, también en cuanto a las circunstancias de tiempo y de lugar de su realización.

Pero, por otra parte, habrá aspectos específicos de los que podemos llamar actos procesales digitales o electrónicos (paralelamente a los orales y escritos) que requerirán de normas que respondan a las peculiaridades de las situaciones jurídicas

---

<sup>130</sup> Incluso una distinción que suele aplicarse frecuentemente al comercio electrónico en sentido estricto, puede ser también relevante para las actuaciones procesales electrónicas. Me refiero a la distinción entre comercio electrónico directo e indirecto (*Martínez Nadal*, Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación p. 28-29). En efecto, podría hablarse de actuaciones procesales electrónicas directas si las mismas pueden alcanzar plenamente su fin operando en el ámbito virtual (por ejemplo, emisión de pronunciamientos declarativos y constitutivos, pero también de pronunciamientos de condena si el título puede ejecutarse en el ámbito virtual, mediante transferencia de títulos valores anotados en cuenta o embargo electrónico de saldos con posterior orden de pago por medios electrónicos). Las actuaciones procesales electrónicas serían indirectas, en el caso de que fuera necesario actuar sobre la realidad material sea para realizar actividad ejecutiva por determinadas prestaciones, sea para realizar determinados actos durante el proceso –vistas, aportación de documentos no electrónicos-.



subjetivas (potestades y funciones públicas; facultades y cargas de las partes) y a los fines que haya establecido el ordenamiento para tales actos.

En términos de Derecho positivo esta diferenciación puede conducir a que:

1º) La regulación de la firma digital o electrónica atienda a los aspectos comunes, en general a los sistemas para dar seguridad a las comunicaciones electrónicas.

2º) Una regulación específica establezca el modo o los supuestos de aplicación del régimen general de la firma digital o electrónica a los actos jurídico-públicos y específicamente a los actos procesales.

A partir de este planteamiento las diferentes técnicas legislativas aplicadas en cada ordenamiento conducen a conclusiones de diverso grado de seguridad acerca de si la ordenación que pueda estar vigente sobre la firma digital o electrónica es aplicable a los actos procesales, no lo es en absoluto o sólo lo es en algunos supuestos.

1º) En Derecho argentino, frente a las previsiones del proyecto de ley de firma digital muy generosas en cuanto a la amplitud de su ámbito de aplicación, el art. 47 de la Ley deja claro que su aplicación a las relaciones entre el Estado Nacional y los ciudadanos queda a la espera de “las condiciones que se fijen reglamentariamente en cada uno de los poderes”, si bien en el art. 48 se impone un plazo de cinco años para su aplicación en esas relaciones<sup>131</sup>.

En la misma línea, aunque con mayor grado de concreción, está la Ley chilena núm. 19.799, sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma. Expresamente dispone que “los órganos del Estado podrán ejecutar o realizar actos, celebrar contratos y expedir cualquier documento, dentro de su ámbito de competencia, suscribiéndolos por medio de firma electrónica” (art. 6, párrafo primero), que deberá tener la calidad de avanzada si el documento ha de considerarse instrumento público (art. 7); en fin, la certificación de estas últimas firmas corresponde al ministro de fe competente, aunque también se podrán contratar servicios de entidades de certificación acreditadas (art. 9). La aplicación a los órganos del estado está pendiente de desarrollo reglamentario (art. 10).

2º) En otros ordenamientos la técnica para regular el empleo de la forma electrónica en la actividad jurídica ha conducido a elaborar varios textos legales.

Uno regula la firma electrónica, sus requisitos y modalidades, y las entidades de prestación de los servicios necesarios para la operatividad del sistema.

Por otra parte, una o varias leyes han reformado las normas de Derecho Privado, Público y, especialmente dentro de éste, las normas procesales, autorizando la realización de actos en forma electrónica y estableciendo la modalidad de firma electrónica que ha de aplicarse en los diferentes supuestos. De este modo queda fuera de duda que esa forma del acto es igualmente idónea para su validez y eficacia.

Es paradigmática, en este sentido, la técnica aplicada en Derecho alemán: el bloque normativo está compuesto por la *Gesetz über Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen*, a la que han seguido, por una parte, la *Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatsrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr* -que contiene las convenientes modificaciones del Código Civil, de la Ordenanza Procesal Civil, de las leyes procesales laborales y contencioso-

---

<sup>131</sup> Se inclinan por considerar la Ley inmediatamente aplicable en las relaciones judiciales, *Del Blanco/Solimine*, Comunicación Argentina.



administrativas y de otras muchas leyes en las que se establecen preceptos sobre forma de actos- y, por otra parte, la *Gesetz über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr* -ésta sí reguladora del comercio electrónico en sentido estricto-.

Esta misma técnica se ha seguido en Derecho portugués <sup>132</sup> y en Derecho italiano <sup>133</sup>.

3º) En un tercer grupo de ordenamientos se emplea una técnica particularmente ambigua.

Las leyes de organización de tribunales y procesales autorizan la utilización de medios informáticos y telemáticos para realizar actos procesales y les reconocen validez y eficacia si respetan determinados estándares o conceptos jurídicos indeterminados de seguridad de la comunicación (autenticidad, integridad y constancia de cumplimiento de requisitos legales en la realización del acto -por ejemplo, tiempo de su presentación o recepción-). Pero, sin embargo, esas leyes no completan la norma en el sentido de establecer que tales estándares se entienden específicamente cumplidos con una determinada modalidad de firma electrónica, entre las que regula la ley sobre la misma que está vigente en el ordenamiento en cuestión. Es el caso del ordenamiento español.

La técnica legislativa escogida dificulta o facilita el uso de la forma electrónica en los actos procesales. Pero, con independencia de eso, ha de tenerse presente otra observación decisiva respecto de la aplicación de la nueva forma.

La aposición de una firma electrónica de determinada clase no consiste, simplemente, en que el autor del acto utilice, para denotar que lo asume como propio, un signo diferente a la tradicional firma manuscrita, un signo que él puede crear a voluntad, como hace al estampar su firma manuscrita.

En primer término, y también en el nivel más superficial del tema, para que sea materialmente posible la inserción de una firma electrónica y la constatación de la misma se requiere un adecuado equipamiento informático, con los correspondientes dispositivos de creación y de verificación de firma.

En segundo lugar, y en un nivel más profundo, para que pueda entenderse existente una firma electrónica y sus distintas modalidades es necesario -como se verá algo más ampliamente en el apartado III, 2 de la ponencia- una estructura organizativa de entidades de certificación, encargadas de asignar los dispositivos de creación de firma, previa comprobación de la identidad y, en su caso, de las facultades del titular, de certificar la firma y de publicitar, en su caso, los certificados, así como de asignar los dispositivos de verificación de firma.

---

<sup>132</sup> *De Sousa*, Informe Portugal: por una parte, el Decreto-Ley nº 290-D/99, de 2 de agosto, regula la validez, eficacia y valor probatorio de los documentos electrónicos y la firma digital; de otra, dos reformas del CPC permiten realizar algunos actos en forma electrónica, con aposición de firma digital.

<sup>133</sup> El conjunto normativo estaría integrado, de un lado, por el art. 15 *Legge-Delega* de 15 de marzo de 1997, el *Regolamento recante criteri e modalità per la formazione, l'archiviazione e la trasmissione di documenti con strumenti informatici e telematici, a norma dell'articolo 15, comma 2, della legge 15 marzo 1997, n. 59*, aprobado por Decreto de la Presidencia de la República de 10 de noviembre de 1997 -que regula el régimen de la firma electrónica-, y, por otro lado, el *Regolamento recante disciplina sull'uso di strumenti informatici e telematici nel processo civile*, aprobado el 26 de enero de 2001, que especifica la aplicación en los actos procesales.

La demanda de estos servicios con el objeto de utilizar la firma electrónica en la realización de actos procesales, suscita una diferente problemática según se trate de los justiciables o de los órganos jurisdiccionales.

Los primeros pueden, en principio, contratar libremente estos servicios, prestados con arreglo a la ley de firma electrónica que esté en vigor, y utilizar la firma asignada para presentar actos a los órganos jurisdiccionales, los cuales, en todo caso, habrían de contar con dispositivos de verificación. No obstante, no sería en absoluto irrazonable que, para las relaciones con los órganos jurisdiccionales, el ordenamiento impusiera la prestación del servicio de certificación por determinada entidad o por ciertas clases de entidades, que habrían de fijarse mediante un acto o disposición reglamentaria del poder público competente. Pero, aunque -para no incurrir en nefandas restricciones concurrenciales- no fuera así, siempre será procedente que, desde la perspectiva de los órganos jurisdiccionales -y no, obviamente, desde la de cada uno de ellos, sino desde la institucional del Poder Judicial, expresada en una norma legal o en una reglamentaria dictada por el órgano competente-, la admisión de certificados de firma electrónica se supedita a que cumpla condiciones adicionales necesarias para la comprobación de la observancia de las normas procesales en el acto presentado<sup>134</sup>

Los jueces y el personal auxiliar que desempeña dentro del tribunal determinadas funciones atribuidas por la ley no pueden, ni siquiera dándose los condicionamientos básicos de técnica informática y de oferta legal de servicios de certificación, mediante una decisión personal, asumir una firma electrónica para el ejercicio de sus potestades y funciones oficiales. Para esto resulta necesaria una asignación de firma por razón del cargo, dado que la misma no conferirá validez y eficacia a un acto de José García Pérez, sino al del titular legítimo de un puesto de juez o de secretario judicial en determinado órgano. Esto requiere el ejercicio de competencias del órgano de gobierno y administración del Poder Judicial, normalmente en primer lugar reglamentarias -reguladoras del detalle del procedimiento de asignación de firma-, y en todo caso de gestión de la asignación en concreto. Por lo demás, en el caso de acudir a la prestación de servicios privados de certificación habrán de habilitarse fondos presupuestarios para financiar el coste de tales servicios.

---

<sup>134</sup> De modo similar a como lo prescribe, por ejemplo, el art. 5 del Decreto-Ley español sobre firma digital, respecto al uso de la firma electrónica en las relaciones entre administraciones públicas y administrados.

### III. NUEVAS TECNOLOGÍAS COMO OBJETO O MATERIA DEL PROCESO JURISDICCIONAL. LAS IMPLICACIONES SOBRE LA JURISDICCIÓN Y EL PROCESO DE LAS MATERIAS LITIGIOSAS INFLUIDAS POR LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

La metodología de esta parte de la ponencia consistirá en revisar, en primer lugar y de modo necesariamente somero, las materias litigiosas en las que influyen las nuevas tecnologías, bien sea porque éstas determinan la aparición de una nueva litigiosidad, bien sea porque introducen nuevos elementos en materias litigiosas tradicionales. En esa revisión se harán notar las especiales repercusiones que esas materias litigiosas tienen respecto a la jurisdicción y a la actividad procesal, en el sentido de las peculiares exigencias que reclama su tratamiento adecuado. A esto se destina el siguiente apartado 1.

En los apartados 2 al 4 se examinan, con el mayor detalle que es debido por exigirlo el subtítulo de la ponencia, las repercusiones sobre la ordenación de la prueba y de la tutela cautelar.

Una última advertencia. Observaremos que, de manera repetida, se detecta una repercusión sobre la ordenación de la jurisdicción consistente en la dificultad de hallar un punto de conexión de los asuntos litigiosos con los ámbitos de soberanía estatales, de lo cual derivan problemas respecto a la atribución de la competencia judicial internacional y, en su momento, respecto al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras. Esta cuestión merecería, por sí sola, una ponencia y, ciertamente, los temas asignados a esta ponencia no la incluyen. Me limitaré a hacer mención de la misma cuando sea oportuno. En general, basta con indicar que las materias litigiosas influidas por las nuevas tecnologías requieren un planteamiento cooperativo del régimen de la competencia judicial internacional y del reconocimiento y ejecución de resoluciones. Mientras se adecua la ordenación de las jurisdicciones estatales, los problemas tienden a superarse por la vía del arbitraje internacional

#### **1. Principales tipos de materias litigiosas caracterizadas por la influencia de las nuevas tecnologías**

Sin pretensiones de exhaustividad pueden apuntarse y sistematizarse las materias litigiosas en las que de manera más frecuente y destacada inciden las nuevas tecnologías.

##### ***A) Litigiosidad por lesión de los derechos de la personalidad***

###### ***a) En general sobre la lesión de los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen***

La difusión en la red de informaciones que pueden violar los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, presenta unas peculiaridades características. Intervienen en ella varios sujetos, con diferentes actuaciones o desempeñando distintas funciones (creador o editor del contenido y varios prestadores de servicios que posibilitan la difusión del mismo hasta los eventuales receptores), que pueden estar radicados en territorios sometidos a diferentes soberanías. Esta última circunstancia puede darse también en los sujetos pasivos. Por otra parte, la difusión, una vez

introducido el contenido en el sistema, es extraordinariamente rápida e incontrolable en cuanto a sus eventuales receptores<sup>135</sup>.

La primera característica, aparte de determinar especiales problemas jurídico-materiales en cuanto a la atribución de la responsabilidad<sup>136</sup>, puede generar dificultades en la determinación de la competencia judicial internacional<sup>137</sup>, a los que suelen estar indirectamente vinculados problemas de eficacia en otros ámbitos soberanos de las resoluciones judiciales que se hubieran dictado, y, consiguientemente, la efectividad de la tutela judicial que se hubiera obtenido.

La característica de la extrema celeridad de difusión de la conducta que produce la lesión, conduce a postular medios de solución del litigio ágiles y rápidos<sup>138</sup>, aunque no se concrete técnicamente que es lo que satisface esa necesidad.

b) *En especial sobre las nuevas formas de ataque al derecho a la intimidad*

Cabe resaltar dos manifestaciones de estas nuevas posibilidades de lesión.

1º) La tecnología informática permite un almacenamiento y tratamiento de datos personales que, por la cantidad de la información y por la capacidad técnica de interrelación, pueden tener gran influencia en la consideración de que sea objeto una persona y en el control de la misma. Para proteger sus derechos fundamentales y libertades públicas, en especial el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, se han establecido regulaciones legales del tratamiento automatizado de datos personales, que la limitan de diversa manera y con diferente alcance y confieren al titular de los datos una serie de derechos subjetivos (derechos de acceso, de rectificación, de cancelación) que le protegen frente a los comportamientos no acordes con la ley<sup>139</sup>.

La principal repercusión que esta nueva realidad tecnológica ha tenido sobre la ordenación de la jurisdicción ha consistido, precisamente, en que esta última ha sido desplazada como institución de tutela de los específicos derechos afectados, a favor, generalmente, de las llamadas Administraciones independientes, que aseguran una protección más rápida, barata y eficaz.

2º) En conexión con lo anterior, el uso de Internet posibilita técnicamente la captación de datos personales de los usuarios, abundantes y variados, y, en ocasiones, con desconocimiento de los propios interesados -datos recolectados en “archivos log”, remisión y activación de *cookies*-<sup>140</sup>. Estas técnicas dificultan materialmente la

---

<sup>135</sup> *Muñoz Machado*, La regulación de la red, p. 162-174; *De Miguel Asensio*, Derecho privado de Internet, p. 463-466.

<sup>136</sup> *De Miguel Asensio*, Derecho privado de Internet, p. 490-501.

<sup>137</sup> *Muñoz Machado*, La regulación de la red, p. 234-244; *De Miguel Asensio*, Derecho privado de Internet, p. 502-504.

<sup>138</sup> *Muñoz Machado*, La regulación de la red, p. 234, 243.

<sup>139</sup> Por ejemplo, las Directivas europeas 95/46/CE, sobre protección de personas físicas en materia de tratamiento y libre circulación de datos personales, y 97/66/CE, sobre tratamiento de datos personales y protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones; en España, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

<sup>140</sup> *Muñoz Machado*, La regulación de la red, p. 175-181; *De Miguel Asensio*, Derecho privado de Internet, p. 473; *Ribas Alejandro*, Riesgos legales en Internet. Especial referencia a la protección de datos personales, en “Derecho de Internet”, cit. , p. 153-157; *Conseil D'Etat*, Internet et les réseaux numériques, Paris, 1998, p. 27-37

aplicación de las regulaciones de protección de datos personales allí donde están vigentes.

Por otra parte, Internet posibilita y fomenta -para aprovechar las oportunidades que ofrece a los usuarios- la transmisión de ficheros de datos a países cuyos ordenamientos no establecen el mismo sistema de protección<sup>141</sup>. Esto podría generar, si la tutela prevista fuera jurisdiccional, problemas respecto de los criterios de conexión en los que haya de basarse la atribución de competencia judicial internacional y, también, en su momento, respecto de la ejecución de sentencias. Sin embargo, el sistema de tutela por administraciones independientes posibilita útiles actuaciones preventivas, porque están investidas de competencias efectivas de control sobre el movimiento internacional de datos (arts. 25 y 26 Directiva 95/46/CE; arts. 33 y 34 de la española Ley Orgánica 15/1999), que sólo autorizarán cuando el país de destino ofrezca, sin importar su configuración jurídica formal, un estándar adecuado de protección.

c) *Litigiosidad relacionada con el derecho a la libertad de expresión a través de la red*

El panorama del tipo de litigiosidad relacionada con los derechos de la personalidad e influida por las nuevas tecnologías sería unilateral y sesgado si se limitara a lo apuntado en los dos subapartados anteriores.

Las nuevas tecnologías, en particular su aplicación en la red, han supuesto la creación de un nuevo ámbito de desarrollo de la personalidad, en el que también debe ser respetado el derecho a la libre expresión. Este es también un derecho de la personalidad, un derecho humano reconocido por convenios internacionales y constituciones, que por su naturaleza puede ser ejercitado en la red y cuyo ejercicio ha de quedar garantizado en ese medio.

El derecho a la libertad de expresión en la red no puede considerarse simplemente como el envés del haz que supondría la tutela de los derechos fundamentales que constituyen un límite para aquel derecho (honor, intimidad y propia imagen). Es un derecho fundamental *per se*, que merece protección como tal.

Por otra parte, el contenido del derecho a la libertad de expresión tampoco puede confundirse con las manifestaciones o comunicaciones en la red destinadas a incidir en el tráfico mercantil o económico. Estas han de examinarse desde la perspectiva de la propiedad intelectual, del derecho a la competencia y de la publicidad.

Parecería que una litigiosidad originada por causa de ataques o de restricciones ilegítimas a la libertad de expresión en la red fuera poco significativa, precisamente porque, en términos materiales o de hecho, dadas las condiciones técnicas en las que la red se desenvuelve, la misma se ha desarrollado como un ámbito especialmente idóneo para la libertad de expresión y resistente a sus límites, incluso a los que se aplican a su ejercicio en ámbitos tradicionales.

---

<sup>141</sup> Muñoz Machado, La regulación de la red, p. 186-189; De Miguel Asensio, Derecho privado de Internet, p. 472-481; Conseil D'Etat, Internet et les réseaux numériques, p. 37-49.



Sin embargo, en cuanto se produzca un movimiento de reflujo de esta libertad en la red, por una inadecuada regulación jurídica de la misma o por una incorrecta aplicación<sup>142</sup>, o por una práctica de los controladores del “código” en el sentido de *Schlessig*<sup>143</sup>, no hay que dudar en postular las mismas repercusiones jurisdiccionales que corresponden a la tutela de la libertad de expresión en ámbitos tradicionales: acceso a una tutela judicial, además urgente en cuanto sea necesario.

**B) Litigiosidad en materia de marcas y otras denominaciones protegidas. En especial, la derivada del registro de nombres de dominio**

Consideramos aquí la litigiosidad influida por las nuevas tecnologías que se produce en materia de marcas y de otras denominaciones que están dotadas de protección jurídica, como el derecho al nombre, la protección del nombre social o de los nombres oficiales de entidades.

Por la razón que luego se indicará hay que distinguir:

1º) La litigiosidad que deriva específicamente de la solicitud y asignación como nombre de dominio de segundo nivel (bajo dominio de primer nivel genérico o de país) de términos iguales o similares a los protegidos como marcas u otras denominaciones a favor de titulares distintos al del nombre de dominio<sup>144</sup>.

2º) La litigiosidad que tiene su origen, genéricamente, en la infracción, a través de la presencia y actuación en la red, de los derechos que confieren la marca, otros signos distintivos y el régimen jurídico de tutela de otras denominaciones, por medio de la inclusión no autorizada de los mismos en un sitio web o en su código subyacente, o como un *link* o *frame* del mismo<sup>145</sup>.

Estas materias litigiosas tienen repercusión en temas jurisdiccionales con un doble alcance: en general respecto a todos los litigios en que se manifiestan; con carácter especial, en algunos de tales litigios, por la implantación de un específico medio de solución extrajudicial.

En cuanto a las repercusiones generales sobre aspectos jurisdiccionales:

1º) Reaparece el problema de la competencia judicial internacional, dado que los variados elementos de la conducta infractora estarán relacionados con ámbitos de diferentes soberanías<sup>146</sup>. Según cómo sea resuelto ese problema pueden suscitarse cuestiones referidas al reconocimiento y ejecución de resoluciones en un ámbito de soberanía distinto a aquél en que se dictaron<sup>147</sup>.

---

<sup>142</sup> *Muñoz Machado*, La regulación de la red, p. 151-164; *De Miguel Asensio*, Derecho privado de Internet, p. 480-490; *Cebrián*, La red, p. 102-105.

<sup>143</sup> Véase la sugerente obra de *Schlessig*, El código y otras leyes del ciberespacio, Taurus, Madrid, 2001, *passim*. La descripción, muy simplificada, de la acepción que este autor asigna a “código” sería la de conjunto de *hardware* y *software* creados y aplicados, que configuran las relaciones en el ciberespacio, abren, cierran y condicionan posibilidades de acción en el mismo, y lo hacen con efectividad más contundente que las normas jurídicas. El “código” es fáctico, pero no hay que confundirlo con la realidad de la naturaleza, dado que es producto de la acción humana.

<sup>144</sup> *Muñoz Machado*, La regulación de la red, p. 109-118; *De Miguel Asensio*, Derecho privado de Internet, p. 89-99; *Conseil D'Etat*, Internet et les réseaux numériques, p. 111-121

<sup>145</sup> *De Miguel Asensio*, Derecho privado de Internet, p. 130-141.

<sup>146</sup> *De Miguel Asensio*, Derecho privado de Internet, p. 150-165.

<sup>147</sup> *De Miguel Asensio*, Derecho privado de Internet, p. 165-171; *Conseil D'Etat*, Internet et les réseaux numériques, p. 164-165.



Estas consideraciones han sido también tenidas en cuenta en los Informes del Primero y del Segundo Proceso de la OMPI, para fundamentar sus propuestas sobre solución de litigios<sup>148</sup>. Además de lo que después diremos sobre un procedimiento especial para la solución de ciertas controversias sobre marcas y nombres de dominio, estas consideraciones conducen a recomendar el arbitraje, como medio de solución que permite superar los problemas de plurijurisdiccionalidad<sup>149</sup>, o la sumisión, en el momento del registro, a la competencia judicial internacional de determinados Estados, lo que permite clarificar la atribución de esta competencia<sup>150</sup>.

2º) Por la potencialidad técnica del medio en el que se mueven los actos lesivos, el daño se extiende con gran rapidez y alcanza gran magnitud, lo que aconseja potenciar la tutela de urgencia<sup>151</sup>.

Con carácter especial -pero muy significativo por el tipo de litigios- las consideraciones apuntadas han sido la base de los trabajos de la OMPI para recomendar a la ICANN -entidad competente para la ordenación y organización del registro de nombres de dominio, y que se encarga, a través de otras entidades acreditadas, del registro bajo nombres de nivel superior genérico- la inclusión en los contratos de registro de una cláusula sobre solución extrajudicial de algunas controversias por colisión entre los derechos de marca y los nombres de dominio.

### **C) *Litigiosidad en materia de derechos de autor y de derechos afines***

Las implicaciones jurídico-materiales de las nuevas tecnologías con la propiedad intelectual son amplísimas. Desde nuevos objetos del ingenio humano que son tutelables como propiedad intelectual (por ejemplo, programas de ordenador y otras aplicaciones informáticas, bases de datos informáticas, obras multimedia), hasta los cambios en las formas de comunicación de las obras, pasando por novedades en cuanto al régimen de las copias autorizadas<sup>152</sup>.

Las repercusiones sobre aspectos jurisdiccionales de las situaciones litigiosas que se generen en esta materia presentan, básicamente, coincidencia con las constatadas en otras materias antes vistas:

1º) Problemas de competencia judicial internacional para determinar los tribunales de qué Estado han de conocer de la demanda, presupuestas las variadas conexiones con ámbitos de soberanía diversos de los sujetos y otros elementos relevantes<sup>153</sup>.

---

<sup>148</sup> La gestión de los nombres y direcciones de Internet: cuestiones de propiedad intelectual, Informe Final sobre el Proceso de la OMPI relativo a los Nombres de Dominio de Internet, 30 de abril de 1999, apartados 133, 142-146; El reconocimiento de los derechos y el uso de nombres en el sistema de nombres de dominio de internet, Informe del Segundo Proceso de la OMPI relativo a los Nombres de Dominio de Internet, 3 de septiembre de 2001, apartados 65-67. Ambos se pueden encontrar en <http://wipo2.wipo.int>

<sup>149</sup> Informe OMPI 1, apartados 229-238.

<sup>150</sup> Informe OMPI 1, apartados 141-146.

<sup>151</sup> *Conseil D'Etat*, Internet et les réseaux numériques, p. 154, 162-163; Informe OMPI 1, apartados 132, 200-2001.

<sup>152</sup> *Muñoz Machado*, La regulación de la red, p. 191-220; *De Miguel Asensio*, Derecho privado de Internet, p. 176-264.

<sup>153</sup> *Muñoz Machado*, La regulación de la red, p. 245-254; *De Miguel Asensio*, Derecho privado de Internet, p. 264-275; *Conseil D'Etat*, Internet et les réseaux numériques, p. 164-165.

2º) Relacionados con lo anterior, surgen problemas de exequátur en Estados distintos a aquél cuyos tribunales hubieran otorgado la tutela<sup>154</sup>.

3º) La rapidez con la que pueden producirse e incrementarse la lesión de los derechos de propiedad intelectual en la red aconseja reforzar la tutela urgente<sup>155</sup>.

#### **D) Litigios respecto de otros derechos sobre bienes inmateriales**

La lesión de derechos e intereses protegidos por la legislación sobre competencia desleal o sobre publicidad, producida por actuaciones en la red, cuando no presentan ningún contacto con la protección de la marca, tienen unas repercusiones sobre materias jurisdiccionales de la misma clase que las apuntadas, como repercusiones generales, al tratar de las marcas<sup>156</sup>.

Merece especial mención la litigiosidad que puede surgir por la práctica del *spamming* -publicidad por correo electrónico no solicitada-<sup>157</sup>. En la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico, que contiene previsiones sobre la actividad publicitaria en la red (arts. 6 y 7), se fomenta la aplicación de medios de solución extrajudicial de litigios (art. 17) y se impone la previsión de tutelas judiciales rápidas y que provisionalmente pongan fin a infracciones y eviten más perjuicios a los intereses afectados (art. 18).

#### **E) Litigiosidad derivada de la contratación electrónica**

La litigiosidad derivada de la contratación electrónica de bienes y servicios<sup>158</sup> tiene diversas repercusiones en materias jurisdiccionales.

1º) En primer término, y por la natural deslocalización de las actividades en Internet o por la muy diferenciada y, a veces, desconocida vinculación de los elementos de la relación contractual con varios ámbitos de soberanía, se plantean problemas de competencia judicial internacional, cuyo modo de solución puede repercutir después en la eficacia ejecutiva de la sentencia en ámbitos de soberanía distintos al del Estado cuyos tribunales han resuelto<sup>159</sup>.

2º) Las mismas razones anteriores, a las que se unen otras, como las del escaso valor de cada transacción singularmente considerada, el contenido tecnológico del

---

<sup>154</sup> De Miguel Asensio, Derecho privado de Internet, p. 275-278; *Conseil D'Etat*, Internet et les réseaux numériques, p. 164-165.

<sup>155</sup> *Conseil D'Etat*, Internet et les réseaux numériques, p. 153-154, 162-163; Tratado OMPI sobre Derechos de Autor (arts. 11, 12 y 14) y en el Tratado OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (arts. 18, 19 y 23), ambos Tratados aprobados en la Conferencia Diplomática de Viena, 2 al 20 de diciembre de 1996; artículo 8 de la Directiva 2001/29/CE, relativa a la armonización de ciertos aspectos de los derechos de autor y afines en la sociedad de la información.

<sup>156</sup> De Miguel Asensio, Derecho privado de Internet, p. 142-149; *Conseil D'Etat*, Internet et les réseaux numériques, p. 57-62.

<sup>157</sup> Muñoz Machado, La regulación de la red, p. 144-149; De Miguel Asensio, Derecho privado de Internet, p. 142-171.

<sup>158</sup> Muñoz Machado, La regulación de la red, p. 119-135; De Miguel Asensio, Derecho privado de Internet, p. 289-329; Iniciativa europea de comercio electrónico. Comunicación al Parlamento europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones, de 112 de abril de 1997, disponible en <http://www.ispo.cec.be/Ecommerce>, capítulo I; Juliá Barceló, Comercio electrónico entre empresarios. La formación y prueba del contrato electrónico (EDI), cit., *passim*; Martínez Nadal, Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación, cit., *passim*.

<sup>159</sup> De Miguel Asensio, Derecho privado de Internet, p. 67-68; Pérez Renobales, Ley y jurisdicción aplicable, en "Derecho de Internet", cit., p. 339-354.

litigio o la conveniencia de una solución rápida, aconsejan la aplicación de medios de solución no jurisdiccionales<sup>160</sup>.

3º) La celeridad con la que se desarrollan las relaciones en la red y la facilidad con la que un eventual responsable podría eludir las consecuencias jurídicas de su conducta, justifican que se aconseje el establecimiento de un sistema de tutela provisional apto para poner fin a las infracciones y evitar nuevos perjuicios<sup>161</sup>.

4º) Sin duda, la repercusión más específica e importante -porque excede del campo de la contratación electrónica para afectar, en general, al requisito de la forma de los actos jurídicos- es la relativa al valor jurídico y, particularmente, a la eficacia probatoria de los soportes electrónicos como forma de expresión de la voluntad negocial. Este aspecto es, entre las repercusiones jurisdiccionales-procesales de las materias litigiosas influidas por las nuevas tecnologías, el que ha merecido una atención más amplia y específica por parte de la legislación y de la doctrina jurídica, como se observará en el siguiente apartado 2.

## **2. La eficacia probatoria de los soportes electrónicos**

La consideración de las ventajas de los medios electrónicos, informáticos y telemáticos conduce a un aumento del uso social de los mismos y abre el camino a completar, primero, y a sustituir, después, los medios técnicos que, con anterioridad, cumplían la función que, con el tiempo y de modo más útil, pasará a ser desempeñada por las nuevas tecnologías.

En concreto, la fijación y constancia del pensamiento y la voluntad humanas que, por mucho tiempo, ha quedado confiada al papel mediante escritura, pueden hoy conseguirse por incorporación a otro tipo de soportes, cuyo tratamiento ofrece grandes ventajas prácticas en cuanto, por ejemplo, el archivo de la información, pero, principalmente, en cuanto a la transmisión de la misma, que puede realizarse con extraordinaria rapidez entre personas que se hallan geográficamente distantes y que no han tenido contacto personal directo.

No obstante, hay una ventaja práctica que no deriva o resulta del simple progreso tecnológico. Es el valor jurídico que deba reconocerse a la voluntad y conocimiento humanos expresados en dichos soportes o instrumentos.

En el contexto tecnológico del papel escrito, la firma u otro signo equivalente sobre el documento, estampado por la persona que realiza la declaración, sirve para identificar a su autor, para atribuirle la declaración efectuada y para demostrar su acuerdo con el contenido objetivo del documento. Obviamente, nada de esto pone a salvo de situaciones de violencia, intimidación o fraude que puede padecer quien ha puesto la firma, ni frente a las multiformes posibilidades de falsedad material. En el caso de que la eficacia jurídica del documento escrito dependa de su remisión y recepción por otra persona, la naturaleza del soporte material utilizado no garantiza frente a la sustracción de documento a su curso normal, ni frente a la no recepción, ni frente a la falsa declaración de no recepción. Precisamente en previsión de todas estas

---

<sup>160</sup> *Muñoz Machado*, La regulación de la red, p. 133-134; *De Miguel Asensio*, Derecho privado de Internet, p. 420-431. En esta orientación es destacable el art. 17 de la Directiva 2000/31/CE, abreviadamente denominada de comercio electrónico, que es seguida por el art. 31 y la disposición adicional 3ª del proyecto de ley española de comercio electrónico.

<sup>161</sup> Por ejemplo, art. 18 Directiva 2000/31/CE, sobre comercio electrónico.

anomalías posibles el ordenamiento tiene establecido un complejo sistema de medios preventivos -por ejemplo, la intervención de fedatarios públicos, o de terceros especialmente fiables- y represivos -ineficacia negocial por vicios de la voluntad, tratamiento civil y penal de la falsedad-.

Las características materiales de los medios electrónicos, informáticos y telemáticos imponen otra clase de requisitos como condicionantes para el reconocimiento de efectos jurídicos a esos nuevos soportes o instrumentos.

En primer término, si se usan esos soportes puede ser más simple la suplantación del autor en la realización del signo material necesario para entender que el mismo asume como propia una declaración. No es necesario el esfuerzo de imitar la firma, sino que basta el simple uso ilegítimo de una tarjeta con banda magnética o chip, correspondiente a determinado titular.

En segundo término, si la declaración está destinada a llegar a determinado receptor a través de la red, puede ser esencialmente dudoso si la ha emitido quien dice haberlo hecho, si ha sido o no recibida por el destinatario, si éste la ha aceptado -siendo esto relevante- y si el contenido de la declaración que el autor asume como propio ha permanecido inalterado o ha sufrido modificaciones en las operaciones de emisión, transmisión y recepción<sup>162</sup>.

Para dotar de consecuencias jurídicas a los negocios jurídicos realizados en esta nueva forma es necesario rodear el uso de la misma de unos requisitos indispensables de seguridad, lo que redundará en su efectiva y más amplia utilización<sup>163</sup>.

Los objetivos a conseguir en cuanto a requisitos de seguridad pueden resumirse, con Martínez Nadal<sup>164</sup>, en que, con el empleo de las técnicas utilizadas, quede garantizado:

1º) Que la declaración procede de quien afirma haberla emitido.

2º) Que el contenido de la declaración no ha sido alterado durante la transmisión.

3º) Que el emisor realmente la remitió y el receptor efectivamente la recibió.

No es, en cambio, un requisito relevante para la realidad y autenticidad objetiva y subjetiva de la declaración, que su contenido haya permanecido confidencial durante la transmisión.

#### ***A) Técnicas de seguridad e intervención de los poderes públicos en la regulación de las mismas y supervisión de su aplicación***

Los objetivos de seguridad pueden alcanzarse con la aplicación de determinadas técnicas, que sean científicamente idóneas para justificar el mayor grado de probabilidad en la consecución de aquellos objetivos. Pero, por otra parte, en cuanto al

---

<sup>162</sup> Iniciativa europea de comercio electrónico, 12 de abril de 1997, capítulo 3, párrafo 35; *Martínez Nadal*, Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación, p. 31-33; *De Miguel Asensio*, Derecho Privado de Internet, p. 329-330; *Sanchis Crespo*, La prueba por soportes informáticos, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 89-90.

<sup>163</sup> Iniciativa europea de comercio electrónico, 12 de abril de 1997, capítulo 3, párrafo 35; Informe sobre la comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre una Iniciativa europea de comercio electrónico, 4 de mayo de 1998, A4-0173/98, apartado O de la resolución y 5.3 de la exposición de motivos.

<sup>164</sup> *Martínez Nadal*, Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación, p. 34-35.

acto realizado en forma electrónica se le deban vincular consecuencias jurídicas, los poderes públicos intervienen con diversa intensidad en el régimen -tanto normativo, como de aplicación- de las técnicas de seguridad.

a) *Los medios técnicos generadores de seguridad*

Las técnicas disponibles -o en etapa de investigación o experimentación- para dotar de seguridad a la emisión y transmisión de declaraciones en soporte informático, son variadas y, en cuanto su existencia depende del progreso tecnológico, se hallan abiertas a evolución y cambio. A título ilustrativo nos referiremos a las más importantes.

a') Técnicas de contraseña

La declaración es considerada como emitida por determinada persona porque el receptor de la declaración puede partir de la base de que sólo esa persona conoce el dato de identificación (código secreto, número de identificación personal, frase en clave) que ha utilizado para realizar el acto de que se trate<sup>165</sup>.

Como indica el Grupo de Trabajo de la CNUDMI sobre comercio electrónico, esta técnica tiene varios inconvenientes: se requiere que la palabra utilizada sea secreta o difícil de obtener; en segundo lugar, es necesario que las partes tengan una relación previa en que puedan “compartir” la palabra o las palabras secretas<sup>166</sup>.

b') Criptografía simétrica o de clave secreta

La seguridad se basa en el cifrado o encriptación de la declaración y en la limitada disponibilidad de las claves de cifrado.

Dos partes comparten la clave para encriptar y desencriptar el mensaje y, en esa medida, cada una de ellas puede confiar en que la declaración ha sido emitida por la otra parte. Sin embargo, por ese mismo modo de operar el sistema, éste no garantiza frente a un tercero cuál de los conocedores de la clave ha emitido inicialmente (o modificado con posterioridad) la declaración encriptada. Por otro lado la entrega de la clave ha de rodearse de grandes precauciones, porque su descubrimiento por tercero quiebra la seguridad *inter partes* que es, precisamente, la que el sistema principalmente garantiza<sup>167</sup>.

Esta técnica comparte, pues, los inconvenientes de las técnicas de contraseña.

c') Técnicas biométricas

Consisten en el uso de signos personales absolutamente identificadores de quien emite la declaración<sup>168</sup>.

---

<sup>165</sup> *Sanchis Crespo*, La prueba por soportes informáticos, p. 90; *Juliá Barceló*, Comercio electrónico entre empresarios, p. 211.

<sup>166</sup> ONU, Asamblea General, A/CN.9/446, 11 de febrero de 1998, CNUDMI, Informe del Grupo de Trabajo sobre comercio electrónico acerca de la labor de su 32º periodo de sesiones (Viena, 19 a 30 de enero de 1998), párrafo 92.

<sup>167</sup> *Martínez Nadal*, Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación, p. 44-45.

<sup>168</sup> *Martínez Nadal*, Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación, p. 39-40, nota 20; *Sanchis Crespo*, La prueba por soportes informáticos, p. 90-91; *Juliá Barceló*, Comercio electrónico entre empresarios, p. 211.



Se hacen valer con finalidad de identificación “cualidades innatas de las personas, como las huellas digitales, la retina, el iris, las huellas manuales, los registros de voz, y las firmas manuales”. Dado que todas estas características son únicas e irrepetibles, representan un método excelente de autenticación, dado lo difícil que es manipular o alterar esos sistemas. Sin embargo, tienen el inconveniente de que su costo de realización es alto, ya que requieren equipos técnicos complejos para obtener (y contrastar) información sobre la característica de la persona, y, además, el funcionamiento de estos equipos no está exento de dificultades <sup>169</sup>

d’) Técnicas de criptografía asimétrica o de clave pública

Estas técnicas <sup>170</sup>, las más difundidas actualmente, se basan en la existencia de dos claves. Una privada, que sirve para encriptar la declaración y que sólo ha de ser conocida o estar disponible por su titular (se halla, por ejemplo, en una tarjeta inteligente, que sólo puede activarse mediante un número de identificación personal o técnicas biométricas). Una clave pública, accesible en general y especialmente a los interesados en transacciones con los titulares de claves. Ambas claves están matemáticamente relacionadas, pero el cómputo inverso de la relación no debe ser factible a partir de la clave pública, porque ello afectaría a la esencia de seguridad del sistema. No obstante, esta garantía depende precisamente de la calidad de las claves y del estado de la técnica.

La encriptación puede hacerse de la totalidad de la declaración o de un resumen unívoco de la misma, obtenido con aplicación de una función *hash*.

Esta técnica garantiza que, si la clave pública descifra correctamente la declaración (o, en su caso, obtiene un *hash* igual al recibido y descifrado), la declaración ha sido emitida con el uso de la clave privada del titular de la clave pública, y que el contenido de la declaración no ha sido alterado en la transmisión -o, al menos, que no lo ha sido sin el uso de la clave privada-.

El sistema de criptografía asimétrica no resuelve por su sola técnica la cuestión del no rechazo en destino (constatación de recepción), ni la de la autenticidad subjetiva, al menos de modo completo. La clave pública de García permite constatar con seguridad que la declaración se encriptó con el uso de la clave privada de García, pero no permite saber si quien aparece como titular de la clave pública (es decir, García) es el que efectivamente ha usado la clave privada de García, ni siquiera si quien dice ser García lo es. Puede ocurrir tanto que, en la asignación de las claves,

---

<sup>169</sup> ONU, Asamblea General, A/CN.9/446, 11 de febrero de 1998, CNUDMI, Informe del Grupo de Trabajo sobre comercio electrónico acerca de la labor de su 32º periodo de sesiones (Viena, 19 a 30 de enero de 1998), párrafo 93.

<sup>170</sup> Explicaciones de este sistema criptográfico y de sus características técnicas pueden encontrarse en, *Martínez Nadal*, Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación, p. 45-58; *Sanchis Crespo*, La prueba por soportes informáticos, p. 92-97; *Juliá Barceló*, Comercio electrónico entre empresarios, p. 230-239; *Alonso Ureba/Alcover Garau*, La firma electrónica, en “Derecho de Internet”, cit., p. 181-190; *Temboury Redondo*, La prueba de los documentos electrónicos en los distintos órdenes jurisdiccionales, en “Derecho de Internet”, cit., p. 411-415; *Ormazábal Sánchez*, La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos, La Ley, Madrid, 2000, p. 214-217.



López se haga pasar por García, como que Pérez descubra y use ilegítimamente la clave privada de García.

Una parte de este problema se resuelve adecuadamente con la figura de las entidades de certificación que, al tiempo que se encargan de la difusión de las claves públicas, hacen constar que la persona que aparece identificada como titular de una clave pública es, también, la que tiene asignada la clave par privada (secreta).

Las garantías en la constatación de la identidad del titular de las claves por parte de la entidad de certificación dan lugar a una gama de situaciones que pueden ser relevantes para el valor probatorio de la declaración electrónicamente firmada. Así, la asignación de claves y dispositivos de creación de firma puede ser precedida de una simple aportación de documentos acreditativos de la identidad o requerir, además, la presencia física del titular; incluso, en fin, la identificación y entrega puede realizarse ante notario<sup>171</sup>.

Por otra parte, los certificados tienen una validez temporal por diversas causas: ordinariamente se pactan con un periodo de vigencia, especialmente pueden ser revocados (por ejemplo, para evitar daños en caso de extravío o de privación ilegítima de la clave privada), en fin pueden ser afectados por cambios en las declaraciones de prácticas de certificación de la entidad. Esto determina la necesidad de una solución técnica a la constatación del momento en que se ha emitido la declaración firmada electrónicamente para determinar si queda o no cubierta por la validez temporal del certificado y por la especial eficacia jurídica que derive de un certificado vigente<sup>172</sup>.

*b) Intervención de los poderes públicos en la regulación y supervisión de las técnicas de seguridad: configuración de supuestos de hecho normativos de soportes electrónicos que contienen declaraciones de voluntad o de conocimiento*

Es cierto que la técnica no pertenece estrictamente al campo de lo fáctico. La misma se fundamenta en reglas cuya precisa aplicación o seguimiento permite obtener, precisamente, unos determinados resultados. La previsibilidad de estos resultados y la exactitud de su producción si se aplican correctamente las reglas técnicas, fomenta la confianza en las mismas y su utilización.

En este sentido, en virtud de la simple calidad de las técnicas de seguridad para las transacciones electrónicas en la red, es posible que éstas alcancen un elevado grado de desarrollo.

Pero estas técnicas se aplican a transacciones jurídicas respecto de las cuales siempre puede surgir la litigiosidad. Y uno de los motivos de esta litigiosidad puede ser el real o aparente fallo de la técnica.

Es ineludible, entonces, que a las reglas de la técnica se superponga una regla jurídica, que determine cómo debe un tribunal resolver ciertas cuestiones si el asunto litigioso se refiere a una declaración instrumentada electrónicamente o comunicada telemáticamente, y son relevantes, para establecer la certeza de los hechos, las técnicas de seguridad de los soportes de la declaración o de la transmisión de la misma.

---

<sup>171</sup> *Martínez Nadal*, Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación, p. 67-69.

<sup>172</sup> *Martínez Nadal*, Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación, p. 72-80.

Cuando la norma jurídica penetra en este campo lo hace para discriminar entre las diversas técnicas (disponibles o de previsible disposición), atendiendo a características relevantes de las mismas, para, después, vincular a unas sí y a otras no, determinadas consecuencias jurídicas, o para anudar a las diversas técnicas consecuencias jurídicas también distintas.

En los dos siguientes apartados B y C nos proponemos revisar, tomando en consideración textos normativos (o proyectos de tales) significativos, las diversas configuraciones de la primera parte de una norma jurídica en materia de firma electrónica; es decir, el supuesto de hecho, como conjunto de características a las que la norma vincula consecuencias jurídicas respecto a la eficacia de las declaraciones formalizadas en soportes electrónicos.

Se puede anticipar que los modos de configurar el supuesto (los supuestos) de hecho en esta materia son muy variados y presentan diversos grados de complejidad, comprensivos, en ocasiones, de la implantación de un específico sector empresarial sujeto a multiforme supervisión administrativa.

***B) Dos modelos extremos para establecer el supuesto de hecho en cuanto al modo de referirse a las técnicas de seguridad del soporte electrónico***

Mencionaremos, en primer término, dos modos diametralmente opuestos de diseñar los supuestos de hecho, aunque el primero de tales modos carece probablemente de realidad normativa.

*a) El supuesto de hecho limita la eficacia jurídica al caso de que se haya aplicado una concreta regla técnica de seguridad*

La ley sólo reconocería eficacia jurídica a la declaración formalizada en soporte electrónico si la misma se hubiera efectuado o transmitido con arreglo a unas especificaciones técnicas de seguridad normalizadas y descritas en la propia ley o por remisión de ésta a estándares de normalización<sup>173</sup>.

Este modo de configurar el supuesto de hecho permitiría una constatación absolutamente objetiva del ajuste entre el soporte utilizado en la realidad y el supuesto legal. Podría ser necesario un dictamen pericial para verificar el cumplimiento de los requisitos de la norma técnica.

No obstante, representa una solución inadecuada para el problema ahora considerado, puesto que inmoviliza el tratamiento jurídico de una realidad técnica en constante evolución. En consecuencia, es más adecuado presuponer que la razonable seguridad que debe estar en la base del reconocimiento de eficacia jurídica a declaraciones en soporte electrónico puede ser alcanzada mediante técnicas muy diversas<sup>174</sup>.

---

<sup>173</sup> Sobre la normalización en general y sus problemas jurídicos puede verse muy útilmente *Álvarez García*, *La normalización industrial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, *passim*.

<sup>174</sup> De ahí el criterio de la neutralidad tecnológica que preside los trabajos en esta materia, sobre el que puede verse, por todos, el párrafo 250 del Informe de la CNUDMI sobre la labor realizada en su 30º periodo de sesiones, 12 a 30 de mayo de 1997, A/52/17.

*b) Configuración del supuesto de hecho mediante conceptos jurídicos indeterminados, sin ulterior referencia a medios complementarios idóneos para alcanzar los estándares fijados*

Este modo es característico de instrumentos de unificación legislativa, que deben dejar un amplísimo margen al poder legislativo de los Estados. Por ello han de sumir también muy estrictamente un criterio de neutralidad tecnológica.

Pueden servir como ejemplo de este modo de configurar el supuesto de hecho los artículos 7<sup>175</sup> y 9.2<sup>176</sup> de la Ley Modelo CNUDMI sobre comercio electrónico.

De la absoluta rigidez del modelo anterior pasamos, ahora, a la necesidad de que el juez examine cada caso singular para verificar si se cumplen los conceptos jurídicos indeterminados establecidos por la norma. Para esta tarea precisará indefectiblemente de la prueba pericial.

La norma se limita a establecer unos estándares de seguridad de la declaración emitida en soporte electrónico, pero no especifica unos medios complementarios idóneos para garantizar la consecución de esos estándares, de modo que la labor de apreciación del juez pueda ser facilitada al menos cuando esos medios han sido utilizados.

***C) El modelo predominante y sus variantes: establecimiento normativo de estándares de seguridad y estructuras destinadas a garantizarlos***

El modelo más frecuente en los ordenamientos<sup>177</sup> para configurar los supuestos de hecho condicionantes de la eficacia jurídica -específicamente probatoria- de los soportes electrónicos combina los dos componentes que he mencionado en el epígrafe.

Este modelo se caracteriza, a pesar de sus variantes, porque los estándares de seguridad son complementados por una estructura que tienen por objeto hacer posible su cumplimiento y que está integrada por entidades técnico-empresariales y por administraciones públicas que, con grados diversos de interacción, concretan niveles de seguridad, con repercusión, por intermedio de normas de diferente rango, en la eficacia jurídica que deba ser reconocida al soporte electrónico.

No obstante, ninguno de los ordenamientos que acogen este modelo excluye la posibilidad de que un tribunal reconozca eficacia jurídica a los soportes electrónicos apreciando directamente, en su caso con auxilio de la prueba pericial, la concurrencia de unos conceptos jurídicos indeterminados.

---

<sup>175</sup> “Cuando la ley requiera la firma de una persona, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos: a) Si se utiliza un método para identificar a esa persona y para indicar que esa persona aprueba la información que figura en el mensaje de datos; y b) Si ese método es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente”.

<sup>176</sup> “Toda información presentada en forma de mensaje de datos gozará de la debida fuerza probatoria. Al valorar la fuerza probatoria de un mensaje de datos se habrá de tener presente la fiabilidad de la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la fiabilidad de la forma en la que se haya conservado la integridad de la información, la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente”.

<sup>177</sup> Sobre la actual preponderancia de este modelo, véase párrafo 250 del Informe de la CNUDMI sobre la labor realizada en su 30º periodo de sesiones, 12 a 30 de mayo de 1997, A/52/17; CNUDMI, Informe del Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico acerca de la labor de su 31º periodo de sesiones (Nueva York, 18 a 28 de febrero de 1997), A/CN.9/437, párrafos 20 al 22.

a) *El régimen de la firma electrónica en los países del ámbito del Instituto*

La información proporcionada por los miembros del Instituto permite elaborar este panorama -incompleto<sup>178</sup>- del estado de la cuestión en los ordenamientos latinoamericanos, español y portugués, recordando que ahora sólo se consideran los supuestos de hecho, las modalidades de soporte electrónico según las técnicas de seguridad de las que aparecen revestidos.

a') Argentina

La Ley 25.506, de Firma Digital, publicada en el Boletín Oficial el 14 de diciembre de 2001<sup>179</sup>, distingue dos modalidades de documentos electrónicos, con incidencia, según veremos después, en su eficacia jurídica:

1º) Documento con firma electrónica simple (art. 5).

2º) Documento digital con firma digital (art. 2<sup>180</sup>), respaldada por certificado digital (arts. 13 al 16), expedido por un certificador (arts. 17-19) con licencia concedida por la Administración pública competente (arts. 20, 29 y 30).

b') Chile

La Ley número 19.799 sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma permite diferenciar:

1º) Documentos con firma electrónica simple (art. 2, f<sup>181</sup>).

2º) Documento con firma electrónica avanzada (art. 2, g<sup>182</sup>) respaldada por certificado (arts. 15 y 16) expedido por un prestador de servicios de certificación (arts. 11-14), acreditado por la administración pública competente (arts. 17-19).

c') Costa Rica

Aunque se carece de información sobre el contenido del proyecto de Ley de Firma Digital y Certificaciones Digitales, se puede apuntar que el CPC considera genéricamente los soportes electrónicos para asignarles eficacia jurídica probatoria<sup>183</sup>.

d') España

El Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de octubre, regulador de la firma electrónica, a pesar de la apariencia del artículo 2, apartados a y b, no configura como

---

<sup>178</sup> Además de los textos que son objeto de estudio, hay otras leyes y proyectos que el ponente no ha podido analizar por no disponer de los mismos. Así, las leyes brasileña, colombiana, panameña, peruana y venezolana y los proyectos de Ecuador y Costa Rica.

<sup>179</sup> Agradezco a los Dres. Del Blanco y Díaz Solimine la remisión del texto de la ley, de cuyo proyecto ya daba cuenta *Gozáini*, Informe Argentina.

<sup>180</sup> “Se entiende por firma digital al resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose ésta bajo su absoluto control. La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes, tal que dicha verificación simultáneamente permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma. Los procedimientos de firma y verificación a ser utilizados para tales fines serán los determinados por la Autoridad de Aplicación en consonancia con estándares tecnológicos internacionales vigentes”.

<sup>181</sup> “Cualquier sonido, símbolo o proceso electrónico, que permite al receptor de un documento electrónico identificar al menos formalmente a su autor”.

<sup>182</sup> “Aquella certificada por un prestador acreditado, que ha sido creada usando medios que el titular mantiene bajo su exclusivo control, de manera que se vincule únicamente al mismo y a los datos a los que se refiere, permitiendo la detección posterior de cualquier modificación, verificando la identidad de su titular e impidiendo que desconozca la integridad del documento y su autoría”.

<sup>183</sup> *Artavía*, Informe Costa Rica.

supuestos de hecho dos clases de firma electrónica, sino tres, y las diferencias -que luego repercuten en las consecuencias jurídicas- radican en las técnicas aplicadas para la formación de la firma y en la intensidad de la reglamentación y supervisión administrativos a las que han estado sometidas. Veamos las características principales de cada supuesto.

1º) La firma electrónica avanzada es el supuesto que podemos considerar ordinario o más general.

Esta firma permite “la identificación del signatario y ha sido creada por medios que éste mantiene bajo su exclusivo control, de manera que está vinculada únicamente al mismo y a los datos a los que se refiere, lo que permite que sea detectable cualquier modificación ulterior de éstos” (art. 2, b), ha de estar basada en un certificado reconocido y ha de haberse producido por un dispositivo seguro de creación (art. 3.1).

El requisito de certificado reconocido se cumple con la expedición del mismo (art. 8) por un prestador de servicios de certificación, que está sujeto a requisitos y deberes establecidos legal y reglamentariamente (arts. 11-15), pero cuya actividad no depende de una previa autorización administrativa cuya concesión se halle condicionada por la comprobación de que se cumplen tales requisitos y deberes. Basta su inscripción en un registro (art. 7). Durante el ejercicio de su actividad las entidades que prestan estos servicios están sujetas a supervisión administrativa (art. 16) y a un régimen sancionador administrativo (art. 24 y siguientes).

El requisito del dispositivo seguro depende de que se entienda que cumple unas exigencias fijadas por el art. 19<sup>184</sup>, lo que, normalmente, tendrá que apreciar tribunal, generalmente con el auxilio de la prueba pericial. No obstante, el tribunal presumirá que se cumplen tales exigencias si el producto se ajusta a unas normas técnicas cuyos números de referencia se publican en el Diario Oficial de la Comunidad Europea y en el Boletín Oficial del Estado (art. 20), aunque tal vez para apreciar ese ajuste el tribunal también necesite de la prueba pericial.

En definitiva, para entender que el soporte electrónico aportado es subsumible en este supuesto de hecho (firma electrónica avanzada) el tribunal ha de considerar probada la serie de hechos accesorios mencionados.

2º) Un segundo supuesto es el de la firma electrónica avanzada cualificada.

Este supuesto es más complejo. Consiste en introducir constataciones administrativas previas sobre los datos determinantes de la seguridad de la firma, lo que permite, como mínimo, establecer la presunción de que se cumplen los requisitos legales que, en el supuesto anterior, era necesario que el tribunal constara caso por caso (art. 3.1, párrafo segundo<sup>185</sup>).

---

<sup>184</sup> “A efectos del artículo 2 f), para que se entienda que el dispositivo de creación de una firma electrónica es seguro, se exige: 1º Que garantice que los datos utilizados para la generación de firma puedan producirse sólo una vez y que asegure, razonablemente, su secreto. 2º Que exista seguridad razonable de que dichos datos no puedan ser derivados de los de verificación de firma o de la propia firma y de que la firma no pueda ser falsificada con la tecnología existente en cada momento. 3º Que los datos de creación de firma puedan ser protegidos fiablemente por el signatario contra la utilización por otros. 4º Que el dispositivo utilizado no altere los datos o el documento que deba firmarse ni impida que éste se muestre al signatario antes del proceso de firma”.

<sup>185</sup> “Se presumirá que la firma electrónica avanzada reúne las condiciones necesarias para producir los efectos indicados en este apartado, cuando el certificado reconocido en que se base haya sido expedido por un prestador de servicios de certificación acreditado y el dispositivo seguro de



Para este tipo de firma se requiere que el certificado reconocido esté expedido por un prestador de servicios de certificación acreditado. La acreditación se realiza ante la Administración pública, es voluntaria y se concede previa evaluación de la entidad de certificación por expertos (art. 6).

También es necesario que el dispositivo de creación de firma haya sido certificado como seguro por la Administración pública, previa evaluación (arts. 6 y 21).

3º) La “firma electrónica simple” es un supuesto de hecho al que se refiere el art. 3.2. Requiere, obviamente, que se trate de un soporte informático con contenidos atribuibles a alguien, pero a partir de ahí la delimitación es negativa por la ausencia de los requisitos del supuesto primero.

e’) México

El art. 210-A del Código federal de Procedimientos Civiles y el art. 89 del Código de Comercio sólo hacen una referencia general a la información generada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología, sin que los propios textos legales especifiquen modalidades de firma electrónica para asignarles especial eficacia<sup>186</sup>.

No obstante, el art. 90 del Código de Comercio sí que vincula una especial eficacia probatoria a los mensajes de datos enviados usando medios de identificación, tales como claves o contraseñas, o por un sistema de información programado por el emisor o en su nombre para que opere automáticamente.

f’) Portugal

El *Decreto-Lei* nº 290-D/99, de 2 de agosto, distingue tres supuestos de soporte electrónico a los efectos de vincularles consecuencias jurídicas diferentes:

1º) Documentos electrónicos susceptibles de representación como declaración escrita, dotados de firma digital certificada por entidad certificadora acreditada (art. 3, nº 1).

2º) Documentos electrónicos no susceptibles de representación como declaración escrita, dotados de firma digital certificada por entidad certificadora acreditada (art. 3, nº 3).

3º) Documentos electrónicos no dotados de firma electrónica o de una diferente a la firma digital certificada por entidad certificadora acreditada (art. 3, nº 5).

Un anteproyecto de modificación mantiene estos supuestos, pero sustituye firma digital certificada por entidad certificadora acreditada por firma electrónica cualificada acreditada, considerando como tal una firma electrónica avanzada basada en un certificado cualificado y creada mediante un dispositivo seguro de creación de firmas<sup>187</sup>.

---

creación de firma con el que ésta se produzca se encuentre certificado, con arreglo a lo establecido en el artículo 21”.

<sup>186</sup> Soto, Informe México, da cuenta de que “la Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C., ha realizado gestiones para que la Secretaría de Economía, dependiente del Ejecutivo Federal, autorice a la Asociación para ejercer las funciones de agencia certificadora, con la finalidad de que sean los propios notarios quienes presten el servicio de certificación de la firma electrónica”.

<sup>187</sup> De Sousa, Informe Portugal.



b) *El régimen de la firma electrónica en la Directiva de la Unión Europea y en algunos países de la Unión*

Tanto la ordenación española como la portuguesa, cuyas líneas generales se han expuesto, son normas estatales dictadas en cumplimiento de la Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica. Examinaremos ahora las características de este instrumento de unificación legislativa y también el modo en que se han plasmado en otros ordenamientos europeos.

a') Directiva 1999/93/CE, marco para la firma electrónica

También en este texto, a pesar de la apariencia que ofrece el art. 2.1 y 2, no se distinguen dos supuestos de firma electrónica sino tres:

1º) Firma electrónica simple<sup>188</sup>.

2º) Firma electrónica avanzada<sup>189</sup>.

3º) En fin, la firma electrónica avanzada cualificada que es la firma avanzada “basada en un certificado reconocido y creada por un dispositivo seguro de creación de firma” (art. 5.1). Con esta indicación se está haciendo referencia a la ordenación complementaria destinada a garantizar el cumplimiento de los requisitos de esta modalidad de firma electrónica<sup>190</sup>.

Probablemente por su calidad de instrumento de unificación normativa que deja a los Derechos de los Estados miembros un ámbito de libre configuración, la Directiva es poco definida al establecer las consecuencias jurídicas vinculadas a los distintos supuestos<sup>191</sup>. Del art. 5 de la Directiva sólo se deduce que a la firma electrónica avanzada cualificada se le han de vincular las consecuencias jurídicas más ventajosas, aunque, por otra parte, no pueden excluirse consecuencias jurídicas para los supuestos 1º y 2º antes mencionados.

b') Los rasgos generales de las ordenaciones italiana, alemana y francesa

La *Ley alemana de firma electrónica*, de 13 de junio de 1997, reconoce tres modalidades de la misma. Las de firma electrónica simple (§ 2.1) y firma electrónica avanzada (§ 2.2) reiteran las descripciones del art. 2 de la Directiva. El tercer supuesto es el de la firma electrónica avanzada cualificada (§ 2.3), que está vinculada a un certificado cualificado vigente en el momento de la creación de la firma (lo que remite a especiales requisitos que ha de cumplir la entidad de certificación -§ 2.7-) y

---

<sup>188</sup> Art. 2.1: “los datos en forma electrónica anejos a otros datos electrónicos o asociados de manera lógica con ellos, utilizados como medio de autenticación”.

<sup>189</sup> Art. 2.2: “la firma electrónica que cumple los requisitos siguientes: a) estar vinculada al firmante de manera única; b) permitir la identificación del firmante; c) haber sido creada utilizando medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control; d) estar vinculada a los datos a que se refiere de modo que cualquier cambio ulterior de los mismos sea detectable”.

<sup>190</sup> A esta ordenación se dedican el art. 3, con los anexos I al III (competencias administrativas -de reglamentación y de ejecución de los Estados miembros sobre los prestadores de servicios de certificación y sobre reconocimiento como seguros de los dispositivos de creación de firma), el art. 6 (responsabilidad de los prestadores de servicios de certificación), y el art. 7 (competencias administrativas de los Estados miembros para homologar certificados emitidos por entidad de certificación establecida en un Estado no miembro).

<sup>191</sup> Lo considera críticamente *Juliá Barceló*, Comercio electrónico entre empresarios. La formación y prueba del contrato electrónico (EDI), cit., p. 264-266.

ha sido creada mediante un dispositivo seguro (lo que remite a especiales garantías del dispositivo -§ 2.10-).

En el ordenamiento italiano, el art. 15.2 de la Legge 15 marzo 1997, n. 59, determina que “Gli atti, dati e documenti formati dalla pubblica amministrazione e dai privati con strumenti informatici o telematici, i contratti stipulati nelle medesime forme, nonché la loro archiviazione e trasmissione con strumenti informatici, sono validi e rilevanti a tutti gli effetti di legge”, pero delega en el Gobierno la fijación de “los criterios y modalidades de aplicación” de lo dispuesto en el apartado mencionado.

El Reglamento de 10 de noviembre de 1997 distingue, en cuanto a la vinculación de consecuencias jurídicas, entre el documento informático y el documento informático suscrito con firma digital.

La eficacia probatoria del primero está subordinada a que cumpla los requisitos previstos en el Reglamento (art. 5.2), principalmente en su art. 3 que, a su vez, reenvía a otro reglamento sobre aspectos técnicos.

El supuesto de hecho del documento informático con firma digital se cumple si al documento informático le ha sido asociada una firma digital (art. 5, párrafo 1), que se genera de acuerdo con un sistema de criptografía asimétrica, del que el Reglamento describe los elementos esenciales (arts. 7, 8, 9 y 10).

En Derecho francés la materia ha sido regulada por la Loi no. 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique. Esta ley, que reforma artículos del Code Civil, distingue varios supuestos de documento electrónico.

El supuesto más general posibilita que “L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité” (art. 1316-1 Code Civil, en la redacción de la Ley citada). La integración en concreto de los conceptos jurídicos indeterminados establecidos al final del apartado deberá comprobarla el tribunal caso por caso. En este supuesto ha de encuadrarse el documento electrónico que carezca de la especial cualificación que después diré. El tribunal deberá determinar si para la aposición de la firma electrónica se ha hecho uso “d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache” (art. 1316-4 Code Civil, en redacción de la Ley citada).

Supuesto especial de firma electrónica es uno cuyas características esta Ley no detalla, sino que defiere a una fijación “*par Décret en Conseil d'Etat*”. El art. 1316-4, párrafo segundo *Code Civil* dispone en su inciso segundo, una especial eficacia probatoria “*lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat*”.

También constituye un supuesto especial en el que las condiciones de la documentación electrónica han de fijarse “*par Décret en Conseil d'Etat*” para tener los efectos legales, los documentos auténticos autorizados por oficial público (nuevo párrafo del art. 1317 *Code Civil*: “*Il peut être dressé sur support électronique s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat*”).

**C) *Establecimiento de las consecuencias jurídicas para las diversas modalidades de soporte electrónico. En especial, su eficacia probatoria***

Corresponde ahora tratar de las consecuencias jurídicas que el ordenamiento vincula a los soportes electrónicos previstos en los supuestos de hecho normativos y además, según hemos visto, con variedad de modalidades.

Estas consecuencias jurídicas se establecen en distintos ámbitos. De una parte se proyectan sobre el requisito de forma de los actos y negocios jurídicos. Autorizan o prohíben, en general o para supuestos específicos, el uso de la forma electrónica, con incidencia sobre la validez o eficacia del acto. De esta materia no ha de tratarse ahora, porque su aspecto procesal fue precisamente considerado en la parte II de la ponencia - la autorización de la forma electrónica para los actos procesales- y en lo demás es una cuestión de Derecho material.

Por otra parte, esas consecuencias se proyectan en general sobre el proceso, en cuanto versan también sobre la eficacia probatoria de los soportes electrónicos.

La expresión “eficacia probatoria” de los soportes electrónicos tiene -tanto por su propia significación, cuanto por los problemas que se han planteado efectivamente en esta materia en la práctica judicial y en la doctrina jurídica- una pluralidad de acepciones que comprenden desde la admisión de tales soportes como medio de prueba y la clase de medio que es cauce para su introducción, hasta el valor probatorio que se les atribuya.

**a) *Eficacia probatoria entendida como admisibilidad en cuanto medio de prueba***

Tener eficacia probatoria significa, en primer lugar, que las fuentes de prueba - en el sentido de SENTÍS MELENDO- en las que consisten los soportes electrónicos, en cuanto soportes materiales y técnicos aptos para generar convicción, son admisibles en un proceso en calidad de medios de prueba. La respuesta dependerá del régimen de la admisión de pruebas de cada ordenamiento, en especial del *numerus apertus* o *clausus* de medios de prueba, y, en el segundo caso, de la previsión legal de un medio adecuado o de la amplitud interpretativa y de integración normativa que permita encuadrar esta nueva fuente que ha generado el avance tecnológico en algún medio expresamente regulado.

Esa respuesta es, de manera general, afirmativa. Lo es para ordenamientos que no cuentan con un régimen de la firma electrónica<sup>192</sup>. También es afirmativa la respuesta, y con especial claridad, en ordenamientos con legislación en esta materia. En efecto, es característica común la previsión normativa de que, aunque se trate de soportes electrónicos que no revistan las garantías de seguridad que regulan esos mismos textos, no se les debe negar eficacia probatoria, que habrá que entender en el mínimo contenido de ser admitidos en el proceso a través de un medio de prueba y, obviamente, sin perjuicio de cuál deba ser el régimen de su valoración.

El art. 5 de la Ley argentina se refiere al valor probatorio de los documentos sólo dotados de firma electrónica, de modo que su admisión como medio de prueba está presupuesto. El art. 5 de la Ley chilena se refiere a la admisión en juicio de cualquier documento electrónico, sin perjuicio del diferente valor probatorio de los mismos según sus modalidades. El art. 3.2 del Real-Decreto Ley español es muy

---

<sup>192</sup> *Artavía*, Informe Costa Rica; *Chacón*, Informe Guatemala, *Soto*, Informe México -destaca la norma expresa del art. 210-A del Código Federal de Procedimientos Civiles-.

explícito al disponer que “A la firma electrónica que no reúna todos los requisitos previstos en el apartado anterior, no se le negarán efectos jurídicos ni será excluida como prueba en juicio, por el mero hecho de presentarse en forma electrónica”. Igualmente el art. 3, nº 5 del *Decreto-Lei* portugués dispone que los documentos sin firma electrónica o con una diferente a la digital certificada por entidad acreditada serán admitidos como medios de prueba.

Las dos últimas disposiciones concretan -precisamente en el sentido de reconocimiento de la eficacia mínima de admisión como medio de prueba- la previsión del art. 5.2 de la Directiva europea<sup>193</sup>. Este mismo criterio es seguido por la nueva redacción de los arts. 1316-1 y 1316-3 del *Code Civil* francés, y está presupuesta por el art. 5 del Reglamento italiano de 10 de noviembre de 1997, y por la nueva redacción del § 292a ZPO, en cuanto estos preceptos sólo distinguen entre modalidades de soportes electrónicos a efectos de valor de la prueba ya admitida y practicada.

b) *¿A través de qué medio de prueba desarrollan su eficacia probatoria los soportes informáticos?*

Esta cuestión continúa situada en el plano de la eficacia en cuanto admisibilidad como medio de prueba, pero se refiere al aspecto más específico de a través de qué medio de prueba pueden ser introducidos en el proceso los soportes electrónicos. Es decir, cuáles son las posibilidades, cargas y deberes procesales de las partes en el caso de que se aporten como prueba, cuáles los poderes del tribunal y cuál la actividad procesal adecuada.

En teoría las posibilidades son dos. El ordenamiento puede regular un medio de prueba específico o puede encuadrar su introducción, con algún ajuste, en alguno o algunos de los medios tradicionalmente previstos. Obviamente, sólo la segunda alternativa está abierta si la propia admisión del soporte electrónico como medio de prueba no cuenta con expresa previsión normativa.

En los ordenamientos de nuestro ámbito las soluciones adoptadas son variadas.

a') Como medio de prueba documental

La Ley argentina se refiere a los soportes electrónicos como documentos (por ejemplo, arts. 2, 6, 8 10, entre otros muchos), pero la doctrina estima que la práctica de la prueba acaba siendo una combinación de los medios documental, pericial y de reconocimiento judicial<sup>194</sup>.

La ley chilena equipara los documentos electrónicos, según los requisitos que cumplan, a los documentos públicos y privados (art. 5). En el ordenamiento costarricense acceden al proceso como prueba documental, que puede ser reconocida expresa o tácitamente, y que, en caso de impugnación, es objeto de una prueba pericial auxiliar<sup>195</sup>. Es similar la solución en México<sup>196</sup> y en Guatemala<sup>197</sup>.

---

<sup>193</sup> Establece el criterio de que “no se niegue eficacia jurídica, ni la admisión como prueba en procedimientos judiciales” a los soportes electrónicos sin firma electrónica avanzada.

<sup>194</sup> *Gozaini*, Informe Argentina.

<sup>195</sup> *Artavía*, Informe Costa Rica.

<sup>196</sup> *Soto*, Informe México.

<sup>197</sup> *Chacón*, Informe Guatemala.

Entre los ordenamientos europeos, el Derecho francés opta por la consideración como prueba documental y precisamente instrumenta la reforma de 14 de marzo de 2000 mediante una modificación de preceptos del *Code Civil* referidos a la *preuve littérale*<sup>198</sup>.

b') Como prueba documental o de reproducción mecánica

El Derecho portugués distingue según el contenido del soporte electrónico sea o no susceptible de representación como declaración escrita. En el primer caso es tratado como prueba documental (art. 3, nº 1 *Decreto-Llei* nº 290-D/99) y en el segundo como prueba de reproducción mecánica (art. 3, nº 3), aunque en ambos medios de prueba la parte frente a la que se hagan valer tiene la carga de manifestarse, en el primer caso, sobre la autenticidad, en el segundo sobre la exactitud del contenido<sup>199</sup>.

Una distinción similar, aunque establecida sobre una base diferente - estrictamente sólo es considerado documento el soporte electrónico dotado de firma digital-, la encontramos en Derecho italiano (art. 5 del Reglamento de 10 de noviembre de 1997).

c') Como medio de prueba específico

Es la solución adoptada por la LEC española de 2000 que, en su art. 384, establece un régimen específico de introducción en el proceso de los soportes electrónicos, aunque con ciertas lagunas.

No obstante, en el Derecho español subsiste cierta confusión, y no principalmente porque la LEC se refiera en algunos preceptos al documento electrónico<sup>200</sup>, sino porque la regulación que, de modo asistemático, se ha hecho del instrumento público en soporte electrónico, parte de la base de una completa equiparación de éste y el documento público en soporte de papel<sup>201</sup>. Como consecuencia de esta equiparación será necesario aplicar parte importante del procedimiento probatorio de la prueba documental pública, como la impugnación de la copia electrónica y su cotejo con la matriz escrita (art. 320 LEC).

Sin llegar a la regulación de un medio diferenciado, tampoco el Derecho alemán canaliza la introducción de los soportes electrónicos como medio de prueba documental, sino que la nueva redacción del § 371 ZPO acoge la tesis, predominante en la doctrina alemana, de considerarlos como un supuesto específico de reconocimiento judicial<sup>202</sup>.

d') Apreciación crítica

La apreciación crítica de este panorama, en verdad multiforme, conduce a destacar las observaciones siguientes:

---

<sup>198</sup> *Ferrand*, Le droit français de la preuve face aux technologies de l'information et à la signature électronique (loi nº 2000-230 du 13 mars 2000), en ZZPInt 5 (2000), p. 88-93.

<sup>199</sup> *De Sousa*, Informe Portugal.

<sup>200</sup> El art. 327 incluye entre los documentos privados los soportes informáticos de los libros de comercio; el art. 812.1ª, al regular la admisión del procedimiento monitorio, se refiere al documento cualquiera sea la forma o soporte físico en que se encuentre. Destacando estas desviaciones de la opción legislativa básica, *Sanchis Crespo*, La prueba por soportes informáticos, p. 162.

<sup>201</sup> Nuevo artículo 17 bis de la Ley del Notariado, introducido por el art. 115 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre.

<sup>202</sup> *Leipold*, en *Stein-Jonas*, Kommentar zur Zivilprozessordnung, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1999, Band 4/2, p. 422-423; *Stadler*, Der Zivilprozess und neue Formen der Informationstechnik, apartado IV-2.



1º) Frente a las soluciones de no asimilación al medio de prueba documental, la doctrina ha planteado a veces la objeción -o, al menos, la reflexión- de que conducen a excluir la imposición a la parte a quien se opone el contenido del soporte electrónico de cargas como la de manifestarse sobre su autenticidad, a riesgo de que ésta deba ser tenida por cierta. Esta carga está prevista en la prueba documental y es beneficiosa para la contraparte. Excluirla para los soportes electrónicos significa desconocer la identidad funcional con el documento, e incluso la tendencia real a sustituirlo en el tráfico jurídico<sup>203</sup>.

2º) La crítica anterior -que excede de las cuestiones de práctica de la prueba, para aproximarse al régimen de su valoración- desconoce que lo que suscita su objeción no es consecuencia necesaria de la falta de asimilación a la prueba documental, sino de la falta de previsión de esa carga en el medio de prueba específico<sup>204</sup>.

3º) A diferencia de lo que ocurre con los documentos en sentido estricto, no es generalizable a los soportes electrónicos la carga de acompañamiento de copias con la demanda y la contestación, para que la contraparte las examine y para que asuma, en la primera oportunidad, la carga de impugnar la autenticidad. La LEC española olvida referirse a las copias y su traslado, lo que puede integrarse por analogía<sup>205</sup>. Pero el verdadero inconveniente es presuponer la disponibilidad por la contraparte de equipos y aplicaciones informáticas para el conocimiento del contenido de cualquier soporte. La LEC parece atender a este inconveniente al regular el modo de conocer el contenido<sup>206</sup>, aunque lo realmente adecuado sería distinguir, a estos efectos, entre clases de soportes en función de que sea o no previsible la disponibilidad de aquellos medios<sup>207</sup>.

4º) En todo caso, es necesaria una regulación que posibilite la aportación del soporte si está en poder de la parte que no propone la prueba o de tercero. La asimilación a la prueba documental resuelve, sin más, el problema si el deber de exhibición de documentos está regulado (así, por ejemplo, arts. 328-332 LEC). Ahora bien, la regulación como medio diferenciado no impide, sin embargo, la adecuada solución de este problema, bien sea porque puede preverse legalmente el deber de

---

<sup>203</sup> *Juliá Barceló*, Comercio electrónico entre empresarios. La formación y prueba del contrato electrónico (EDI), cit., p. 183-185; *Sanchís Crespo*, La prueba por soportes informáticos, p. 163-164; *Alemany Eguidazu*, La prueba de la autenticidad electrónica con la LEC 2000 (II), en *La Ley*, nº 5281, 3 abril 2001, p. 3-4.

<sup>204</sup> En efecto, los ordenamientos italiano y portugués prevén una carga similar aun en el caso de que la introducción del soporte electrónico esté prevista como prueba de reproducción mecánica. Esa carga es en todo caso justificable con base en el principio de aportación de parte; véase en este sentido, *Ormazábal Sánchez*, La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos, p. 205-207.

<sup>205</sup> *Alemany Eguidazu*, La prueba de la autenticidad electrónica, p. 2; *Ormazábal Sánchez*, La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos, p. 198-199.

<sup>206</sup> Art. 384.1: "...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".

<sup>207</sup> *Ormazábal Sánchez*, La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos, p. 199-201.



exhibición de los soportes electrónicos<sup>208</sup>, bien porque la laguna puede ser integrada por analogía<sup>209</sup>.

5º) En todo caso, la apreciación por el tribunal del valor probatorio -cualquiera sea el modo, legal o libre, de fijar ese valor- requiere tanto unas operaciones técnicas para que el juez tome conocimiento del contenido del soporte, como la práctica de pruebas auxiliares para acreditar -y, en su caso, contrarrestar la acreditación- de los diversos elementos que integran los conceptos jurídicos indeterminados que el legislador establece al regular la firma electrónica en sus modalidades de simple y avanzada. También para la modalidad de firma avanzada cualificada, aunque para esta última puede ser suficiente la prueba de la acreditación de la entidad certificadora y del producto de firma.

*c) Eficacia probatoria entendida como valor probatorio: valoración según reglas de la sana crítica, prueba legal y otras técnicas de facilitación del resultado probatorio*

Eficacia probatoria significa también, por fin, valor probatorio del medio de prueba practicado, en el sentido de eficacia del mismo para dejar establecido en la sentencia el dato -generalmente de hecho- que constituyó objeto de ese medio de prueba, bien sea por convicción del tribunal, bien porque se den las condiciones para que éste aplique una norma vigente de prueba legal.

La eficacia probatoria en este sentido depende del régimen de la valoración de la prueba en cada ordenamiento y dentro de él -porque no suele ser uniforme- del previsto para el medio de prueba (específico o más genérico) en el que se encuadre la introducción en el proceso de los soportes electrónicos.

No obstante, la cuestión del valor probatorio de los soportes electrónicos presenta alguna mayor complejidad, por dos razones:

1ª) Más allá de la dicotomía valoración según sana crítica o valoración legal, el ordenamiento puede haber favorecido ciertas modalidades de soporte electrónico con normas de facilitación de prueba, como presunciones *iuris tantum* y otras técnicas de finalidad similar.

2ª) La valoración probatoria que deba hacerse del soporte electrónico depende de unas características suyas que él mismo no prueba, sino que han de ser probadas.

a') Valor probatorio del soporte electrónico respecto de su contenido

Este apartado debe leerse en precisa relación con lo expuesto en el anterior apartado C, porque las normas sobre el valor probatorio de los soportes electrónicos hacen depender ese valor de la calidad del soporte, en función de las diferentes modalidades de los mismos que las normas prevén.

1º) En Derecho argentino la valoración debe hacerse, en todo caso, según las reglas de la sana crítica y con motivación expresa en la sentencia. No obstante, si el soporte tiene firma digital se establecen presunciones *iuris tantum* de titularidad de la firma, de integridad del contenido del documento (art. 7 y 8 de la Ley de Firma

---

<sup>208</sup> Así lo hace el § 371, párrafo segundo, ZPO por remisión a los §§ 422-432 ZPO, sobre lo que véase *Stadler*, *Der Zivilprozess und neue Formen der Informationstechnik*, apartado IV-2.

<sup>209</sup> Así se hacía en Derecho alemán, antes de la nueva redacción del § 371: *Leipold*, en *Stein-Jonas*, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 4/2, p. 422-423.

Digital) y de imputación al titular de la firma de la emisión del documento (art. 10 de la Ley de Firma Digital).

2º) La ley chilena distingue los soportes con firma electrónica simple, cuyo valor probatorio se determina según reglas de la sana crítica, y los documentos con firma electrónica avanzada, cuyo valor probatorio depende de que sean instrumentos públicos -en tal caso hacen prueba plena (arts. 4 y 5.1) en los términos del art. 1700 CC- o instrumentos privados -que igualmente hacen prueba plena con el alcance del art. 1702 CC, si han sido reconocidos por la parte a la que se oponen o procede, legalmente, tenerlos por reconocidos (art. 5.2)-.

3º) En Costa Rica la valoración se somete, en todo caso, a las reglas de la sana crítica y ha de ser motivada, sin que se establezcan especiales normas de presunción<sup>210</sup>.

4º) El art. 3 del Real Decreto-Ley español remite, en punto a valoración, a “los criterios de apreciación establecidos en las normas procesales”, que, a su vez, disponen que “el tribunal valorará los instrumentos a que se refiere el apartado primero de este artículo conforme a las reglas de sana crítica aplicables a aquellos según su naturaleza” (art. 384.3 LEC).

No obstante, la regulación del instrumento público electrónico hecha por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, modifica, a mi juicio, tácitamente el precepto anterior. En efecto el art. 17 bis de la Ley del Notariado dispone que los instrumentos públicos no pierden ese carácter por estar redactados en soporte electrónico, producirán sus mismos efectos y gozarán de fe pública igual que los expedidos en soporte de papel. En todo caso la autorización notarial ha de instrumentarse mediante firma electrónica avanzada cualificada -máximo grado de seguridad en el Real Decreto-Ley de Firma Electrónica- con requisitos adicionales de seguridad. Lo único que satisface la equiparación con el documento público en soporte de papel, enfáticamente dispuesta por el mencionado art. 17 bis de la Ley del Notariado, es considerar los instrumentos públicos electrónicos como documentos públicos dotados del valor de prueba legal establecido por el art. 319.1 LEC.

5º) En México el Código Federal de Procedimientos Civiles establece la valoración según las reglas de la sana crítica -lo cual, como hace notar Soto, es llamativo si se piensa que la prueba documental tiene apreciación legal- y motivada. Por otra parte, mensajes de datos enviados con cumplimiento de ciertos requisitos permiten establecer la presunción de que provienen del que aparece como emisor de los mismos (art. 90 Código de Comercio).

6º) El Derecho portugués somete los soportes electrónicos sin firma digital a la libre apreciación del juzgador (art. 3, nº 5 Decreto-Lei regulador de la firma electrónica), al dotado con firma digital certificada por entidad certificadora acreditada le reconoce valor probatorio legal, según circunstancias, como documento privado -por lo tanto, a condición de que su contenido sea reconocido o no impugnado- (art. 3, nº 3 *Decreto-Lei* y arts. 374.1º y 376.1º *Código de Processo Civil*)- o como prueba de reproducción mecánica -en este caso el valor legal se atribuye si la parte reconoce la exactitud de su contenido- (art. 3, nº 3 *Decreto-Lei*, art. 368 CPC):

Estimo útil completar la información con el régimen establecido en algunos países de la Unión Europea:

---

<sup>210</sup> *Artavía*, Informe Costa Rica.

1º) En Derecho francés la modalidad más general de soporte electrónico es equiparada al documento privado (art. 1316-3 CC), lo que supone que si es reconocido -la ley establece una carga de manifestarse al respecto (art. 1323 CC)- hace prueba plena (art. 1322 CC). Una modalidad especial, con garantías de seguridad específicamente reguladas, permite una presunción *iuris tantum* de identificación del autor y de atribución subjetiva del acto (art. 1316-4, párrafo segundo CC). En fin, la modalidad especial de firma segura que deberá ser empleada para los documentos públicos, determinará que estos conserven su valor de prueba legal (art. 1319 CC).

2º) El ordenamiento italiano equipara la modalidad más simple de documento informático a los medios de reproducción mecánica (art. 5 del Reglamento de 10 de noviembre de 1997), cuyo valor probatorio es legal, pero a condición de que la parte a quien se oponga no niegue la conformidad del contenido del soporte con lo representado por el mismo (art. 2712 CC), aunque la ley no es rigurosa al establecer la carga de expresarse acerca de tal conformidad<sup>211</sup>. El documento informático dotado de firma digital tiene valor probatorio legal como el documento privado; es decir, si la parte lo reconoce expresamente o ha de ser tenido por reconocido -por preclusión de la posibilidad de impugnarlo- o está autenticado por notario (arts. 5.1 y 16 del Reglamento de 10 de noviembre de 1997, art. 1702 CC).

3º) En Derecho alemán todo soporte electrónico está sujeto, como prueba de reconocimiento judicial y pericial, a la libre apreciación judicial. No obstante, si el documento electrónico está dotado de firma electrónica avanzada cualificada el § 292a ZPO, en relación con el § 126a del Código Civil, establece una norma de prueba *prima facie* en virtud de la cual el tribunal puede partir de la base de que el documento es auténtico, salvo que la parte a quien sea opuesto contrarreste la autenticidad con referencia a hechos indicativos de la posibilidad de que la declaración no fue emitida por voluntad del titular de la clave de firma<sup>212</sup>.

b') La prueba auxiliar que tiene por objeto la calidad del documento electrónico

Se habrá observado que para que entren en juego los diferentes regímenes de valoración probatoria y, en su caso, las normas que facilitan obtener ciertos resultados probatorios, es preciso que el soporte electrónico tenga una determinada calidad establecida por la ley. Esta calidad está integrada por diversos elementos fácticos y técnicos cuya concurrencia en el concreto soporte que se presenta como prueba habrá de resultar probada como presupuesto para que el tribunal aplique uno u otro de los regímenes de valoración.

Se trata de una prueba auxiliar; es decir, de una prueba cuyo objeto son los elementos condicionantes de la fiabilidad de otro medio de prueba<sup>213</sup>. Generalmente la prueba auxiliar es necesaria sólo eventualmente, por ejemplo si se entienden existentes

---

<sup>211</sup> *Montesano*, Sul documento informático come rappresentazione meccanica nella prova civile e nella forma negoziale, en *Rivista di Diritto Processuale*, supl. n.º. 4, 1987, p. 5-6; *Verde*, Per la chiarezza di idee in tema di documentazione informatica, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1990, 729-731.

<sup>212</sup> *Stadler*, Der Zivilprozess und neue Formen der Informationstechnik, apartado IV-3, a y b. Sobre la *Anscheinsbeweis*, en general, véase *Leipold*, en *Stein-Jonas*, Kommentar zur Zivilprozessordnung, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1997, Band 3, p. 545-556.

<sup>213</sup> Véase sobre la misma, aunque con referencia al proceso penal, *Gascón Inchausti*, El control de la fiabilidad probatoria: "Prueba sobre la prueba" en el proceso penal, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia 1999, *passim*.

causas de tacha de un testigo, o para la adveración de la autenticidad de un documento en caso de impugnación del mismo. Ahora bien, en el medio de prueba de soportes electrónicos, si se revisan los modos de configuración de los supuestos de hecho que fueron examinados en los apartados III, A, B y C, una prueba auxiliar deberá acompañar siempre a la proposición de la prueba principal.

Sin embargo, puede ser muy diferente el grado de dificultad de la prueba auxiliar para obtener el resultado que persigue la parte que ha propuesto como prueba el soporte electrónico.

Por regla general, será necesaria una prueba documental y pericial con el objeto de probar, por ejemplo, que concurren los requisitos de la firma electrónica avanzada: hay un certificado expedido por entidad facultada legalmente; la firma ha sido creada por dispositivos controlables exclusivamente por el firmante; es únicamente atribuible a él y posibilita su identificación; permite detectar si ha habido alteraciones en el documento.

Pero el ordenamiento puede facilitar la asunción de esta carga probatoria -ciertamente importante y difícil de levantar- si atribuye determinados efectos jurídicos a la acreditación por una Administración pública tanto de la entidad certificadora, como de los dispositivos de creación de la firma.

Se ha advertido por la doctrina alemana que la especial norma de prueba *prima facie* -que la nueva redacción del § 292a ZPO vincula a la firma electrónica avanzada cualificada- es de utilidad muy discutible en el caso de que la parte que proponga la prueba tenga que empezar por probar los seis requisitos de esta modalidad de firma que derivan del § 2, números 2 y 3 de la Ley alemana de firma electrónica. En cambio, adquiere verdadera utilidad si existe previa acreditación administrativa, porque en tal caso rige la presunción técnico-administrativa de seguridad con arreglo al § 15 de la ley mencionada<sup>214</sup>.

De manera, a mi juicio, más contundente, el art. 3.1, párrafo segundo del Real Decreto-Ley español dispone que “Se presumirá que la firma electrónica avanzada reúne las condiciones necesarias para producir los efectos indicados en este apartado, cuando el certificado reconocido en que se base haya sido expedido por un prestador de servicios de certificación acreditado y el dispositivo seguro de creación de firma con el que ésta se produzca se encuentre certificado, con arreglo a lo establecido en el artículo 21”.

En definitiva, disposiciones de esta naturaleza posibilitan sustanciar la necesaria prueba auxiliar con la aportación de los documentos públicos que acrediten a la entidad de certificación y el dispositivo de creación de firma utilizado.

c’) Dos últimas observaciones sobre el valor probatorio del soporte electrónico en función de los estándares de seguridad aplicados

Se ha apuntado que la seguridad de los documentos informáticos, la dificultad que ofrecen a la manipulación es incluso mayor que la de los documentos en soporte de papel<sup>215</sup>. El progresivo perfeccionamiento de las técnicas de seguridad ratificará, muy probablemente, el acierto de este criterio y permitirá establecer reglas de sana crítica muy firmes sobre la fiabilidad de los soportes electrónicos que cumplan determinados requisitos.

---

<sup>214</sup> Stadler, Der Zivilprozess und neue Formen der Informationstechnik, apartado IV-3, c.

<sup>215</sup> Sanchis Crespo, La prueba por soportes informáticos, p. 65-66.

No obstante, en ningún ordenamiento se ha dado el paso de sustentar una norma de prueba legal sobre la base de un determinado estándar de seguridad del soporte electrónico.

Conviene resaltarlo, como aclaración, porque antes se han apuntado supuestos en los que el soporte tiene reconocido valor probatorio legal. Si se revisan los mismos se observará como la *ratio* de tales normas de prueba legal sigue siendo la misma que justifica ese sistema de valoración para la prueba documental: la lógica ínsita en el principio de aportación de parte, por lo que hace a los documentos privados admitidos o reconocidos; la fuerza implícita en la intervención del fedatario público, con su especial responsabilidad, en el caso de documentos públicos. Es decir, el fundamento del valor probatorio legal de estas dos variantes de la prueba documental no ha sido desplazado y ocupado por la máxima de la experiencia de la extrema fiabilidad de ciertas técnicas de seguridad del soporte electrónico.

El establecimiento de una norma de prueba legal cuya ratio se halle en la máxima últimamente mencionada no parece aconsejable en un periodo histórico en el que el progreso técnico sobre esta materia se halla abierto.

Sin embargo, es igualmente cierto que no favorecer de ningún modo el valor probatorio de los soportes electrónicos seguros, desconoce el cambio social hacia el uso generalizado de soportes distintos al papel en el tráfico jurídico.

La valoración de esta prueba según reglas de la sana crítica -tanto más si ha de ser motivada en la sentencia y si las desviaciones son susceptibles de control en vía de recurso- posibilita acompañar los criterios de decisión al avance en los estándares de seguridad, porque la fiabilidad técnica, bien sea específicamente probada, bien acreditada con base en controles administrativos rigurosos, genera convicción racional en el tribunal y posibilita la elaboración de consistentes presunciones judiciales.

### **3. La volatilidad de las conductas jurídicamente lesivas y las exigencias que derivan de esta característica respecto a las atribuciones de la jurisdicción y a las modalidades de tutela judicial. Medidas cautelares y otras formas de tutela provisional**

El subtítulo de la ponencia reclama también nuestra atención sobre la especial incidencia de las nuevas tecnologías en las medidas cautelares.

Ciertamente, una muestra de esa incidencia es la posibilidad de utilizar formas de presentación de actos dirigidos a los tribunales y medios de comunicación de las resoluciones de estos últimos que, por la celeridad en llegar a sus respectivos destinatarios -al tribunal, la solicitud de medidas cautelares; al registro de la propiedad inmueble o a una entidad financiera, la resolución que acuerda la medida y dicta órdenes para su cumplimiento-, minimicen el peligro por la mora procesal, principalmente cuando el mismo se esté convirtiendo en hecho. De esto nos hemos ocupado en el apartado II, 2 de la ponencia, pero, con ser un aspecto importante del problema, la principal manifestación del mismo es mucho más profunda.

Sin duda son características de las relaciones sociales y económicas impregnadas por el uso de las tecnologías informática y de las telecomunicaciones la rapidez con la que se desarrollan las acciones y conductas y la amplia -y, con



frecuencia, descontrolada- difusión de sus resultados<sup>216</sup>. Si las acciones y conductas que se desenvuelven en ese ámbito tienen trascendencia jurídica y si, en un caso concreto, pueden ser consideradas ilícitas, aquellas características se proyectan sobre la lesión de derechos e intereses legítimos, que se produce con una celeridad y una fuerza expansiva tales que pueden prácticamente imposibilitar una tutela jurídica efectiva. Al revisar las materias litigiosas con mayor incidencia de las nuevas tecnologías ya hice notar esta peculiar repercusión de las mismas sobre el proceso jurisdiccional<sup>217</sup>.

Las respuestas de los ordenamientos a estas especiales necesidades de efectividad en el otorgamiento de la tutela o protección prevista por el Derecho, han sido muy variadas y no se han limitado a las medidas cautelares. También convenios internacionales de gran trascendencia en esta materia se refieren, de un modo abierto, al deber de los Estados de establecer “recursos jurídicos efectivos”, “recursos ágiles” o “procedimientos de observancia de los derechos que permitan la adopción de medidas eficaces”. Estas son las expresiones que se utilizan en los Tratados de la OMPI sobre Derechos de Autor (arts. 11, 12 y 14) y sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (arts. 18, 19 y 23), ambos aprobados en la Conferencia Diplomática de Viena, 2 al 20 de diciembre de 1996, que entraron en vigor, por reunir el mínimo necesario de ratificaciones, el 6 de marzo y el 20 de mayo de 2002, respectivamente.

Revisaremos el estado de la cuestión en los ordenamientos de nuestro ámbito.

#### ***A) Desjudicialización de la tutela jurídica y atribución de potestades a las Administraciones públicas.***

Una de las soluciones arbitradas para una protección jurídica más efectiva consiste en atribuir las potestades para aplicar la ley en estas materias a las Administraciones públicas, sin perjuicio del posterior control jurisdiccional de las resoluciones que éstas dicten.

Las Administraciones pueden actuar a instancia de parte, pero, en todo caso, también de oficio. Actúan mediante un procedimiento menos formalizado que el judicial, en el que los interesados intervienen sin asistencia técnico-jurídica preceptiva y que no genera costas. Las potestades de las que están investidas las Administraciones comprenden desde la adopción de medidas provisionales de cierre de establecimientos y suspensión de actividades, hasta potestades de cierre definitivo y de imposición de sanciones pecuniarias elevadas. Por otra parte, las administraciones públicas suelen reunir competencias de control general (a veces, reglamentación; en todo caso registro y supervisión) de un cierto sector o actividad (por ejemplo, empresas dedicadas a servicios de comercio electrónico; actividades de obtención y tratamiento de datos de carácter personal) y competencias de decisión sobre casos singulares de infracción de las normas reguladoras, de modo que, al enfrentarse a fenómenos sociales que se desarrollan de un modo masivo y temporalmente continuado, la respuesta resulta más adecuada que la actuación caso por caso que puede realizar un órgano jurisdiccional.

---

<sup>216</sup> *Castells*, La galaxia Internet, cit., p. 102, 127, 180.

<sup>217</sup> Apartado III, 1 de esta ponencia general, en el que esbozamos las especialidades de la litigiosidad por lesión de derechos de la personalidad, en materia de marcas y otros signos distintivos, de derechos de autor y afines, en competencia desleal y publicidad y, por fin, la litigiosidad derivada de la contratación electrónica.



a) *Manifestaciones de este modelo de actuación de la tutela jurídica*

La información que he recabado sobre los ordenamientos latinoamericanos no arroja resultados muy definidos. La desjudicialización parece tener alguna manifestación en Derecho argentino<sup>218</sup> y en Derecho costarricense -competencias atribuidas a los órganos de protección del consumidor y previsión de procedimientos administrativos que, entre otras materias, se aplicarían a casos de registro abusivo de nombres de dominio-<sup>219</sup>.

En Derecho español este modelo tiene manifestaciones frecuentes e importantes.

El proyecto de Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico<sup>220</sup> atribuye a la Administración pública -salvo reserva constitucional o legal a los tribunales- la potestad de adoptar, en caso de infracción de ciertos principios que la ley considera básicos, medidas de interrupción de la prestación del servicio o de retirada de datos (art. 8); también las potestades de imponer, en caso de incumplimientos de la ley previstos como infracciones administrativas, sanciones pecuniarias (art. 37) y, durante el procedimiento, de adoptar medidas de suspensión temporal de actividades, cierre provisional de establecimientos e inmovilización de diversos medios materiales destinados a la prestación del servicio (art. 40).

Este modelo de tutela jurídica también se manifiesta en materia de tratamiento automatizado de datos de carácter personal, aunque aquí concurre la especialidad de que las potestades se atribuyen a una administración independiente<sup>221</sup>, en cierta medida desvinculada de la Administración pública dirigida por el Poder Ejecutivo, con lo que parece perseguirse alguna aproximación a los requisitos de independencia e imparcialidad propios del órgano jurisdiccional.

Concretamente la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, que ya tuvo su antecedente en una Ley de 1992, establece que “las actuaciones contrarias a lo dispuesto en la presente Ley pueden ser objeto de reclamación por los interesados ante la Agencia de Protección de Datos”, que tiene competencia para “requerir a los responsables y los encargados de los tratamientos, previa audiencia de los mismos, la adopción de las medidas necesarias para la adecuación del tratamiento de datos a las disposiciones de esta Ley y, en su caso, ordenar la cesación de los tratamientos y la cancelación de los ficheros, cuando no se ajusten a sus disposiciones” (art. 37.1 de la Ley citada). Los órganos jurisdiccionales, además del posterior control de los actos de la Agencia -en caso de recurso contencioso-administrativo-, tienen reservada la competencia para resolver sobre la pretensión de indemnización por los daños que haya podido causar la conducta infractora (art. 19 de la Ley citada).

---

<sup>218</sup> *Gozaini*, Informe Argentina.

<sup>219</sup> *Artavía*, Informe Costa Rica.

<sup>220</sup> Utilizo el texto aprobado por el Congreso de los Diputados y que fue remitido al Senado.

<sup>221</sup> Sobre las llamadas Administraciones independientes, véase, de momento, *García Llovet*, Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho, en RAP, 1983, núm. 131, p. 61-118; *Sala Arquer*, El Estado neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes, en REDA, 1984, núm. 42, p. 401-422; *Betancor Rodríguez*, Las Administraciones independientes, Madrid, 1994, *passim*.

La clase de institución a la que se encomienda la garantía de la legislación sobre protección de datos responde, por lo demás, al modelo asumido por la Unión Europea en las directivas para la aproximación de legislaciones nacionales en la materia.

Así, en primer lugar, la Directiva 95/46/CE, sobre protección de personas físicas en materia de tratamiento y libre circulación de datos personales, de la que deben tenerse en cuenta sus artículos 22<sup>222</sup> y 28<sup>223</sup>.

En segundo lugar, la Directiva 97/66/CE, sobre tratamiento de datos personales y protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones, de la que importa el art. 14.2, que declara aplicables las disposiciones del capítulo III de directiva antes citada.

b) *Valoración constitucional*

Este modelo de actuación de la tutela jurídica -que puede llevar a atribuir a la Administración una potestad de previa resolución incluso cuando sólo están enfrentados intereses privados- representa una tendencia al cambio de la concepción de la potestad jurisdiccional. Ésta deja de ser estrictamente una potestad de actuación del Derecho respecto a relaciones entre personas ajenas al tribunal, para convertirse, progresivamente, en una potestad de control de precedentes resoluciones de órganos no jurisdiccionales, sino administrativos, cualquiera sea el grado de independencia del que estos últimos sean dotados en algunos supuestos<sup>224</sup>.

La constitucionalidad de este modelo ha de ser puesta en cuestión en aquellos Estados cuya Constitución, por una parte, ofrece datos para definir la potestad jurisdiccional como algo diferente a una potestad de control, de pronunciar la última palabra en la aplicación del Derecho, y, por otra parte, establece la exclusiva atribución de tal potestad a los tribunales, cuyos requisitos orgánicos específicos también fija con suficiente precisión<sup>225</sup>.

---

<sup>222</sup> Éste es su contenido: “Sin perjuicio del recurso administrativo que pueda interponerse, en particular ante la autoridad de control mencionada en el artículo 28, y antes de acudir a la autoridad judicial, los Estados miembros establecerán que toda persona disponga de un recurso judicial en caso de violación de los derechos que le garanticen las disposiciones de Derecho nacional aplicables al tratamiento de que se trate”.

<sup>223</sup> Destaco sus disposiciones de más interés: “Autoridad de control. 1. Los Estados miembros dispondrán que una o más autoridades públicas se encarguen de vigilar la aplicación en su territorio de las disposiciones adoptadas por ellos en aplicación de la presente Directiva. Estas autoridades ejercerán las funciones que les son atribuidas con total independencia. (...) 3. La autoridad de control dispondrá, en particular, de: - poderes de investigación, como el derecho de acceder a los datos que sean objeto de un tratamiento y el de recabar toda la información necesaria para el cumplimiento de su misión de control; - poderes efectivos de intervención, como, por ejemplo, (...) el de ordenar el bloqueo, la supresión o la destrucción de datos, o incluso prohibir provisional o definitivamente un tratamiento, o el de dirigir una advertencia o amonestación al responsable del tratamiento (...). Las decisiones de la autoridad de control lesivas de derechos podrán ser objeto de recurso jurisdiccional”.

<sup>224</sup> Acerca de esta tendencia puede verse, *Ortells Ramos*, Introducción al Derecho Procesal, Comares, Granada, 1999, p. 72-96.

<sup>225</sup> Es el caso del Derecho español. Lo ilustra muy bien el voto particular del Magistrado Gabaldón López a la sentencia del Tribunal Constitucional 121/1992, de 28 de septiembre: “Parece evidente que el reconocimiento por la Administración de la existencia de un contrato civil entre partes, determinante de todas unas consecuencias que afectan no sólo a quien solicitó aquel acto sino a los demás titulares de la relación jurídica, quienes además pueden ver modificado el contenido de los derechos que la costumbre o el pacto les confería, no es una actividad propia de la Administración sino una potestad de intervención que esa Ley le otorga más allá de sus propias facultades, invadiendo las

Si el ordenamiento no establece condicionamientos constitucionales de la entidad que se acaba de exponer, pero la Constitución dispone el pleno control judicial de la actuación de la Administración pública o reconoce un derecho fundamental a una tutela judicial plena o efectiva, la valoración constitucional del modelo de tutela jurídica que consideramos conduce, principalmente, a examinar si las potestades de las que están investidos los tribunales posibilitan, a pesar de ser potestades de control - es decir, que se ejercen después y con referencia a previas actuaciones administrativas -, una protección jurídica irrestricta del derecho o interés legítimo lesionado.

***B) Un medio especial de tutela jurídica rápida y provisional: el llamado “procedimiento administrativo” de la ICANN y su aplicación por algunas entidades administradoras de los dominios de nivel superior geográfico***

Un medio de tutela de difícil calificación es el denominado procedimiento administrativo adoptado por la ICANN<sup>226</sup>, por recomendación de la OMPI<sup>227</sup>, para la solución rápida y provisional de controversias originadas por el registro de nombres de dominio de nivel superior genérico (sobre todo los .com, .org y .net) que, por similitud, pueden lesionar derechos de marca registrados de un tercero, concurriendo además circunstancias reveladoras de especial mala fe en el titular del registro.

La dificultad de calificación deriva, principalmente, de dos razones:

1<sup>a</sup>) La ICANN no es una entidad de Derecho Público, sino una entidad privada, constituida como corporación sin ánimo de lucro “*for charitable and public purposes*” con arreglo al Derecho del Estado de California, y sometida a supervisión del Departamento de Comercio de EE UU de Norteamérica<sup>228</sup>. Consiguientemente, a pesar de la denominación asignada al medio de tutela, éste no puede confundirse con la anteriormente considerada atribución de potestades a una administración pública.

2<sup>a</sup>) Tampoco puede pensarse en un medio arbitral, al que se sometería la ICANN y quien solicitara un registro de nombre de dominio, porque la vinculación al

---

que son propias de la Jurisdicción (art. 117.3 de la Constitución), puesto que función jurisdiccional es la que resuelve conflictos de intereses privados en la esfera del Derecho civil; y ese es el efecto propio del reconocimiento administrativo de los contratos de arrendamiento históricos”. No obstante, ésta no ha sido la concepción que ha acabado por imponerse en la práctica constitucional española -Ortells Ramos, Introducción al Derecho Procesal, p. 89-93-. La exclusiva atribución a los tribunales de la potestad de resolver en Derecho, incluso en primer lugar, ha quedado acotada a supuestos fijados constitucionalmente de modo muy expreso, principalmente los de restricción de derechos fundamentales. Esta cuestión ha estado presente en el debate del proyecto de Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico, pero se ha soslayado asumiendo que la circunstancia de que las actividades jurídicamente relevantes se desarrollen en la red, no ha de alterar la atribución de potestades a la Administración o a la Jurisdicción que ya tiene realizada el ordenamiento según el derecho afectado (arts. 8.1 y 3, 40.2 del citado proyecto).

<sup>226</sup> Los textos fundamentales son Política uniforme de solución de controversias en materia de nombres de dominio y Reglamento de la Política uniforme de solución de controversias en materia de nombres de dominio, ambos aprobados el 26 de agosto de 1999, que pueden encontrarse en <http://www.icann.org>

<sup>227</sup> La gestión de los nombres y direcciones de Internet: cuestiones de propiedad intelectual, Informe Final sobre el Proceso de la OMPI relativo a los Nombres de Dominio de Internet, 30 de abril de 1999, que se puede encontrar en <http://wipo2.wipo.int>

<sup>228</sup> Muñoz Machado, La regulación de la red, p. 111-113; De Miguel Asencio, Derecho privado de Internet, p. 32, 41-42.

denominado procedimiento administrativo no excluye el acceso de los interesados a la tutela de los órganos jurisdiccionales<sup>229</sup>.

En todo caso, las características de este procedimiento de tutela provisional autónoma son las siguientes<sup>230</sup>:

1ª) Es obligatorio en cuanto constituye una condición general de contratación que se impone al contratar el registro del nombre de dominio.

2ª) En el mismo se tiende a garantizar la imparcialidad e independencia del encargado de decidir la controversia. Éste es un tercero que no forma parte de la entidad competente para el régimen del registro, ni de las entidades que se encargan de ejecutar ese régimen, sino que es designado por la entidad acreditada para administrar el servicio de solución de controversias seleccionada por el demandante, con intervención de ambas partes en la designación de la persona o de los miembros del colegio decisor.

3ª) Es un procedimiento especial, en cuanto no es adecuado para examinar cualquier reclamación referida al registro de un determinado nombre de dominio, sino sólo de las que se fundan en tipificados supuestos de registro abusivo<sup>231</sup>.

4ª) El procedimiento es técnicamente sumario, no sólo por la limitación de conocimiento que se deduce de lo anterior, sino también porque su objeto se limita a la cancelación del registro o a la transferencia forzosa del mismo al demandante, sin que se pueda resolver sobre indemnización de daños, salvo los gastos del procedimiento.

5ª) El procedimiento es efectivo, en primer lugar, por su breve duración<sup>232</sup>, pero, principalmente, porque el cumplimiento de la resolución que se dicte está asegurado mediante el compromiso de la ICANN y de las entidades de registro acreditadas de modificar el registro según lo que determine la resolución, de manera que no se plantean problemas de ejecución forzosa.

Este medio especial de tutela ha extendido su aplicación a algunos nombres de dominio de nivel superior geográfico o de país, porque sus administradores han adoptado la Política uniforme de resolución de controversias. Es el caso, por lo que

---

<sup>229</sup> La Política uniforme de solución de controversias en materia de nombres de dominio, apartado 4, k establece: “k. Disponibilidad de procedimientos judiciales. Los requisitos establecidos en el párrafo 4 para el procedimiento administrativo obligatorio no impedirán que usted o el demandante sometan la controversia a un tribunal competente a fin de obtener una resolución independiente antes de que se inicie dicho procedimiento o después de su conclusión”.

<sup>230</sup> Para más detallada información pueden verse los textos citados de Política uniforme y Reglamento de la Política uniforme y los párrafos 152 a 228 de La gestión de los nombres y direcciones de Internet: cuestiones de propiedad intelectual, Informe Final sobre el Proceso de la OMPI relativo a los Nombres de Dominio de Internet, 30 de abril de 1999, antes citado, que recoge las reflexiones preparatorias que dieron lugar al procedimiento examinado.

<sup>231</sup> Las consistentes en el uso -en el nombre registrado- de expresiones que, por identidad o similitud, crean confusión con un derecho de marca de un tercero, sin que el titular del nombre ostente ningún derecho o interés legítimo al uso de tal expresión, de modo que el registro puede considerarse hecho de mala fe - Política uniforme, apartado 4, a-. En el Informe del Segundo Proceso de la OMPI relativo a los Nombres de Dominio de Internet, de 3 de septiembre de 2001, y que puede encontrarse en <http://wipo2.wipo.int>, se examinó la posible extensión de este medio de tutela a las controversias por colisión de los nombres con identificadores distintos a las marcas.

<sup>232</sup> El Informe del Segundo Proceso de la OMPI relativo a los Nombres de Dominio de Internet, cit., párrafo 12, da cuenta de que el medio de duración de los procedimientos gestionados por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la OMPI ha sido de cincuenta días.

hace a nuestro ámbito, de los administradores de los dominios .ec (Ecuador), .gt (Guatemala), .mx (México), .pa (Panamá) y .ve (Venezuela).

### **C) *Modalidades adecuadas de tutela judicial***

La tutela judicial adecuada para reaccionar frente a las características de la litigiosidad influida por las nuevas tecnologías, que recordábamos al principio de este apartado 3, ha de ser alguna de las formas de tutela provisional, en cuanto esta tutela es la que puede ser otorgada con mayor rapidez.

No obstante, es conveniente hacer un apunte sobre la utilidad, en esta materia, de las denominadas acciones de cesación, modalidad de condena a abstención, expresamente reconocida en algunos supuestos, como, por ejemplo, el art. 29.2 del proyecto español de Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico<sup>233</sup>. La efectividad del ejercicio de esta acción en un proceso declarativo ordinario precisa, obviamente, del concurso de una tutela cautelar suficiente. Pero la peculiar utilidad de la acción de cesación que quiero resaltar es la de que, una vez ha sido estimada, genera un título ejecutivo, de modo que si el condenado realiza en el futuro conductas que deben considerarse comprendidas en la prohibición formulada en el título ejecutivo, la persona favorecida por este título no necesitará acudir nuevamente a un proceso de declaración, sino que podrá instar directamente tutela judicial ejecutiva, reaccionando de manera inmediata frente a la realización del ilícito<sup>234</sup>.

#### *a) Tutela cautelar y tutela sumaria autónoma*

La celeridad, la enorme potencialidad de difusión y el carácter frecuentemente descontrolado de esta última en las materias litigiosas influidas por las nuevas tecnologías requieren una clase de tutela judicial provisional con eficacia para paralizar las conductas que aparezcan como probablemente ilícitas, porque si se tolera que tales conductas continúen desarrollándose y se confía la reparación a las actuaciones de ejecución forzosa, la tutela judicial puede ser inefectiva por diversas razones:

1<sup>a</sup>) En unos casos, la naturaleza intrínseca del derecho lesionado -por ejemplo, derechos de la personalidad- determina que el tratamiento indemnizatorio no sea adecuado, sin perjuicio de haber de recurrir al mismo como última ratio.

2<sup>a</sup>) Pero, cuando el tratamiento indemnizatorio es adecuado o, de cualquier modo, se recurre al mismo, la amplia y descontrolada difusión de las consecuencias

---

<sup>233</sup> Dispone el precepto citado que “La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta contraria a la presente Ley y a prohibir su reiteración futura. Asimismo, la acción podrá ejercerse para prohibir la realización de una conducta cuando ésta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inminente”. Sin específica previsión para actividades en la red, pero con posibilidad de aplicación a las mismas, el art. 1071 bis del Código Civil argentino prevé una acción de cesación frente a conductas atentatorias contra el derecho a la intimidad y a la propia imagen.

<sup>234</sup> Puede verse, básicamente, *Schumann*, en *Stein-Jonas*, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1997, Band 3, p. 8-9; *Brehm*, en *Stein-Jonas*, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 1996, Band 7/1, p. 164-178; *Ortells Ramos*, con otros autores, *Proceso Civil Práctico*, VIII-1, La Ley, Madrid, 2001, p. 297-310.



dañosas de la conducta ilícita impide, o dificulta esencialmente, que pueda hacerse un cálculo suficientemente fundado y ajustado de las indemnizaciones.

3ª) La inexistencia de fronteras para las actuaciones que se llevan a cabo en la red conduce fácilmente a que los daños se produzcan en los ámbitos de diversas soberanías. La obtención *a posteriori* de una plena indemnidad puede hacer inevitable que la demanda deba presentarse en un foro indeseable para el actor -por ejemplo, ante los tribunales del domicilio del demandado- o incluso en varios foros, para reclamar los daños causados en cada uno de ellos<sup>235</sup>.

4ª) En fin, la magnitud del daño puede ser de tal entidad que, aun presuponiendo que pueda ser evaluado y que el perjudicado esté dispuesto a asumir las dificultades -por el foro o foros competentes- en la petición de tutela judicial, el patrimonio del eventual responsable será frecuentemente insuficiente incluso para hacer posible una tutela meramente indemnizatoria.

Atendidas estas características de las situaciones litigiosas que justifican la previsión de una tutela judicial urgente, resulta evidente que ésta no puede consistir solamente en medidas cautelares cuyos efectos se hallen limitados al aseguramiento de la ejecución<sup>236</sup>. Medidas de seguimiento y control de la difusión de los resultados de las actividades ilícitas para, en el momento de la ejecución, cuantificar los daños y perjuicios con mayor precisión; medidas de intervención de ingresos obtenidos de tales actividades, o, en fin, medidas de embargo preventivo para asegurar la ejecución de una condena a indemnización, demuestran su ineficacia al chocar con una o con varias de las características que se acaban de reseñar.

La tutela urgente adecuada es aquélla cuya eficacia alcance a impedir la incoación de la conducta ilícita -si hay indicios que permiten preverla- y, en todo caso, la continuación de la misma.

Los ordenamientos pueden configurar esta clase de tutela de dos modos diferentes<sup>237</sup>:

1º) Como una tutela sumaria autónoma, que se insta y resuelve en un procedimiento de tramitación rápida, cuyo objeto litigioso puede ser nuevamente planteado en un proceso plenario. La iniciación de este último proceso es eventual, de modo que si no hay parte interesada en alterar el resultado producido por el proceso sumario, el mismo permanecerá indefinidamente eficaz.

Esta es la solución que ofrece el Derecho chileno<sup>238</sup>, en el que -aun sin especiales previsiones para esta nueva litigiosidad- el recurso de protección posibilita

---

<sup>235</sup> Muñoz Machado, La regulación de la red, p. 234-244; De Miguel Asencio, Derecho de Internet, p. 87, 155-160, 265-275, 503-504.

<sup>236</sup> Acerca de las características de esa clase de medidas puede verse Ortells Ramos, Las medidas cautelares, La Ley, Madrid, 2000, p. 138-139. A esta clase de efectos parecen estar constreñidas las medidas cautelares que podrían adoptarse en Derecho guatemalteco, Chacón, Informe Guatemala.

<sup>237</sup> Puede verse, con más detalle, de Ortells Ramos, Propuestas para la reforma de la tutela cautelar en el proceso civil, Actualidad Civil, 1996, nº 42, p. 933-934; Effektiver Rechtsschutz im spanischen Privatrecht; insbesondere zum einstweiligen Rechtsschutz, ZZPInt 2 (1997), p. 103-106; La medidas cautelares, p. 38-39.

<sup>238</sup> Entre los ordenamientos europeos el Derecho francés aplica su tradicional institución del *référé* para atender las necesidades de tutela de urgencia en la litigiosidad de las nuevas tecnologías: Conseil d'Etat, Internet et les réseaux numériques, p. 162-163.

obtener, con mayor rapidez que en el proceso ordinario, una tutela sumaria que impide la continuación de una conducta lesiva de derechos<sup>239</sup>.

2º) Como tutela cautelar, vinculada y dependiente de un proceso principal, pero con una adecuada amplitud de efectos en cuanto a las medidas que pueden ser adoptadas, que deben alcanzar, como mínimo, a impedir que, durante el curso de proceso en el que se ha de decidir sobre la conformidad o no a Derecho de la conducta que ha originado el litigio, esa conducta pueda continuar desarrollándose.

Esta es la solución más ampliamente acogida en los ordenamientos de nuestro ámbito<sup>240</sup>. Por regla general no hay previsiones específicas para la tutela cautelar en materias litigiosas influidas por las nuevas tecnologías, sino que las necesidades que éstas generan son adecuadamente satisfechas con aplicación de las reglas generales, principalmente de las que prevén medidas cautelares consistentes en órdenes de abstención provisional<sup>241</sup>.

Es conveniente una observación especial acerca del *periculum in mora*, uno de los presupuestos que se exigen para la concesión de una medida cautelar. Los ordenamientos pueden ser más o menos rigurosos en cuanto a la apreciación judicial concreta de este presupuesto<sup>242</sup>. Siempre que se requiera no sólo alegar una simple posibilidad de este peligro, sino una probabilidad del mismo en el caso concreto, habrá que tener presente que, en las materias litigiosas influidas por las nuevas tecnologías, el tránsito de una simple posibilidad de daño a un estado de daño irreversible se produce con extrema celeridad, por lo que no sería adecuado que los tribunales requirieran una acreditación muy rigurosa de este presupuesto.

b) *Dos problemas para la efectividad de la tutela cautelar: la posición de los prestadores de servicios de intermediación y la eventual necesidad de ejecutar la resolución cautelar en un Estado extranjero*

El primero de los problemas mencionados lo comparten las medidas cautelares con otras modalidades de tutela judicial provisional e incluso con la tutela definitiva.

La comunicación a través de la red implica la presencia y actividad de múltiples agentes con funciones muy distintas (operadores de telecomunicaciones, proveedores de acceso a Internet, de servicios de alojamiento y transmisión de datos, suministradores de contenidos, etc.). En el plano jurídico-material es una cuestión

---

<sup>239</sup> *Tavolari*, Informe Chile; y de este mismo autor sobre el medio de tutela mencionado: Retrospectiva jurisprudencial del recurso de protección, en Estudios de Derecho Procesal, Edeval, Valparaíso, 1990, p. 9-31; Protección constitucional y cautela judicial: ¿Orden de no innovar en el recurso de protección?, en Tribunales, jurisdicción y proceso, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, p. 137-168; Tramitación de la acción constitucional chilena de protección, en El proceso en acción, Editorial Libromar Ltda., Santiago, 2000, p. 459-530.

<sup>240</sup> *Gozaíni*, Informe Argentina, *Artavía*, Informe Costa Rica; *Soto*, Informe México; *De Sousa*, Informe Portugal.

<sup>241</sup> Para el Derecho español, tras la nueva LEC, véase *Ortells Ramos*, Las medidas cautelares, p. 139-145. No obstante, el art. 40 del proyecto de Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, especifica algunas medidas adoptables: suspensión temporal de la actividad del prestador de servicios, cierre provisional de establecimientos, precinto, depósito o incautación de registros, soportes y archivos informáticos y de documentos, así como de aparatos y equipos informáticos de todo tipo, advertencia pública de posibles infracciones y de medidas adoptadas.

<sup>242</sup> *Ortells Ramos*, Las medidas cautelares, p. 152-153.

básica definir la responsabilidad de estos agentes, particularmente de los que prestan servicios de intermediación, a los que sólo en supuestos específicos pueden alcanzar las responsabilidades por los contenidos encauzados a través de sus servicios<sup>243</sup>.

En atención a esto, las pretensiones de tutela judicial, incluida la provisional y la cautelar, basta que sean dirigidas frente a quien deba ser considerado responsable, para que la resolución judicial sobre la tutela sea válida desde la perspectiva esencial del principio de contradicción.

Ahora bien, en cuanto que los contenidos u otros elementos que han justificado el otorgamiento de la tutela judicial, se hallan operativos en los servicios de intermediación, la efectividad de la tutela decretada precisa que las entidades titulares de estos servicios puedan ser requeridas para el cumplimiento de la resolución y deban prestar su colaboración a ese efecto.

La materia es objeto de expresa regulación en Derecho comunitario europeo<sup>244</sup>, para evitar que la ausencia de responsabilidad oculte la precisa atribución de un deber de colaboración en el cumplimiento de resoluciones judiciales, que no deriva de la posición del prestador del servicio en la relación jurídica material con los usuarios, sino que tiene naturaleza jurídico-pública.

Un último problema, específico de la tutela cautelar<sup>245</sup> -aunque también se presente, con otros matices, en otras modalidades de tutela referidas a materias litigiosas influidas por las nuevas tecnologías-, es el que enfrentan las resoluciones cautelares cuya efectividad requiere actuaciones ejecutivas en Estados distintos a aquél cuyos tribunales han dictado la resolución.

El exequátur de resoluciones cautelares<sup>246</sup> es, por una parte, más difícil de obtener que el de sentencias, porque las normas rectoras convencionales o de Derecho

---

<sup>243</sup> Puede verse, a título de ejemplo, el régimen de responsabilidad diseñado en los arts. 12 a 15 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior; y en los arts. 12 al 16 del proyecto español de Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.

<sup>244</sup> Así los artículos 12.2, 13.2 y 14.3 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, disponen expresamente que la exención de responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación no afectará a la posibilidad de que un tribunal les exija que pongan fin a una infracción o que la impidan. El art. 8.3 de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información, dispone que los Estados velarán porque las medidas cautelares puedan ser adoptadas “contra los intermediarios a cuyos servicios recurra un tercero para infringir un derecho de autor o un derecho afín a los derechos de autor”. En la materia de la primera Directiva citada, pero con mayor calidad técnica, el proyecto español de Ley de Servicios de la Sociedad de la Información impone a los prestadores de servicios de intermediación un deber de colaboración en el cumplimiento de medidas decretadas por las autoridades administrativas o por los tribunales.

<sup>245</sup> Además de la bibliografía que citaré a continuación, son de gran interés *Garcimartín Alférez*, El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional, Mac Graw Hill, Madrid, 1996; *Gascón Inchausti*, Medidas cautelares de proceso civil extranjero (Art. 24 del Convenio de Bruselas), Editorial Comares, Granada, 1998.

<sup>246</sup> La procedencia del mismo en los respectivos ordenamientos se afirma por *Gozáini*, Informe Argentina, *Artavía*, Informe Costa Rica, *Tavolari*, Informe Chile, *Chacón*, Informe Guatemala, *Soto*,

interno autónomo refieren su ordenación a las sentencias<sup>247</sup>, y subordinan el exequátur a requisitos de contradicción que, en ocasiones, no se habrán cumplido en el procedimiento cautelar. Por otra parte, la previa realización del procedimiento de exequátur -su duración y la ineludible contradicción previa- es un obstáculo a la efectividad de la medida, sobre todo si ésta ha de contrarrestar un *periculum* apremiante.

Una alternativa idónea para lo anterior es que la propia medida cautelar pueda ser solicitada de los tribunales del Estado en el que tendrá que ejecutarse, aunque el proceso principal no deba iniciarse después, ni se halle ya pendiente ante los tribunales de ese Estado, por corresponder a otro la competencia judicial internacional para el proceso principal.

Esta posibilidad -que se dice reconocida en algunos ordenamientos latinoamericanos<sup>248</sup>- se halla expresamente establecida por el art. 32 del Reglamento (CE) núm. 44/2001, del Consejo de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil<sup>249</sup>. Para que esta norma de competencia judicial internacional sirva al fin que la justifica son necesarias previsiones complementarias sobre las especialidades de la relación instrumental entre una tutela cautelar y un proceso principal no sólo no atribuidos a un mismo tribunal, sino incluso a tribunales de diferentes Estados<sup>250</sup>.

---

Informe México. Sobre los problemas de su admisión en Derecho español, véase *Ortells Ramos*, Las medidas cautelares, p. 339-351.

<sup>247</sup> Así, por utilizar una referencia muy general, los artículos 423, 424 y 430 del Código Bustamante.

<sup>248</sup> *Gozáini*, Informe Argentina, *Artavía*, Informe Costa Rica, *Chacón*, Informe Guatemala.

<sup>249</sup> Dispone ese artículo: “Podrán solicitarse medidas provisionales o cautelares previstas por la ley de un Estado miembro a las autoridades judiciales de dicho Estado, incluso si, en virtud del presente Reglamento, un tribunal de otro Estado miembro fuere competente para conocer sobre el fondo”. Destacando la importancia de esta previsión para el problema del texto, *De Sousa*, Informe Portugal; ampliamente sobre el art. 24 del Convenio de Bruselas de 1968, antecedente de la disposición comentada, *Ortells Ramos*, Las medidas cautelares, 225-234.

<sup>250</sup> Con detalle, además de la obra citada de *Gascón Inchausti*, Medidas cautelares de proceso civil extranjero, puede verse *Ortells Ramos*, Las medidas cautelares, p. 393-394, 408-412, 420, 431-434.