

ALDABA 24

JORNADAS  
SOBRE  
PRÁCTICA DE

# DERECHOS PROCESAL

Análisis actual y nuevas orientaciones

JUNIO 1994



ALDABA 24

JUNIO 1995



**DIRECCION**

José Megías Aznar

**EDITA Y DISTRIBUYE**

Servicio de publicaciones  
del centro Uned-Melilla  
c/ Lope de Vega, 1, Apdo. 121  
Tfís. 2681080 y 2683447  
Fax 2681468

**DISEÑO Y PRODUCCION EDITORIAL**

Manigua s.L

**IMPRIME**

Copartgraf, soc. coop. and.

Depósito legal: Granada 526/1983  
ISSN: 0213-7925

ALDABA 24

JORNADAS  
SOBRE  
PRÁCTICA DE

# DERECHOS PROCESAL

Análisis actual y nuevas orientaciones

JUNIO 1994

***Principios del proceso penal:  
nuevas perspectivas***

CARLOS GRANADOS PÉREZ 11

***Los principios del proceso penal***

ENRIQUE RUIZ VADILLO 25

***La prueba en el proceso penal***

LUIS-ROMAN PUERTA LUIS 47

***Principios del proceso civil***

IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA 81

***Análisis actual y orientaciones  
futuras del proceso contencioso-administrativo***

RAFAEL FERNÁNDEZ MONTALVO 93

*En esta publicación se recogen algunas ponencias de las I Jornadas sobre práctica de Derecho Procesal (Análisis actual y nuevas orientaciones), celebradas del 28 al 30 de junio de 1994 y organizadas por la UNED-Melilla y la Dirección Provincial del Ministerio de Cultura, dirigidas por D. Manuel Torres Vela, presidente de la Audiencia de Málaga.*

*El objetivo perseguido era acercar al jurista y al estudiante de nuestro centro universitario la situación actual del Derecho Procesal. Objetivo que se consiguió por la extraordinaria calidad de los ponentes (D. Carlos Granados Pérez, D. Luis Román Puerta Luis, D. Enrique Ruiz Vadillo, D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, D. José Almagro Nosete, D. Gumersindo Burgos Andrade, D. Rafael Montalvo, D. Antonio Angulo Martín y D. Mariano Monzón y de Aragón) y por la alta participación del alumnado, entre el que se encontraban grandes profesionales del mundo jurídico.*

*Desde estas líneas nuestro más sincero agradecimiento tanto a los ponentes como a los alumnos, así como al Colegio de Abogados de Melilla por su colaboración.*

*La Dirección*

# ***Principios del proceso penal: nuevas perspectivas***

CARLOS GRANADOS PÉREZ

Fiscal General del Estado

En el proceso penal actual permanecen las estructuras básicas de la LECr., descritas en su celebrada Exposición de Motivos. La LECr. es una buena Ley. Reformas posteriores enturbiaron algunos de esos principios básicos. Así “El que instruye no debe juzgar” que hoy, a impulso de sentencias de TC, se ha recuperado por el Legislador, gracias a la reforma de 1988 y en él sigue profundizando la jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo extrayendo cada día nuevas consecuencias (piénsese en la necesidad de sustituir a la Sala en la casación por quebrantamiento de forma si se ha de celebrar nuevamente el juicio). O el rompimiento con el principio de la única instancia propio de la centenaria Ley y sustituido para los delitos menos graves por la doble instancia (reformas de 1950, 1967, 1980 y 1988) que subsiste hoy.

¿Es necesaria la reforma? La LECr. a pesar de tener más de cien años de aplicación, sigue siendo un buen instrumento legal. Ya se han sucedido diversos intentos de reforma. Y, sin precipitaciones, parece llegado el momento de elaborar un texto de nueva planta por:

a) Necesidad de adecuar la Ley a las exigencias constitucionales. Muchas normas de la centenaria Ley hoy son objeto de una interpreta-

ción muy distinta o están profundamente modificados por la jurisprudencia y siempre es preferible que esas interpretaciones jurisprudenciales se acojan legalmente para no engendrar inseguridad jurídica. La protección judicial de los derechos y los principios que deben inspirar el proceso a tenor del mandato constitucional proclamado en el artículo 24 de la Constitución demandan un cambio sustancial.

b) Necesidad de simplificar los procedimientos. Es insostenible que la fase judicial se convierta en una repetición de lo actuado en la fase prejudicial, con lo que implica de doble victimización para los perjudicados por el delito, cuando el momento decisivo es el juicio oral, lo que nunca puede olvidarse.

c) Lograr la armonía interna de la propia Ley. Las sucesivas reformas parciales acaban por enturbiar la filosofía de todo el texto. Los principios sobre los que se edifica el procedimiento abreviado, por ejemplo, son a veces distintos de los que inspiraron al legislador del siglo pasado y ello origina discordancias internas. Un ejemplo: el procedimiento abreviado, en algunos aspectos, parece estar rodeado de mayores garantías que el procedimiento ordinario y no es lógico que el enjuiciamiento por delitos menos graves esté revestido de mayor garantismo (en el procedimiento abreviado hay asistencia de Letrado desde el primer momento por el mismo profesional —art. 788—; se regulan los límites de la sentencia para no vulnerar el principio acusatorio —art. 794—; se garantiza un régimen adecuado para salvaguardar el derecho a ser informado de la acusación —art. 793.7—; o se concede la garantía de la doble instancia. Pues bien, nada de esto existe en el procedimiento ordinario lo que no deja de ser una contradicción que permite hablar de una auténtica esquizofrenia procesal).

d) Adecuar la Ley a las nuevas realidades sociales y regular cuestiones en las que no pudo pensar el legislador decimonónico (por ejemplo, nuevos medios de prueba —grabaciones—; publicidad del juicio oral y medios de comunicación —filmación o grabación y condiciones de los juicios—).

Un principio de lógica estructural aconsejaría que las reformas penal y procesal fuesen paralelas y globalmente contempladas.

## ¿QUÉ PRINCIPIOS DEBEN INFORMAR ESA TANTAS VECES ANUNCIADA REFORMA?

No es posible adentrarse en esta breve exposición en todos y cada uno de los principios. Se trata de dar tan sólo unos apuntes. En lo básico los grandes principios que inspiraron la ley de Enjuiciamiento Criminal — acusatorio-mixto; contradicción; publicidad del juicio oral y secreto de la fase de instrucción; nítida separación de las funciones de instruir, acusar y juzgar...— siguen vigentes.

Es propósito de esta intervención seleccionar alguno de los principios clásicos del proceso penal para reflexionar sobre las modulaciones o plasmación que debieran tener en una futura reforma del proceso penal.

En esta selección se debe destacar una guía básica de actuación: centrarse en aquellos principios que hoy están más sometidos a debate o discusión.

Principios de derecho orgánico procesal: Principio de participación popular en la justicia penal. Disyuntiva entre jueces profesionales y jueces legos: el Tribunal de Jurado.

El artículo 125 de la Constitución configura el enjuiciamiento por jurado como una de las formas de participación del pueblo, junto con el ejercicio de la acción popular, en la administración de justicia.

Los objetivos que en el anteproyecto de jurado se tratan de alcanzar son los de “posibilitar la participación popular en el conocimiento de los delitos de mayor sensibilidad social”. El cumplimiento del mandato constitucional entraña, además de esa aportación ciudadana a la Justicia, una potenciación del acto del plenario o juicio oral, hasta el extremo de que si bien el juez instructor remite al Tribunal los oportunos testimonios de lo actuado, se declara, recordando además la brevedad de la fase instructora, que tal material queda vedado al conocimiento del jurado, lo que resulta plenamente acertado, ya que se trata de evitar todo conocimiento previo de lo que va a acontecer ante su presencia, reservándose para el acto del juicio, presidido, con rigurosidad, por los principios de oralidad, publicidad, concentración e inmediación, todo lo que es objeto del enjuiciamiento, previamente delimitado por el juez instructor.

La limitación de los delitos de los que va a conocer el enjuiciamiento

por jurado, su progresiva instauración y la indudable potenciación que entraña el acto del juicio oral, otorgando a la fase instructora un exclusivo papel preparatorio, permiten ser optimistas en esta nueva etapa de una institución que curiosamente no está derogada sino solamente suspendida en su funcionamiento por Decreto de 8 de septiembre de 1936.

#### PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Con la creación de nuevos órganos jurisdiccionales y con algunos aspectos de las recientes reformas procesales, se han sentado las bases para aligerar y aliviar en gran medida la lentitud del proceso penal, no obstante, se hace preciso eliminar o reducir al mínimo la carga pendiente, para hacer plenamente efectivo el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Estas y otras razones se han tenido en cuenta en los estudios que en los últimos años se vienen realizando sobre la introducción del principio de oportunidad en el proceso penal.

Don Antonio Hernández Gil, en su discurso con ocasión de la apertura de Tribunales del año 1989, se pregunta si podría introducirse y en qué medida el principio de oportunidad, como recomienda el Consejo de Europa y como existe ya en otros países socialmente avanzados. Se plantea la cuestión de si el Ministerio Fiscal, en el ejercicio de la acción penal, pudiera omitir la persecución de presuntos hechos delictivos por no considerarlo oportuno, bien por la nimiedad de la infracción (“*mínima non curat praetor*”), por costes procesales injustificados o por atender situaciones especiales que así lo aconsejen. Afirma Cándido Conde-Pumpido Ferreiro, en una Comunicación a una Ponencia sobre este tema, que las modernas reformas procesales del entorno europeo han venido introduciendo en sus sistemas procesales el uso de la oportunidad reglada, admitiendo excepciones al principio de obligatoriedad de la acusación, en supuestos legalmente predeterminados y que se orientan ya a promover la resocialización de los pequeños delincuentes ocasionales, con una anticipación de las medidas sustantivas de la pena —suspensión condicional,

“probation”— a la fase inicial del proceso; ya a una economía procesal eliminando procesos inútiles, por falta de eficacia práctica de su pronunciamiento, en beneficio de una mayor atención a los procesos por hechos socialmente trascendentes. Y comenta las recomendaciones de la Reunión de Helsinki de 1986 en las que destaca, entre otras, la conveniencia del desarrollo de normas que fijen las condiciones que puedan ser impuestas al imputado de una infracción en la decisión del Ministerio Fiscal de abstenerse en el ejercicio de la acción penal. Y el objetivo de esas condiciones debe ser la mejoría de comportamiento del infractor y la compensación a la víctima, sin que puedan restringirse los derechos políticos del imputado ni tener naturaleza punitiva y que deben ser similares a las que puedan ser impuestas en el cuadro de una condena condicional o una suspensión de condena, y en el caso de infracciones relacionadas con el uso de drogas o de alcohol las condiciones consistirán en la sujeción a tratamiento médico o sumisión a vigilancia.

En Alemania, la sección 153 del Código de Procedimiento Criminal, acoge el “principio de oportunidad”, expresando que, en el caso de delitos menores, el Fiscal puede decidir no presentar cargos si la culpabilidad es leve y no hay interés público de proceder, si bien en algunos casos la decisión de no perseguir por razones de oportunidad requiere el consentimiento del Tribunal.

En Holanda el Ministerio Fiscal aplica el principio de oportunidad en determinados supuestos: falta de prueba, asuntos de menor importancia, cuando el autor está profundamente humillado y por lo tanto “suficientemente castigado”, si el hecho se produjo hace mucho tiempo, y si el acusado se comporta desde entonces de manera adecuada.

En Italia la obligatoriedad de la acción penal viene consagrada como principio fundamental en la Constitución, sin embargo, en la práctica se conocen casos de “elasticidad” en el ejercicio de la acción penal.

En Luxemburgo está prevista la posibilidad de archivar las diligencias por razones de oportunidad, habida cuenta de las consecuencias para la persona y familia del delincuente, en atención a la víctima, el orden público y la paz social.

En Estados Unidos el principio de oportunidad se caracteriza por su discrecionalidad, casi el 90% de las condenas se alcanzan sin proceso formal, en cuanto son consecuencia de una acusación negociada por conducto de la institución del bargaining.

El Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó, el 17 de septiembre de 1987, la Recomendación número R (87) 18, sobre la simplificación de la Justicia Penal. En ella se recomienda a los Estados miembros, en relación con la oportunidad del ejercicio de la acción penal, lo siguiente:

1. El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal debiera ser adoptado o extenderse su aplicación, en los casos en que lo permitan el contexto histórico y la Constitución de los Estados Miembros.

2. La facultad de renunciar a la iniciación de un procedimiento penal o de poner término al ya iniciado por razones de oportunidad, deberá ser establecido por Ley.

3. La decisión de renunciar al ejercicio de la acción penal, en virtud de este principio, solamente debe adoptarse cuando la autoridad a la que compete ese ejercicio disponga de indicios suficientes de culpabilidad.

4. Este principio deberá ser aplicado partiendo de bases generales como el interés público.

5. Al ejercer esta facultad, la autoridad competente debe inspirarse en el principio de igualdad de todo ante la ley y en el de la individualización de la justicia penal, y concretamente teniendo en cuenta:

- la gravedad, naturaleza, circunstancias y consecuencias de la infracción;
- la personalidad del denunciado;
- la condena que pudiera imponerse;
- los efectos de esta condena sobre el denunciado;
- la situación de la víctima.

6. El archivo de las actuaciones por oportunidad podrá ser pura o simple —acompañado de una advertencia, reprensión o amonestación— o sometido a determinadas condiciones que han de ser cumplidas por el denunciado, como las de someterse a reglas de conducta, el pago de una suma de dinero, la indemnización a la víctima o su puesta a “probation”.

7. El consentimiento del denunciado será necesario en todos los casos en que se prevea un archivo bajo condición.

8. Por regla general, la suspensión del procedimiento podrá ser temporal, hasta la prescripción de la acción penal, o definitiva.

9. Cuando se trate de archivo bajo condición, la suspensión del procedimiento será definitiva desde que conste el cumplimiento de las obligaciones impuestas.

10. En la medida de lo posible, deberá notificarse al denunciante la decisión de archivo de las actuaciones.

11. La víctima deberá tener acción para obtener la reparación de los daños causados por la infracción, ante un Tribunal civil o penal.

12. No será necesaria la notificación al denunciado del archivo de las actuaciones cuando éste revista la forma de una renuncia pura y simple al ejercicio de la acción penal”.

Gimeno Sendra define el principio de oportunidad como la facultad que al titular de la acción penal asiste para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado. Y como ventajas destaca las siguientes: a) evitar los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad; b) obtener la rehabilitación del delincuente mediante su sometimiento voluntario a un procedimiento de readaptación; c) estimular la pronta reparación del daño y d) evitar juicios orales innecesarios o razones de economía procesal, con efectos muy positivos para la disminución de la sobrecarga de trabajo de nuestros juzgados. La implantación de esta institución la condiciona este profesor a los siguientes requisitos: a) que los hechos punibles no lleven aparejadas penas graves de privación de libertad, situando en tres años o menos el límite cuantitativo; b) El sobreseimiento por razones de oportunidad ha de estar sometido a criterios preestablecidos, que impidan la infracción del principio de igualdad; c) que en principio el sobreseimiento debiera excluirse a los reincidentes; d) que la víctima sea previamente reparada y e) ha de garantizarse la libertad en la declaración de voluntad del inculcado.

¿Vulnera el principio de oportunidad al de legalidad que proclama la Constitución? El Ministerio Fiscal tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, dice la Constitución, y Vives Antón al comentar ese texto expresa que de la misión de defender la legalidad no se sigue más que la obligación de ejercitar las acciones penales, en tanto la ley configure ese ejercicio como obligatorio. Y eso sucede actualmente con el artículo 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al disponer: “los funcionarios del Ministerio Fiscal tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la Ley, todas las acciones penales que estimen procedentes”. Pero la ley, añade Vives Antón, podría otorgar un margen al principio de oportunidad y este margen no tendría por qué ser constitucionalmente ilegítimo. Sigue diciendo, que el principio de oportunidad como la posibilidad de la “negociación de la conformidad” por parte del Ministerio Fiscal ha de someterse a límites y, en todo caso, a la aprobación del Juez o Tribunal competente. Determinados institutos (condena condicional, “probation”, posibilidad de imponer penas alternativas, beneficios penitenciarios, etc) posibilitan, sencillamente, que la condena penal pronunciada pueda quedar vacía de contenido y se admiten sin mayores reparos. Son muchas más las excepciones a la obligatoriedad de la acusación, así los delitos privados o semipúblicos, sujetos a condiciones de perseguibilidad constituyen un ejemplo. Habiéndose afirmado que estos casos no constituyen una aplicación del principio de oportunidad sino que son manifestaciones singulares del propio principio de legalidad. Enrique Ruiz Vadillo destaca que el principio de legalidad está contrapuesto a arbitrariedad, expresión distinta de la de oportunidad, si esta viene establecida por la Ley y está sujeta a determinadas reglas o pautas de comportamiento, entonces la oportunidad reglada se hace legalidad y su aplicación es correcta y ortodoxa.

#### PRINCIPIOS ATINENTES AL SISTEMA DE RECURSOS

En cuanto al sistema de recursos hoy, el proceso penal está edificado sobre el principio de la única instancia con posibilidad de recurso extra-

ordinario de casación para los delitos graves (penas de prisión mayor o superiores) y la doble instancia sin casación para las faltas y delitos menos graves. Esto provoca disfunciones y es necesaria una reforma que consiga dos objetivos:

a) Extender el sistema de la doble instancia para todos los delitos con la única salvedad del juicio por jurado poco o nada cohonestable con un recurso de apelación (pese a que en el Anteproyecto de Ley de Jurado sí se prevé una “extraña” apelación”).

b) Devolver a la casación su auténtica función de unificación de doctrina dando la posibilidad de que esa función alcance a todas las infracciones penales que lo exijan.

La generalización de la doble instancia viene impuesta por textos internacionales. Así el Protocolo 7 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1984 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.5) establecen el derecho de toda persona condenada por razón de delito a que su sentencia y pena sean revisadas por un Tribunal Superior. Aunque el TC (SS 76/82 y 110/85) tiene declarado que la exigencia de la doble instancia queda cubierta por el recurso de casación pese a su carácter extraordinario, su argumentación parece muy condicionada por la necesidad de salvar un escollo de consecuencias imprevisibles. Parece preferible instaurar la doble instancia residenciando la competencia en los Tribunales Superiores de Justicia que así verían incrementados sus hoy escasos cometidos. En esta línea se mueve el proyecto de Ley del Tribunal del Jurado.

La limitación de la casación a los delitos más graves está originando que sólo exista una doctrina del TS unificadora en esas infracciones. El peligro de dispersión interpretativa es muy serio y ya se ha puesto de manifiesto (sentencia del TC contemplando la condena por un cheque postdatado dictada por una Audiencia. Se acude al TC invocando vulneración del principio de igualdad y señalando como término de comparación sentencias de otras Audiencias que consideraban atípico el cheque postdatado. El TC deniega el amparo). La disparidad interpretativa es el tributo que hay que pagar a la independencia de los jueces y a su único

sometimiento a la ley. Sus interpretaciones sólo pueden ser corregidas a través de los recursos y corresponde al legislador diseñar un adecuado sistema de recursos para evitar esas perniciosas consecuencias. Actualmente esas consecuencias sólo parcialmente se pueden paliar a través del principio de unidad de actuación del Ministerio Fiscal. De ahí la necesidad de extender la función unificadora de la casación permitiendo que todo tipo de infracciones, si bien con el correctivo de requerir una adecuada unificación por su novedad o por existir diversidad interpretativa, puedan tener acceso a la censura casacional, aunque sin perder de vista que un complejo sistema de recursos podría afectar al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Esta idea se hace aún más necesaria ante los nuevos tipos penales —delito ecológico, insumisión, nueva delincuencia económica— que de perpetuarse el sistema de recursos actual no van a contar con una interpretación uniforme lograda a través de la casación por la imposibilidad de acceder a ella. Y ello resulta imperioso si se promulga un Código Penal de nueva planta. No parece que la solución pueda ser la instauración de un recurso de casación en interés de Ley: ese tipo de recursos sin repercusión efectiva se compagina mal con los principios y bienes en juego en el Derecho Penal. Algún autor ha sugerido la solución de generalizar la casación para todos aquellos casos en que las sentencias de 1ª y 2ª instancia sean discrepantes.

Otro de los temas a debate es el principio dispositivo y de oficialidad: conveniencia o no de limitar las facultades del Tribunal (art. 729.2).

El Tribunal Supremo, en recientes resoluciones, sigue una línea tendente a restringir las facultades de iniciativa del Tribunal. Así la sentencia de 1 de diciembre de 1993 declara inconstitucional el art. 729.2 que permite al Tribunal acordar de oficio pruebas que no hayan sido propuestas por ninguna de las partes. Algunos autores entienden, por el contrario, por mor de los intereses públicos presentes en el proceso y por el principio de la verdad material, que el Tribunal no puede ser un mero espectador en el proceso penal, limitándose a dirigir el debate y presenciar las pruebas, para luego decidir en conciencia...

## PRINCIPIO ACUSATORIO: ¿ACENTUACIÓN?

El elemento nuclear del principio acusatorio —no hay condena sin acusación— así como las consecuencias en orden a la correlación entre acusación y condena (problemática de los artículos 733 y 794 de la LECr.) han de ser respetados. El debate actual se centra en si debe recuperarse el sistema acusatorio puro o han de mantenerse algunas de las modulaciones de ese sistema incorporadas por el denominado acusatorio-mixto. Sobre esta cuestión sólo un breve apunte. Debe mantenerse la importante matización que representa al principio acusatorio la necesidad de un pronunciamiento judicial para entrar en el juicio oral. Lo que se ha venido llamando el juicio de acusación o el juicio de razonabilidad. Para entrar en el juicio oral es necesaria una acusación, pero no ha de bastar una mera acusación. Ha de exigirse también un pronunciamiento judicial estimando que hay motivos suficientes para entrar en el juicio. Esa función la viene desarrollando el auto de procesamiento en el procedimiento ordinario. En el procedimiento abreviado se ha disuelto en gran medida y aunque en vía de principios se mantiene (el Instructor tiene la facultad de denegar la apertura del juicio oral: art. 790), sin embargo, la práctica ha demostrado la insuficiencia de la previsión para que sólo en los casos en que exista fundamento suficiente se entre en el juicio oral. La fase de investigación ha de servir tanto para preparar el juicio oral como para evitar la apertura de juicios innecesarios. Resultan hoy plenamente vigentes aquellas observaciones de Carnelutti comentadas por Burón Barba “de este modo, la suavización del castigo final pone en evidencia que el enjuiciamiento es ya castigo por sí mismo desde los primeros pasos. Carnelutti en su prolusión a las Lecciones del Proceso Penal expresa su inquietud ante esta aporía...” “el drama es que él (o sea el encausado) es castigado para saber si debe ser castigado”. De ahí se infiere que los únicos que de verdad pueden ser sometidos a un juicio enteramente justo son los culpables, con lo que el carácter dilucidador del juicio queda en entredicho. Todo ello exige del legislador que introduzca mecanismos que impidan la entrada en el juicio oral cuando de

una breve y sencilla investigación pudiera evitarse sentar en el banquillo a un inocente (lo que en el argot judicial se conoce con la pena de banquillo). Por ello es irrenunciable mantener con toda nitidez que el Juez tenga la atribución exclusiva y excluyente —controlada por la vía de recursos— de no decretar la apertura del juicio oral, cualquiera que sea quien se lo pida si el hecho que se imputa no es delito o cuando el material probatorio carezca de un mínimo de consistencia.

PRINCIPIO DE PUBLICIDAD Y SECRETO:

NECESIDAD DE UNA NUEVA REGULACIÓN MÁS MATIZADA

En la fase de instrucción se establece, actualmente, el secreto total para terceros con posibilidad de decretar el secreto para las partes. Por el contrario, en la fase de juicio oral, la publicidad es absoluta con posibilidad de excepciones que puede decretar el Tribunal. Este régimen legal contrasta con la realidad.

En la fase de sumario se considera conveniente flexibilizar confiando más en el arbitrio judicial. No tiene sentido que frente a la declaración legal, la realidad demuestre que las investigaciones judiciales son conocidas a través de los periódicos. Y es lógico que sea así en aquellos casos en que se trata de temas de interés público o social por verse afectados personajes públicos; es una exigencia del art. 20 de la Constitución que demanda esa posibilidad de información. Eso hay que conjugarlo con las exigencias de la investigación que pueden exigir el secreto en algunos casos o momentos y con el derecho al honor de los afectados. Hay que crear, pues, mecanismos legales que conjuguen esos distintos intereses en juego. El sistema legal actual ha quedado desfasado.

En la fase de juicio oral hay situaciones en que se deben tomar medidas para proteger a las víctimas y evitar que la publicidad del juicio degenera en el juicio espectáculo, así como salvaguardar la independencia del Tribunal (especialmente si es un jurado) de las posibles presiones extrañas. Deben arbitrase mecanismos legales que permitan al Tri-

bunal, en casos excepcionales, restringir esa publicidad así como regular las grabaciones de los juicios como sucede en los países de nuestro entorno (Francia, Portugal, Alemania).

#### EL LLAMADO PRINCIPIO DEL CONSENSO

Vinculado al principio de oportunidad, va ganando autonomía propia. Se ha potenciado con la reforma de 1988, que instaura el Procedimiento Abreviado, sobre todo a impulsos de la Fiscalía General del Estado con la Circular 1/1989 sobre dicho Procedimiento.

Supone la potenciación de los sistemas de “transacción procesal”. Se debe tener presente la existencia de dos claros y firmes límites a su expansión: el principio de legalidad y el principio de respeto a la búsqueda de la verdad material. Es hoy uno de los temas más en debate en toda la doctrina procesal europea donde los sistemas de transacción penal propios de Estados Unidos van introduciéndose. Precisamente esos sistemas están ahora en cuestión por la doctrina procesalista americana. Siguiendo una reciente obra elaborada en Alemania (Weigand) pueden indicarse determinadas pautas que en una futura reforma debieran tenerse en cuenta en este punto: la actitud del acusado facilitadora de la persecución puede traducirse, como sucede en la mayoría de los ordenamientos, en un trato más favorable que permita reducir la pena. Pero aunque se ponga formalmente el acento en el beneficio obtenido por la cooperación, lo cierto es que la otra cara de la moneda es indisociable: el acusado no cooperador con la persecución penal (el que no renuncia a su derecho al juicio) recibe un trato más severo. Los acuerdos sirven ciertamente a la eficiencia de la justicia y aminoran el coste social del juicio. Es más discutible que sirva a los intereses de la colectividad y a los del propio acusado. Es preferible la regulación expresa del sistema para reforzar la seguridad jurídica (en este sentido es laudable el “patteggiamento” italiano). Es necesario un control judicial de esas conformidades, no limitándose el papel del Juez a un convi-

dado de piedra. Sería deseable, de otra parte, circunscribir los posibles acuerdos a las primeras fases del proceso, línea en la que se mueven cada vez más la jurisprudencia de los países de la Common Law. De esa forma se garantizan mejor los efectos de esos convenios en el sentido de acrecentar la eficiencia de la Administración de Justicia y se reduce al máximo el desgaste procesal. Y no puede perderse de vista que todo sistema de convenios o conformidades arrastra el riesgo de configurar una red en la que queden acogidos algunos inocentes cuya culpabilidad no hubiera podido acreditarse en un juicio oral. El riesgo de verdaderos chantajes legales o de concesiones por temor a un mal sólo probable, pero mayor que el cierto que se ofrece a cambio, es preocupante e invita a prever cautelas y mecanismos que disminuyan esos riesgos.

#### PRINCIPIOS DE CELERIDAD

Se debe crear un proceso simplificado para infracciones menores. Se beneficiaría la agilización de la Justicia y haría más efectivo el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

# *Los principios del proceso penal*

ENRIQUE RUIZ VADILLO

Presidente de la Sala Penal del Tribunal Supremo y  
del Instituto Europeo de España. Profesor de la Universidad

## SALUDO

Es para mí un motivo de orgullo y satisfacción encontrarme en esta preciosa y encantadora ciudad de Melilla en la que viví de muy pequeño, en la que nació mi hermano y de la que mis padres guardaron siempre un recuerdo gratísimo e imborrable.

Al Excmo. Sr. Alcalde de la ciudad, don Ignacio Velázquez Rivera, a la UNED y al Consejo General del Poder Judicial nuestra gratitud. También a la Dirección Provincial del Ministerio de Cultura.

Encontrarme en esta entrañable ciudad y al lado de unos compañeros tan queridos para mí como el magistrado del TS don Luis Román Puerta Luis y el también magistrado y ahora Fiscal General del Estado don Carlos Granados Pérez, a los que me unen no sólo lazos indestructibles de compañerismo sino sobre todo afecto, admiración y agradecimiento, sentimientos que perdurarán en mí mientras viva, es especialmente grato, como lo es la presencia del Presidente del Tribunal Superior de Justicia don Manuel Rodríguez, con el que tuve la suerte de compartir estas tareas en Bilbao, la de don Manuel Torres, querido Presidente de Málaga y de

mis entrañables compañeros don Ignacio Sierra y don Antonio Marín. Para José Cano compañero de promoción un abrazo muy fuerte.

#### IDEAS GENERALES

Probablemente los temas que están siendo objeto de consideración en este importante foro alcancen en la actualidad una trascendencia realmente esencial para nuestro futuro. En nuestra parcela como ha de organizarse el proceso penal para que sirva de verdad a su destino, en una Comunidad organizada bajo los principios que acompañan a todo Estado de Derecho Democrático y social como el nuestro.

Digamos ya de entrada que el fin no justifica los medios y que si el proceso responde de verdad a los principios a los que nos vamos a referir, jamás pueden temerse impunismos no queridos y que con evidencia tanto perjudican desde el punto de vista de la confianza que los ciudadanos han de tener en sus instituciones.

#### EL DERECHO PENAL COMO UN TODO

El Ordenamiento jurídico penal forma una unidad indestructible. Así, el Derecho penal sustantivo, el procesal y el penitenciario, (Jescheck). Todo ha de conducir a una efectiva y profundamente humana realización de la Justicia penal.

En esta delicada aventura estamos embarcados Abogados, Fiscales y Jueces, cada uno desde la perspectiva que el Ordenamiento nos asigna. Mi confianza en la Abogacía es total. Los Abogados son piezas esenciales en la realización de la Justicia. Por ello mismo, las garantías que deben rodear su actividad son, en definitiva, garantías de la Justicia. Señor Decano, permítame que le exprese mi felicitación por dirigir una Corporación tan ilustre y noble y mi gratitud por la colaboración que presta a la UNED y a la Justicia de los tantos elogios que he oído a mi

querido compañero Enrique Peralta, artífice con sus colaboradores de estas Jornadas.

Como ha dicho el Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, don Pascual Sala Sánchez, a todos los poderes del Estado impone la Constitución un doble mandato: velar por la protección de los derechos fundamentales y evitar su transgresión. Los derechos fundamentales son derechos en permanente desarrollo y expansión. No hay un catálogo cerrado, dice, ni contornos fijos.

#### EL DERECHO PENAL SUSTANTIVO

Al Derecho penal hay que verlo como lo que realmente es: como la parte del Ordenamiento jurídico que defiende las bases estructurales de la convivencia en una paz construida sobre la Justicia. Ahí están todos los derechos fundamentales: derecho a la vida (con toda su amplia problemática: suicidio y eutanasia, transfusiones de sangre a quienes su Religión se lo prohíbe, huelgas de hambre en las prisiones, torturas y malos tratos), derecho a la libertad ideológica y religiosa, libertad y seguridad, honor, intimidad personal y familiar, imagen, secreto de las comunicaciones, elección libre de residencia, libre difusión del pensamiento, derechos de reunión y manifestación... Y todo ello se protege poniendo límites al Poder del Estado y a la tarea de los jueces. Como debe ser, hasta el punto de que el Código penal viene a ser, desde esta perspectiva, como el Derecho protector de quienes por unas u otras razones y en unas u otras circunstancias incurre en la delincuencia.

Por ello hay que aplaudir el Proyecto de Código penal de 1994 que, en este orden de cosas, presenta un diseño proyectado hacia esta defensa. Cuando el Jurado se haga efectivo el Pueblo podrá conocer las grandes dificultades que supone juzgar y aportar también su sensibilidad frente a una serie de problemas de especial significación.

Sin duda es tan difícil y compleja la tarea que, en mi modesta opinión, los jueces tenemos que hacer un esfuerzo sobrehumano para hacernos

entender por nuestros ciudadanos, explicando por qué hacemos lo que hacemos y cómo lo hacemos, sobre la base de una permanente humildad.

Estimo que en esta gran tarea tenemos que estar junto a nuestros colegas europeos para construir o tratar de construir un mundo mejor donde impere la Justicia que todos queremos capaz de dar Paz auténtica a los Pueblos. Esa Europa en la que nos va a unir es, sobre todo, los ideales comunes de Libertad, de Igualdad, de Justicia, de Solidaridad, nunca frente a nadie y siempre para ayudar a cuantos lo necesiten.

#### EL PANORAMA ACTUAL

Cuando se habla de los Principios del Proceso Penal, a los que enseguida haremos referencia, nos planteamos nada más y nada menos que el problema, muy serio y trascendente como ya hemos dicho, de cuál es su fin, cuáles sus límites y las vías utilizables para equilibrar las exigencias de una institución que ha de procurar la realización de la justicia que demanda legítimamente la sociedad y, al mismo tiempo, que lo haga con plena satisfacción y con un reconocimiento incondicionado, de los derechos fundamentales del acusado, lo que significa respeto a su intimidad, dignidad y libertad que sólo de manera excepcional y siempre por una decisión judicial motivada (art. 120 CE), salvo casos muy especiales, pueden lesionarse. Me refiero especialmente a las entradas y registros en domicilios, intervenciones telefónicas, ocupación de correspondencia y ordenadores personales, intervenciones corporales, seguimiento con cámaras de vídeo de las actividades de una persona, etc. Invasiones que no se pueden, desde luego, descartar pero que han de practicarse de forma prudente, bajo control judicial y sujetas siempre al principio de proporcionalidad, en función de la gravedad y significación del hecho delictivo presunto que se pretende descubrir.

En resumen, estamos en presencia de un acontecimiento, el del proceso penal y su inevitable reforma, realmente trascendental para nuestro futuro. Cuando se oyen voces muy autorizadas y prestigiosas como la del profesor Vassalli, Ex Ministro de Justicia de Italia, que analizan la situación actual y

futura con preocupación, es el momento de reflexionar de manera interdisciplinar, para evitar que se produzcan, a los que la Humanidad está tan acostumbrada, movimientos pendulares y desplazamientos peligrosos.

A veces, cuando las cosas no van bien, (pensemos en las nuevas formas de criminalidad tales como el crimen organizado y la delincuencia terrorista, el narcotráfico, los grandes delitos económicos capaces de hacer tambalear a ciertas economías, la prostitución infantil y juvenil organizada, etc), caemos en la tentación de utilizar medios poco apropiados para una lucha eficaz sin darnos cuenta de que no es esa la solución, que está única y claramente en el perfeccionamiento de las instituciones que ya tenemos: una policía cada día mejor preparada y más técnica, unos fiscales y jueces capaces de hacer frente con su preparación a estas nuevas formas de criminalidad y un proceso cada vez más perfecto que haga compatible su perfección con el afianzamiento de los principios que informen las Declaraciones Universales y Europeas a este respecto. Después de más de 200 años de esta primera Declaración es preciso un reforzamiento de los principios que garantizan la efectiva presencia de los derechos fundamentales del Ciudadano frente al Estado en todas las partes del mundo y a ello se pretendió contribuir con la redacción de las llamadas “Reglas de Mallorca” que son un Catálogo de Mínimos, en este orden de cosas y que redactamos un grupo de juristas por encargo de Naciones Unidas para luego someterlas a los correspondientes organismos internacionales.

Volvemos otra vez a la exposición de unas ideas generales: hay que armonizar mejor los derechos humanos con las exigencias de una Justicia eficaz. Ello conduce a un replanteamiento de muchos principios tradicionales. La tarea de los jueces de instrucción que se dice son jueces—jueces, jueces policíacos y jueces—investigadores (Tulkens); y frente a ellos se pone la mirada, a veces, en el llamado Juez de la Libertad, (Italia y Alemania, por ejemplo).

La verdad es que el Derecho procesal penal, como dice el profesor Tiedemann, experimenta, desde hace tiempo, un intenso viento de reforma en muchos países del mundo. El acierto de ustedes al organizar estas Jornadas con carácter general dirigidas a todos los procesos no puede ser, pues, mayor.

En este sentido, se habla de la exigencia de Ley formal en cuanto afecte al proceso penal proyectado a la defensa de estos derechos, a la dialéctica principio de legalidad—principio de oportunidad porque, en las sociedades modernas se dice es imposible perseguir todos los delitos, etc. Enseguida vamos a tratar algunos de estos temas, de algunas de cuyas soluciones doctrinales y legislativas discrepo. La sociedad, se señala, no puede con la delincuencia organizada. Tampoco es cierto.

De ahí a hablar de un exceso de derechos sólo media un muy pequeño paso. “El hipergarantismo, se dice, hoy en Italia tolera y favorece el crimen”. El clima en este sentido puede ser peligroso. Desde la perspectiva de los muchos años de experiencia en el mundo de la Administración de Justicia y en otros puestos de la Administración me permitiría someter al mejor juicio de ustedes este otro titular: “El hipogarantismo conduce al terror, al Estado policial, al desprecio de los derechos humanos y en definitiva a la injusticia”. Frente a cualquier tipo de delincuencia, el Derecho que es el arma poderosa de la sociedad, tiene respuestas eficaces para todos los problemas. Ahí están los jueces como dijo al Enviado del Emperador, el Molinero de Postdam.

Es necesaria una cultura social que haga conocer a los ciudadanos, de verdad, lo que el Derecho supone y representa y que frente a una absolución, comprendan que ello significa, no sólo para los absueltos, sino también para el resto de los ciudadanos, lo mejor teniendo en cuenta que también así se realiza la justicia.

¿Por qué no podemos quedarnos en un Sistema de garantías, firmes, seguras, ciertas, inmovibles, que supongan la plataforma inexcusable para que el Derecho penal pueda satisfacer las ansias de justicia que demanda nuestra sociedad? Una cosa son las concesiones gratuitas y estériles respecto de las pruebas desde una perspectiva puramente formal y otra, muy distinta, la defensa enérgica de los derechos, de todos los derechos y especialmente de los derechos fundamentales.

Cada día, si cabe hablar así, soy más entusiasta del auténtico Estado de Derecho Democrático. Y lo soy porque he vivido otras experiencias y, como todos los que nos dedicamos a estas actividades, he leído y estu-

diado despacio la Historia del Derecho y de las Relaciones sociales y sabemos lo que supone bajar la guardia respecto de estos derechos.

¡Qué duda cabe que los jueces nos equivocamos, por eso hay que poner barreras legales para que estos errores, en la medida de lo posible, nunca prevalezcan!

La Declaración Universal de Derechos Humanos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, de Roma, con sus Protocolos Adicionales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, la doctrina sabia y prudente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional, han de constituir y seguir constituyendo la verdadera plataforma de nuestra actividad jurisdiccional y es sobre ella donde han de situarse las profundizaciones en la defensa de estos valores que hemos de seguir defendiendo a toda costa.

A veces se piensa, creo, respetuosamente, con equivocación, que las garantías conducen fatalmente al impunismo. Nada más lejos de la realidad. Al impunismo conducen los procesos penales mal tramitados y peor desarrollados, cada vez menos, por fortuna.

Una instrucción que tenga por esencial finalidad preparar el juicio oral, no sustituirle; una conciencia general de que es en este acto, (decisivamente importante), y no antes, en el que han de probarse los hechos delictivos y las correspondientes participaciones como autores, cómplices y encubridores, es definitivamente importante.

Naturalmente que ello no conlleva a declarar carente de valor todo lo que se hizo en la fase sumarial o de investigación, si en ella se actuó bien y con todas las garantías. En este sentido, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, (así, entre otras muchas la muy reciente de 9 de mayo de 1994). Como también tendrán validez aquellos informes que se unen al atestado y que tienen la significación de una prueba pericial si no se solicita su aclaración o corrección en el juicio oral.

Por ello, a mi juicio, la búsqueda del perfeccionamiento del sistema debiera consagrarse por vía legislativa, pero que ya puede realizarse una especie de prueba anticipada ante el juez de instrucción en presencia del Fiscal, de la Acusación, si está personada y obviamente de la Defensa dando fe

el Secretario Judicial en la que se oiría al testigo que probablemente no podrá comparecer, por razones de enfermedad o de residencia: la mujer de nacionalidad extranjera que es objeto de una agresión sexual y que no puede permanecer en España en espera del juicio y a la que igualmente le resulta muy difícil realizar un viaje largo y costoso para comparecer en el acto del juicio oral. Si a ello se une, como en los supuestos de apelación, habría de hacerse obligatoriamente, la obtención de un vídeo con imagen y sonido que se acompañaría con la fehaciencia del Secretario judicial al Tribunal “a quo” o al de apelación respectivamente, creemos que sólo faltaría una mínima “inmediación”, no nunca, ni contradicción ni plenitud de garantías.

Es también muy importante que las actas sean expresivas y legibles, así como una generalización del recurso de apelación, aunque se construya con unas ciertas limitaciones a la aportación de pruebas, como ocurre en la actualidad.

El tema de la imparcialidad del juez ha de situarse dentro de un marco de serenidad, sin encontrar parcialidades, aunque sean objetivas, allí donde no las hay. No toda intervención de un juez en un procedimiento puede acarrear su incompatibilidad para conocer cuestiones posteriores si no se han tomado decisiones que impliquen una especie de predeterminación (V: STC 9 de mayo de 1994).

Sí es fundamental la motivación de las sentencias. La motivación transforma actos puros de poder, en actos de razón y de razonabilidad. Pone el acento de la decisión judicial en la “autorictas” y no en la “potestas”. El Tribunal Constitucional mantiene una postura absolutamente prudente y sensata sobre esta exigencia. Basta que la motivación sea suficiente, es decir proporcional a la complejidad del problema (V. STC 25 de abril de 1994), y no afecta a la exigencia constitucional si no es relevante para el fallo (STC 25 de octubre de 1993).

Por supuesto sí es esencial cuanto afecta a la asistencia letrada que es algo más que defensa. Ello supone libertad de comunicación e incluso a nuestro modesto entender debiera suponer que el Abogado haya de tener una mayor intervención en las declaraciones de los detenidos (V. STS de 7 de febrero de 1994).

Finalmente, hay que construir un recurso de casación que sirva de verdad a la armonización en la aplicación del Derecho penal (aunque la idea es generalizable a todos los órdenes jurisdiccionales), en toda España. Me parece que en ese sentido (que es el que marcó nuestro Presidente del Tribunal Supremo en el último Discurso de Apertura de Tribunales), marchan las preocupaciones actuales.

#### LA POLÍTICA LEGISLATIVA

A la hora de abordar un tema de política legislativa, dice el profesor Gimeno Sendra, como lo es el de la reforma procesal penal, conviene despejar como cuestión previa un presupuesto de partida cual es el de la función actual del proceso penal.

En este orden de cosas, como en tantos otros, la tarea de una prensa libre e independiente, de unos medios de comunicación especialmente sensibles a la realidad social, es fundamental.

Antes hablaba de una cultura del Pueblo que reciba con satisfacción, (la crítica siempre legítima y necesaria es otro problema) las absoluciones o las condenas a penas inferiores a las que en su alma pudiera desear, en el convencimiento de que, unas veces con acierto y otras veces sin él, (¿dónde está la verdad, qué es verdad?), los jueces y tribunales han de aplicar, en efecto, el Derecho penal cuando proceda, es decir cuando se prueba un hecho que reviste caracteres de delito o, en general, de infracción penal y, además, se acredita quién o quiénes intervinieron en él, sin olvidar que al individualizar la pena entran en juego todos los factores que han de coadyuvar a que las penas, todas, pero especialmente las privativas de libertad, estén orientadas, conforme establece nuestra Constitución, hacia la reeducación y reinserción social (art. 25.2).

Pero, además, debe decidir cuando proceda, la puesta en libertad del acusado y no ordenar la adopción de otras medidas de investigación que aquellas que sean necesarias y proporcionadas al fin perseguido, ni

tampoco puede decidir medidas cautelares, embargos, etc, que no correspondan con arreglo a la ley interpretada restrictivamente y debe, por último, decidir todo aquello que sea conveniente en defensa y protección de la víctima, (el gran convidado de piedra del proceso penal, aunque, por fortuna, cada vez lo es menos) hasta llegar, cuando sea procedente, a la declaración de la correspondiente responsabilidad civil, directa o subsidiaria que, a nuestro entender, no debiera nunca separarse del proceso penal por razones de economía procesal que, en este caso, son de estricta justicia.

Sólo así se construirá un proceso justo que es un derecho que tienen todas las personas con una acentuación de los principios de celeridad y eficacia y un fortalecimiento de las garantías correspondientes.

En este sentido, hay que señalar con satisfacción todo lo que el nuevo Estado de Derecho Democrático y Social nacido de la Constitución de 1978 ha supuesto. Citemos, como muestra, la reforma del art. 1º del Código Penal, auténticamente y en sentido altamente positivo, revolucionaria, que ha consagrado de verdad un derecho penal de culpabilidad y todas las reformas de la Ley de enjuiciamiento criminal que aun siendo una Ley verdaderamente modélica ha sido puesta al día con acierto en relación con la defensa de los Derechos Fundamentales.

Esta es la confianza que pueden y deben tener los ciudadanos frente a una Judicatura que lucha de corazón por hacer realidad estos ideales y con un Sistema que permite, en general, conseguirlo. Como ha dicho Franz Klein, el mejor derecho material de nada sirve si no cuenta para su aplicación con un buen proceso.

La Ley procesal penal regula un buen proceso, que las leyes posteriores en relación con este tema concreto han ido estropeando, desde la instauración de los llamados procedimientos de urgencia en los años cincuenta y sesenta, pasando por las últimas reformas que en nuestra opinión, al menos en muchos de sus aspectos no han sido acertadas.

## EL DISEÑO DEL PROCESO PENAL

El proceso penal, desde la perspectiva de los principios que lo gobiernan, y sin ningún afán de exhaustividad, puede quedar enmarcado en este esquema:

Principio de legalidad. Principio de acceso a los tribunales. Principio de equilibrio y proporcionalidad. Principios de contradicción, inmediatez, oralidad y publicidad. Principio acusatorio y principio de presunción de inocencia unido al de libre valoración de la prueba.

Todo el cuadro se puede reducir todavía más: búsqueda de la verdad real o histórica pero no a cualquier precio; defensa incondicionada de los derechos fundamentales del acusado; proscripción de toda indefensión y presunción de inocencia.

## PRINCIPIO DE LEGALIDAD

La Constitución, en expresión afortunada del profesor Sánchez Agesta, es un Derecho fundamental de organización y en frase igualmente feliz del propio Tribunal Constitucional, es la Ley Fundamental y Fundamentadora del Ordenamiento Jurídico. No es un catálogo de principios, es la norma suprema que además como ha dicho el profesor Hernández Gil, maestro de todos y uno de nuestros más ilustres juristas, exige una legitimidad no sólo formal sino también material, relativa al contenido y a los fines de la norma, transformándose así, más que en un Sistema de Normas que lo es, en un Sistema de Valores.

El Ordenamiento jurídico forma, pues, un todo imparable en el que la Justicia, como horizonte de grandeza, de armonía y equilibrio, la certeza como seguridad jurídica y el bien común como proyección de todo cuanto él representa, enlaza con la realidad social del momento en que la norma jurídica ha de hacerse efectiva, de acuerdo con el art. 3.1 del Código Civil.

El principio de legalidad alcanza en este orden de cosas una muy profunda significación. Está reconocido expresamente de manera muy genérica por la Constitución, (art. 9.3) por el Código penal y por la

LECrim. También por la Ley General Penitenciaria. Como dice el profesor Almagro Nosete, en las sociedades actuales, los sistemas represivos tratan de conciliar la protección del orden social con la salvaguardia de las libertades individuales. Y esta función que inicialmente se refiere a las víctimas del delito y a la propia sociedad, en cuanto son sus libertades y la seguridad ciudadana lo que se protege con el sistema punitivo en general, sucesivamente se extiende al sujeto posible delincuente que obviamente goza también de los derechos a la libertad y a la seguridad. En este sentido, el principio de legalidad que excluye las indeterminaciones legales y elimina los conceptos genéricos, (el Derecho penal, acaso como ninguno exige, taxatividad y certeza) que se prestan a interpretaciones multívocas, representa una manifestación de seguridad jurídica del ciudadano frente al sistema punitivo.

Si nos damos cuenta, cuando se habla de garantías hacia al acusado, y se cae en la tentación de que estas pueden ser excesivas, acaso no se piensa con el suficiente detenimiento que la mayor víctima del proceso penal puede ser y lo será el propio acusado si es inocente. De ahí nace la convicción de que el Sistema de garantías en el enjuiciamiento criminal ha de ser absoluto y total. Otra cosa es, después, la reacción penal que frente a un acusado condenado haya de tomarse en función de la naturaleza del delito y de la peligrosidad social (penas y medidas de seguridad).

Ya hemos indicado que el principio de legalidad se proyecta también al proceso penal, cuyas normas son indisponibles, ofreciendo, como ya dijimos, un carácter de necesidad que excluye la posibilidad de cualquier acuerdo o disposición privada para solucionar el conflicto originado por la producción del hecho delictivo, como, con acierto, señala Almagro Nosete.

La legalidad tiene una proyección extraordinariamente importante. La ley quiere que el enjuiciamiento criminal y la propia condena penal no signifiquen nunca la pérdida de dignidad de la persona que ha de sufrir la pena y que se respete su intimidad y hasta su libertad, en la medida en que sea compatible con el cumplimiento de la sanción.

De ahí las medidas que el Ordenamiento jurídico toma para prevenir todo cuanto jurídica y humanamente sea posible, el error judicial. De

ahí también toda la teoría de la nulidad de la prueba que se practica fuera de los cauces de la legalidad y que afecta a las entradas y registros verificados sin cumplimentar las exigencias legales, a las interceptaciones telefónicas, cuando se llevan a cabo fuera de los cauces de la legalidad (decisión judicial, concreción, motivación, control, etc), o las intervenciones corporales en los supuestos en que no se cumplen los requisitos que hay que entender inexcusables antes de autorizar una invasión de la intimidad tan grave como la que estas intervenciones del cuerpo humano representan y significan. También debemos incluir en este apartado el principio “in dubio pro reo”.

#### DERECHO A UN PROCESO JUSTO

Nuestra Constitución, absolutamente garantista, que sitúa a la persona humana en el centro mismo de sus preocupaciones más esenciales, incluye en varios de sus artículos y más en concreto en el 24, una serie de derechos que incluso parecen repetitivos pero que, sin duda, pretenden no dejar fisuras por donde pudieran introducirse quiebras al Sistema. Tutela judicial efectiva. Proscripción de toda indefensión, Derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informada de la acusación formulada contra una persona, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia.

La verdad es que no puede pedirse más. La relación es algo que excede con mucho de un catálogo de derechos, es, en definitiva, la consagración constitucional de las garantías que corresponden al acusado, pues el precepto aunque con proyección general, tiene una preocupación muy directa e inmediata en relación con el llamado Derecho sancionador.

De ninguna manera representa esta extraordinaria y afortunada declaración, una barrera para el eficaz enjuiciamiento de los delincuentes, ni siquiera una dificultad, si se actúa como es debido. La naturaleza del derecho a la

tutela judicial efectiva, ha dicho el Tribunal Constitucional en muchas sentencias, así entre otras, en la de 15 de noviembre de 1990, es la de un derecho de prestación que sólo puede ejercerse por los cauces que el legislador establece o, dicho de otro modo, es un derecho de configuración legal.

#### EQUILIBRIO Y PROPORCIONALIDAD

La justicia es un valor supremo junto con la libertad, la igualdad y el pluralismo político (art. 1.1 CE). Pero todos ellos tienen una cierta consideración de conceptos indeterminados. Es la ley, que representa la voluntad del Pueblo por medio de sus legítimos representantes, quien ha de fijar para cada caso y para cada situación, con sujeción estricta a la Constitución que es lo justo y lo injusto en cada momento. De ahí la movilidad y el dinamismo de la vida jurídica.

Ahora bien, existe una especie de prueba irrefutable, desde el punto de vista del conocimiento humano, para detectar la Justicia. Esta es la comprobación de si en la norma o en la decisión que corresponda impera el equilibrio y la proporcionalidad.

El principio constitucional de proporcionalidad, dice el profesor Gimeno Sendra en el prólogo a la obra del profesor Nicolás González Cuéllar Serrano constituye un instrumento utilísimo al servicio de la efectividad de los derechos fundamentales y, en definitiva, de la libertad, configurada en el art. 1.1 de la Constitución como “valor superior del Ordenamiento”. De su vigencia se deducen fecundas consecuencias prácticas en relación con distintas medidas restrictivas como la interceptación de comunicaciones, la entrada y registro, la detención, la prisión provisional... La regulación y aplicación de toda injerencia estatal, en resumen, debe realizarse sin menoscabo del principio de proporcionalidad, lo cual exige del legislador, de los jueces y de la Administración el conocimiento del principio y su cumplimiento, puesto que, además, dado su rango constitucional, puede ser reclamado por los particulares, tanto ante la jurisdicción ordinaria como la constitucional, por la vía del recurso de amparo.

Ahí está la grandeza del Derecho. Él es precisamente la búsqueda constante y rigurosa de la proporción que ha de ser la medida del acierto de cualquier norma o decisión. La motivación misma en cuanto a su configuración y extensión, la adopción de medidas cautelares, la determinación de las medidas que en el curso de una investigación hayan de tomarse... todo ha de ser proporcional.

#### CONTRADICCIÓN, INMEDIACIÓN, ORALIDAD, PUBLICIDAD

Atendida la finalidad de esta modesta exposición ante un auditorio especialmente cualificado, que no es otra que la de compartir unas jornadas de expresión de inquietudes comunes, es obvio que no podemos hacer un estudio detenido de todos los principios que informan el proceso penal, que, además, han sido objeto de estudio o lo serán por los verdaderamente especialistas en cada uno de los temas y de cada uno de los órdenes jurisdiccionales, sino más sencillamente, dejar constancia de una serie de preocupaciones en orden a nuestro presente y a nuestro más inmediato futuro.

Antes decíamos, y ahora repetimos, que los principios que informan el proceso penal son como una serie de tupidas redes, unas superpuestas a las otras, con coherencia y armonía, que tratan de evitar el error en la administración de justicia y, en el caso que examinamos, en la justicia penal.

Todo está dispuesto para que en el escenario donde se va a desarrollar el proceso penal, se pueda probar todo lo que se pueda probar, a la luz de los ciudadanos y de los medios de comunicación, con inmediación, (que los jueces puedan captar bien lo que los inculpados, los testigos, las víctimas, dicen y lo que callan y los gestos, ¡el lenguaje de los gestos al que se ha referido nuestro ilustre académico, el profesor Laín Entralgo!), con contradicción, (el cruce de preguntas y repreguntas de donde surge la verdad, la apreciación de lo que existe de contradictorio entre lo que se dijo en la fase de investigación y lo que se dice en el juicio oral). Es decir, en un acto en el que por ser oral nada queda sumergido bajo las escrituras que pudieran representar formas de ocultación y esoterismo

con publicidad que sólo puede ceder, y a nuestro juicio, únicamente por vía selectiva, frente a los derechos de la víctima, a la que el Derecho penal ha de proyectar toda su inquietud, sensibilidad y preocupación.

#### PRINCIPIO ACUSATORIO

El principio acusatorio viene a ser como la quintaesencia de la proscripción de la indefensión. Nada hay más triste ni más lamentable que un ser indefenso. Por ello, frente a un acusado extranjero que no conoce nuestra lengua, frente a ciertos marginados sociales que, apenas si se dan cuenta por su propia marginalidad de lo que se les puede venir encima, ¡cuánta sobrecarga de defensa hay que poner!

El principio acusatorio es un magnífico instrumento técnico que tanto cuida el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional y la Sala Penal del Tribunal Supremo.

Sólo el que está informado de la acusación puede defenderse eficazmente. Frente al fantasma de una acusación imprecisa o indeterminada ¿quién puede actuar con probabilidades de éxito? El derecho a la tutela judicial efectiva comporta, dice la STC de 21 de abril de 1987, entre otros, el derecho a ser informado de la acusación como primer elemento del derecho de defensa que condiciona a todos los demás, no pudiendo sacrificarse en aras de una práctica material (STC de 3 de marzo 1989), siendo la verdadera acta de acusación, cuyo conocimiento es indispensable para una eficiente defensa, el escrito de calificación del Fiscal o de las acusaciones por lo que los motivos de la detención y del procesamiento son interinos y están subordinados a aquella calificación (STC 25 de marzo de 1987).

Por consiguiente:

1. Sin acusación no puede haber condena y si hubo acusación y se retiró tampoco es viable ésta. La razón es bien elemental y sencilla: el proceso penal es una especie de tríptico en el que los tres vértices han de estar ocupados y serlo por distintas personas: el acusador, el acusado

y el juez. Si la posición del acusador la ocupa el juez, se rompe definitivamente el equilibrio del sistema.

2. La acusación ha de precisar el hecho nuclear sobre el que construye su calificación que no podrá variar el juzgador, así como habrá de determinar las personas responsables y el concepto bajo el cual ha de responder, fijando igualmente las circunstancias agravantes que, a su juicio, concurren, sin que el tribunal pueda incorporar ninguna otra aunque su existencia sea, en principio innegable como puede suceder con la reincidencia (STS 24 junio 1994).

3. Es absolutamente correcto que la Acusación modifique sus conclusiones provisionales y califique de distinta manera los hechos o las participaciones sin que ello implique indefensión, puesto que si la Defensa no se encuentra preparada para dar respuesta a la nueva calificación, utilizada la expresión en sentido amplio, lo que tiene que hacer es pedir la suspensión, (v. art. 793.7 LECrim).

4. Sin variar los hechos nucleares, sí los periféricos, el tribunal puede calificar de manera distinta a como lo hizo la acusación más grave, si el nuevo delito es homogéneo y lleva aparejada menos pena que el que fue objeto de acusación. Así se forman las columnas de modalidades delictivas que el tribunal puede recorrer pero sólo hacia abajo; por ejemplo asesinato, homicidio, lesiones del art. 421, lesiones del art. 420, lesiones falta. Robo con fuerza en las cosas, cualificado, simple y hurto-delito y hurto falta. Alevosía y abuso de superioridad, etc.

5. Como ya dijimos, el tribunal no puede apreciar circunstancias agravantes no recogidas en el escrito o escritos de calificación y, según el criterio jurisprudencial, sobre el que tengo algunas amplias aunque muy respetuosas reservas, la apreciación por las acusaciones de una exigente incompleta o de una circunstancia de atenuación, simple o cualificada, también vincula al tribunal sentenciador.

6. El principio acusatorio no cede ni siquiera cuando el juez o tribunal hacen uso de la facultad que les concede el art. 793.6 LECrim. o el 733 de la misma Ley respectivamente. Sólo si la acusación acepta la “invitación” que se la formula y asume la nueva calificación el juzgador podrá extender su condena al nuevo delito.

7. De ahí la importancia excepcional que alcanza el Ministerio Fiscal, en la actualidad todavía mayor, si cabe, con el nuevo sistema, pues en sus manos está el calificar alternativamente los hechos de dos o más maneras cuando la lógica jurídica lo aconseje. Por ejemplo, en los supuestos en los que se encuentra en la casa de una persona todo o gran parte de lo sustraído días u horas antes y no da explicación mínimamente satisfactoria de la posesión. Si se califica de robo o hurto, el tribunal puede perfectamente no obtener esta inferencia de lo probado. En cambio, si se somete al juzgador la calificación de receptación con ánimo de lucro, en forma de alternativa aquél podrá decidir en conciencia (art. 741 LECrim.).

#### DILACIONES INDEBIDAS

La indefensión no sólo se puede producir por la denegación de justicia sino también por el retraso en resolver sobre las pretensiones de las partes.

El tiempo juega un papel definitivo en el campo del Derecho, acaso, más todavía, en el jurídico-penal. Las condenas extemporáneas son contraproducentes y hacen un daño grave e innecesario. La víctima, (recuerdo a los profesores Beristain, García Pablos, Landrove, al magistrado Martínez Arrieta, etc) cuando es indemnizada, si lo es, acaso llegue demasiado tarde. La sociedad misma contempla perpleja el ingreso en prisión de personas que delinquieron hace muchos años y que al parecer están ya reinsertadas en la sociedad...

En este sentido es fundamental evitar todas las dilaciones y por fortuna se va en ese camino y cuando por unas u otras razones esto no puede conseguirse, debe ser el propio juez o tribunal quien utilice el Ordenamiento jurídico, en cuanto conjunto coherente y armónico para salvar la deficiencia, cuando ello sea posible. A nuestro juicio, el Código penal debiera contener una institución paralela a la prescripción: la cuasi prescripción y además utilizar a fin de conseguir las correspondientes sumas los tiempos libres y en vez de utilizar la interrupción hacer uso de la suspensión de los términos.

Mientras tanto creemos y lo decimos con todo respeto para quienes no piensan así, acaso hubiera sido procedente utilizar la circunstancia atenuante por analogía, (núm. 10 del art. 9 del Código penal con referencia a la analogía iuris, art. 1.1 de la CE y no a la analogía legis). Me remito al estudio que en este orden de cosas realizó mi compañero don Carlos Granados y que me sirvió de base para otro mío que se publicó recientemente en el Boletín de Información del Ministerio de Justicia.

#### PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y LIBRE VALORACIÓN DE LA PRUEBA

La conjunción de estas dos importantes instituciones es una conquista innegable y muy positiva de la doctrina del Tribunal Constitucional. En efecto, es imprescindible que una prueba de signo acusatorio, inequívocamente de cargo, se desarrolle ante el tribunal sentenciador en los términos ya examinados, con legitimidad de origen y de contenido, (excluyendo toda la prueba nula), bajo los principios de inmediación y de contradicción y oralidad... Pero, una vez que la prueba se ha practicado, es al juzgador de instancia a quien incumbe su valoración. No se puede, sobre los papeles, decidir qué testimonio era más creíble, ni dónde estaba la verdad, si en la declaración sumarial, es decir en la fase de investigación, o en el juicio oral. Las observaciones que el Tribunal Supremo hace en sus resoluciones, en este orden de cosas, no pretenden sustituir el criterio del tribunal “a quo” por el suyo propio sino, más sencillamente, apuntar fórmulas de armonización. Por ejemplo, cuando advierte de los peligros de la declaración de un coimputado contraria a su compañero: en la que puede existir animadversión, odio, deseo de venganza, deseo de resultar favorecido con su declaración inculpatoria, ofrecimientos o promesas, etc. Y ello es predicable también de los testigos y de las propias víctimas reales o aparentes de un delito.

En cambio, me parece peligrosísimo y lleno de obstáculos introducir en la casación una fórmula de impugnación sobre la base de apreciar la suficiencia o insuficiencia de la prueba. Si hay prueba de cargo, el Tri-

bunal Supremo no tiene nada que hacer en este sentido, si falta, hay que absolver, sin duda de ningún género.

Este es el equilibrio que la doctrina del Tribunal Constitucional ha conseguido entre la presunción de inocencia del art. 24.2 de la Ley Fundamental y el contenido del art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que así entendido es en todo conforme a la Constitución. En este orden de cosas me remito a las valiosísimas aportaciones del profesor Vázquez Sotelo.

#### CONSIDERACIONES FINALES

No hay que tener miedo ni preocupación alguna frente a las fórmulas auténticamente garantistas porque ellas son el fundamento mismo del Estado de Derecho en el que queremos vivir y convivir, vivir unos con otros con mutuo y recíproco respeto, bajo un conjunto de leyes que conducen, precisamente por ser justas, a la Paz.

No cabe la menor duda de que si todo absolutamente dependiera del juicio oral las absoluciones crecerían improcedentemente, a veces por las amenazas que víctimas y testigos pueden recibir, a veces, también, por la piedad de quienes sufrieron el delito o lo presenciaron. Si en esa fase preliminar, que prepara, no sustituye al juicio oral, se actúa bien, como ya dijimos, y en todo caso con presencia de Letrado, (que garantiza la legitimidad del acto) este caudal de actividad puede ingresar en el acervo probatorio con plenitud de garantías.

Es evidente que no sólo la prueba directa sino también la indirecta, circunstancial o por indicios, (muchas veces más segura que la primera) es apta para viabilizar una condena si en este segundo supuesto, se prueban los indicios, que han de ser plurales, y se fija con rigor el enlace de los indicios respecto de la conclusión condenatoria.

Agilizar la justicia es otra de las metas a conseguir cuanto antes, (y es mucho lo ya obtenido gracias al esfuerzo de nuestros jueces y tribunales) pero hay que hacerlo por caminos de ortodoxia lo que en mi modestísima opinión, y nunca más modesta que ahora, no se da cuando se instaura el

principio de oportunidad en la persecución que a pesar de los esfuerzos que hago no entiendo y menos aún lo que se viene a llamar oportunidad reglada. En definitiva, si es la ley la que permite la suspensión incluso del fallo, habrá legalidad, en otro caso estaremos en los antípodas de la legalidad.

De esta manera, acelerando los procesos penales se evita la constante búsqueda, que me parece legítima y humanamente comprensible, de un recurso tras otro recurso con un fin exclusivamente dilatorio y, hasta a veces, con el designio por parte del acusado de burlar al final la acción de la justicia.

Si todos estos principios a los que nos hemos referido se complementan con un buen sistema penitenciario podremos sentir la satisfacción de encontrarnos, como me parece que por fortuna estamos, en un camino seguro y cierto de perfeccionamiento de nuestras Instituciones jurídico-penales.

Hace ya muchos años, en mi tesis doctoral dije, y ahora recuerdo con sosiego y paz en el espíritu, que el derecho penal no está reñido jamás, al contrario, y nada importa lo que los demás puedan pensar a este respecto, con la humanidad, con la sensibilidad y con el deseo, por encima de todo, de conseguir que esa mujer u hombre que está frente a nosotros, irrepetido e irrepetible, al que juzgamos, con la preocupación de si seremos capaces de acertar en esa tarea tan difícil y complicada, pueda cuanto antes reinsertarse en la sociedad y que ésta perdone y olvide, aunque cueste hacerlo muchas veces, y sepa incorporar a quienes, no se sabe por qué, delinquieron.

Muchas gracias.

# *La prueba en el proceso penal*

LUIS-ROMAN PUERTA LUIS

Magistrado del Tribunal Supremo

## INTRODUCCIÓN

1. La prueba, como es sabido, es la actividad procesal que tiene por objeto conseguir la convicción del juzgador sobre la realidad de los hechos en que se fundamentan las pretensiones de las partes a las que aquél debe dar una respuesta fundada en Derecho. En principio, esta definición conviene a los distintos tipos de proceso (civil, penal, laboral, etc.) y responde al principio “da mihi factum, tibi dabo ius”, que en buena medida compendía la función jurisdiccional.

Ello no obstante, es preciso señalar inmediatamente que en cada uno de los distintos procesos existen especiales singularidades que vienen a configurar, en definitiva, tipos de procesos distintos. Así, en el proceso civil cabe destacar los principios “dispositivo” y de la “verdad formal”, que en modo alguno puede predicarse —como luego veremos— del proceso penal, en el que prevalece el principio de la “verdad material” y donde las facultades del órgano jurisdiccional, en materia probatoria, son muy superiores a los del Juez civil, por ejemplo.

2. Los medios probatorios, en líneas generales, son similares en los dis-

tintos procesos: confesión, testigos, peritos, documentos, reconocimiento judicial, etc. Sin embargo, es preciso destacar inmediatamente la amplitud de medios probatorios admisible en el derecho penal, así como las peculiaridades que sobre los comunes han de reconocerse en el proceso penal. Así, en la confesión, es bien distinto su alcance en el campo civil (art. 1232 C. Civil), donde la confesión hace prueba contra su autor, y en el penal (art. 406 L.E.Crim.), al decirse en éste que la confesión del procesado no dispensará al Juez de Instrucción de practicar todas las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito. De modo similar, respecto de los testigos, en el campo civil se declara la inhabilidad de determinadas personas para ser testigos (v. arts. 1246 y 1247 C. Civil), limitaciones que, en principio, no se establecen en el campo penal, con independencia, lógicamente, del valor probatorio que el juzgador pueda reconocer a las distintas personas. Por lo demás, debe destacarse también que en el proceso penal tiene plena validez la prueba indiciaria o circunstancial (STC 174/85, 17 de diciembre —motivación—; 229/88, 1 diciembre; 107/89, 8 junio; 94/90, 23 mayo; entre otras).

3. Por su parte, el procedimiento probatorio, es decir, el conjunto de trámites procesales en que se articula la actividad probatoria, responde también, en principio, a un esquema común a los distintos procesos: proposición, admisión y práctica. No obstante, en el proceso penal existe una peculiaridad que oscurece sensiblemente este simplista esquema, pues, al estar dividido el mismo en dos fases (instrucción, o preparatoria, y del juicio oral, o plenaria), en las que se practican diligencias formalmente idénticas (declaración, testimonios, pericias, etc.), alguna de las cuales no son susceptibles de repetición en la fase de plenario (v. gr. la inspección ocular y levantamiento de un cadáver, la autopsia del mismo, etc.), se plantean a veces serias dificultades en orden a la interpretación y valoración de tales diligencias que no siempre encuentran en la doctrina y en la jurisprudencia unos criterios armónicos.

A este respecto, tiene particular relevancia el art. 188 L.E.Crim., cuyo texto actualmente vigente fue introducido por la Ley 53/1978, de 4 de diciembre, en cuanto implica la posibilidad de personación e intervención

del inculcado en las actividades de la fase de instrucción del proceso penal, lo que potencia extraordinariamente las posibilidades de defensa, tanto en orden a la iniciativa sobre práctica de determinadas diligencias como en el ejercicio del derecho de contradicción en las declaraciones de testigos y coimputados ante la autoridad judicial (v. art. 6.3.d del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales).

4. Constituye un aspecto de singular relevancia, especialmente en el proceso penal, el obligado respecto de los derechos y garantías reconocidos constitucionalmente, que abarca no solamente el texto de nuestra Norma Fundamental, sino que alcanza igualmente a los tratados y acuerdos internacionales sobre el particular (v. art. 10, p<sup>o</sup> se. C.E.). El art. 120 C.E. destaca convenientemente las exigencias de publicidad, oralidad y de motivación de las resoluciones judiciales. Y el artículo 24 de la Constitución —uno de los de más frecuente cita ante los Tribunales— reconoce, entre otros, el derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales, con expresa proscripción de la indefensión. El derecho al juez ordinario predeterminado en la Ley, a ser informada convenientemente la persona de la acusación formulada contra ella, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, el derecho a la prueba, etc. En este sentido, destaca acertadamente Ramón Méndez la importancia del “juicio oral” en la estructura del proceso penal, como ha puesto de manifiesto con singular precisión la s<sup>a</sup> T.C. 16/1981, de 18 de mayo. En este contexto, sin embargo, dice el autor citado que “... ello no obsta para que se practiquen pruebas anticipadamente a las sesiones del juicio oral, o de que determinados medios probatorios de difícil o imposible repetición deban estar rodeados de todas las garantías de contradicción en el momento de su realización para que valgan como pruebas. El momento en que se practica la prueba no condiciona su carácter. Lo que en todo caso hay que resaltar es que el juicio oral necesita de una actividad probatoria mínima en lo que se refiere a la acusación. Es intrascendente apelar a las diligencias sumariales. La acusación necesita siempre pruebas y sólidas. El albur de que no existan o de que no se logren aportar se resuelve siempre en la presunción de inocencia. Desde otro punto de vista, el único límite a la

actividad probatoria es la licitud de los medios empleados a tal fin. Vale la pena recordar que el art. 11.1 L.O.P.J. dispone que no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales. La actividad probatoria está rodeada de nobleza, constitucionalmente hablando (*El Proceso Penal. Lectura constitucional*. Fº Ramos Méndez. Edt. J. Mª Bosch. Barcelona. 1991).

El Tribunal Constitucional, al examinar, especialmente a través de los recursos de amparo, el alcance del derecho a la presunción de inocencia, a la proscripción de toda indefensión y a la necesidad de motivar las sentencias, ha ido marcando las líneas maestras que —de acuerdo con las exigencias constitucionales— deben configurar el proceso penal en nuestro ordenamiento jurídico.

Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, pueden señalarse como líneas maestras del proceso penal, las siguientes: a) principio de libre valoración de la prueba (arts. 117.3 C.E. y 741 L.E.Crim.); b) únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal las practicadas en el juicio oral (art. 741 L.E.Crim.); c) las diligencias sumariales son actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente (art. 299 L.E.Crim.); d) sólo cuando las diligencia o actuaciones sumariales son de imposible o muy difícil reproducción en el juicio oral, es posible traerlas al mismo como prueba anticipada o preconstituida (art. 730 L.E.Crim.); e) la carga material de la prueba corresponde exclusivamente a la acusación; f) para que las diligencias sumariales puedan tener eficacia probatoria, es preciso que sean reproducidas en el acto de la vista en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción.

Salvo las excepciones legalmente previstas, el proceso debe ser público (la publicidad implica que los juicios sean conocidos más allá del círculo de los presentes en los mismos, pudiendo tener una proyección general —s. T.C. 30/82, 1 junio—), y predominantemente oral (en este aspecto, se ha dicho que las actividades instructoras no son públicas y quedan al margen del procedimiento “predominantemente oral” (s. T.C. 154/88, 12 de julio). La exigencia de motivación de las sentencias, por su parte, cumple

una doble finalidad: de un lado, exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explícito que responde a una determinada interpretación jurídica y permitiendo su eventual control. De otro lado, posibilitar al ciudadano conocer las razones de la resolución por la que resulta condenado o absuelto. En las sentencias penales, el requisito de la motivación impone al juzgador la realización de un doble juicio. De una parte, la existencia de una motivación fáctica o antecedentes de hecho, inferida a partir de la prueba practicada (arts. 248.3 L.O.P.J. y 142.2 L.E.Crim.), haciendo declaración expresa y terminante de los que se estimen probados. De otra parte, una valoración jurídica suficientemente razonada acerca de los hechos declarados probados (s. T.C. 174/92, 2 de noviembre).

A este respecto, es importante destacar la diversa trascendencia que esta exigencia comporta según se trate de prueba directa o indirecta. En el primer caso (v. gr. casos de declaraciones de testigos presenciales del hecho a enjuiciar), en muchas ocasiones poco será lo que el juzgador pueda decir para explicar las razones de su convicción. No sucede así, en cambio, tratándose de prueba indirecta (es decir, cuando el juzgador forma su convicción partiendo de unos hechos indiciarios debidamente acreditados en la causa), por cuanto dichos indicios —aparte de estar acreditados por prueba directa— han de llevar a la convicción sobre el hecho consecuencia —que el juzgador estime acreditado— a través de un razonamiento acorde con las reglas de la lógica y las enseñanzas de la experiencia, según las reglas del criterio humano (art. 1253 C. Civil); razonamiento que el juzgador deberá explicitar, con objeto de posibilitar su revisión ante el órgano superior e, incluso, en la vía casacional.

#### EXIGENCIAS LEGALES Y CONSTITUCIONALES DE LA PRUEBA

Al estudiar la prueba en el proceso penal, es preciso hacer referencia, siquiera sea ésta sucinta, a las exigencias legales y constitucionales de los diferentes medios probatorios, que constituyen otras tantas garantías para el justiciable, el cual no puede ser condenado sin una prueba suficiente, obtenida con las debidas garantías.

En este sentido, aparte de lo anteriormente dicho sobre la valoración de la prueba, carga de la misma, momento de practicarse, principios de publicidad, inmediación, oralidad y contradicción, así como sobre motivación de las sentencias (art. 120 C.E.), procede destacar lo siguiente:

1. a) que todos los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución, así como al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 C.E.). Que la Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3. C.E.). Que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10.2 C.E.). Que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional, en todo tipo de procesos (art. 5.1 L.O.P.J.). Que existe la posibilidad de promover “cuestiones de inconstitucionalidad” (art. 5.2 L.O.P.J.). Que los derechos y las libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución vinculan, en su integridad, a todos los Jueces y Tribunales y están garantizados bajo la tutela efectiva de los mismos (art. 7.1 L.O.P.J.). Que no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violando los derechos o libertades fundamentales (art. 11.1 L.O.P.J.).

El fundamental art. 24 de la Constitución reconoce el derecho de todas las personas a la tutela judicial efectiva, con expresa proscripción de la indefensión; así como el derecho al Juez ordinario predeterminado en la Ley, el derecho de defensa letrada, el derecho a ser informados de la acusación, el derecho a un proceso público, sin dilaciones indebidas y

con todas las garantías; el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y, en definitiva, a la presunción de inocencia.

En todo caso, tiene singular relevancia los preceptos procesales relativos a las garantías y derechos del detenido (arts. 520 y ss. L.E.Crim.), así como las pertinentes garantías que deben concurrir en todos los casos de entradas y registros en los domicilios de los particulares, así como en los supuestos de detención y apertura de la correspondencia y de la intercepción de las comunicaciones telefónicas (arts. 545 y ss. L.E.Crim.).

2. b) La Declaración Universal de los Derechos Humanos, por su parte, contempla una serie de garantías fundamentales para el ciudadano: la prohibición de detención o prisión arbitrarias (art. 9); la plena igualdad ante la ley, el derecho del acusado a audiencia pública, así como a ser juzgado por un Tribunal independiente e imparcial (“imparcialidad objetiva”) (art. 10); el derecho del inculpado a la presunción de inocencia, a un juicio con todas las garantías de defensa, así como el principio de irretroactividad y el principio de legalidad de las penas (art. 11). Se reconoce también a toda persona el derecho a no sufrir injerencias arbitrarias en su vida privada, así como en la de su familia, en su domicilio, en su correspondencia, amén de su honra o reputación (art. 12).

3. c) El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, suscrito en Roma en 1950, reconoce, entre otros, el derecho a la libertad individual (art. 5), así como a que las causas sean oídas equitativa y públicamente, en un plazo razonable, por Tribunal independiente e imparcial (art. 6). En todo caso, se reconoce a todo acusado el derecho a conocer la acusación que pese sobre él, al tiempo y a las facilidades necesarias para preparar su defensa, a defenderse por sí, por Letrado o por Abogado de oficio, a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él, a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra; así como a disponer de un intérprete cuando no conozca la lengua del Tribunal que ha de juzgarle (art. 6.3).

Como garantía del reconocimiento de todos estos derechos, el citado Convenio ha creado la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

4. d) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, suscrito en Nueva York en 1966, finalmente, viene a reconocer un estato jurídico similar al diseñado por la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Convenio Europeo sobre esta materia (v. art. 14 PIDC y P).

#### MEDIOS DE PRUEBA

Respecto de los medios de prueba, dice el Código Civil que “las pruebas pueden hacerse por instrumentos, por confesión, por inspección personal del Juez, por peritos, por testigos y por presunciones” (art. 1215). La Ley de Enjuiciamiento Civil, por su parte, dispone que “los medios de prueba de que se podrán hacer uso en juicio son: 1º. Confesión. 2º. Documentos públicos y solemnes. 3º. Documentos privados y correspondencia. 4º. Los libros de los comerciantes que se lleven con las formalidades prevenidas en la Sección Segunda, título II, libro 1º del Código de Comercio. 5º. Dictamen de peritos. 6º. Reconocimiento Judicial. Y 7º. Testigos.

Ni el Código Penal ni la Ley de Enjuiciamiento Criminal contienen una enumeración similar para el campo penal, que, en principio, está abierto a un más amplio abanico de posibilidades probatorias. Ello, no obstante, como destaca Tomé García, “la Ley de Enjuiciamiento Criminal contiene... una regulación de los medios de prueba que podemos calificar de insuficiente por varios motivos: a) la regulación de cada medio de prueba es limitada ya que continuamente se refiere a la regulación del correspondiente acto de investigación sumarial... b) no regula, aunque sí menciona, la declaración del acusado como medio de prueba a practicar en el juicio oral, c) no contempla los problemas que plantea la práctica de los modernos medios de prueba: fotografía, vídeo, cintas magnetofónicas, télex...”.

Los medios de prueba previstos en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, en todo caso, son los siguientes: a) Declaración del acusado; b) Prueba testifical; c) Careo; d) Prueba pericial; e) Prueba documen-

tal; f) Inspección ocular. Por lo demás, debe citarse también como prueba válida en el campo penal la denominada “Prueba por indicios” (v. s<sup>o</sup> T.C. 107/1989, de 8 de junio).

Seguidamente vamos a hacer una sucinta referencia a los distintos medios de prueba especialmente regulados en la Ley de Enjuiciamiento Criminal:

1. a) Declaración del acusado (arts. 688 a 700 L.E.Crim.). Los artículos 385, 387 y 395 de esta Ley pueden plantear dudas sobre su constitucionalidad, habida cuenta de los derechos reconocidos al inculcado en el art. 24 C.E. (derecho a no declararse culpable, a no declarar contra sí mismo, etc.). Como dice Ramos Méndez, “sólo resta, pues, que el acusado quiera declarar voluntariamente para que sea viable este medio de prueba. Pero aún así, la disposición a declarar no le obliga a nada más que a decir lo que quiera, aunque no sea la verdad” (*El Proceso Penal. Lectura constitucional*. Ed. José M<sup>a</sup> Bosch. F. Ramos Méndez. Pág. 344).

Importa destacar que, según establece el art. 406 L.E.Crim., la confesión del procesado no dispensará al Juez de Instrucción de practicar todas las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito.

Conforme a los artículos 655, 688 y 793.3 L.E.Crim., cabe la conformidad del acusado con la calificación acusadora. El último artículo, con mejor técnica que los anteriores, dice, en el marco del procedimiento abreviado, que “antes de iniciarse la práctica de la prueba, la acusación y la defensa con la conformidad del acusado presente, podrán pedir al Juez o Tribunal que proceda a dictar sentencia de conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad, o con el que se presentara en ese acto...”.

2. b) Prueba testifical. Se entiende por testigo a la persona física que, sin ser parte en el proceso, es llamada a declarar, según su experiencia personal, acerca de la existencia y naturaleza de unos hechos conocidos con anterioridad al proceso (por haberlos presenciado —testigo presencial— o por haber tenido noticia de ellos por otros medios —testigos de referencia—). La Ley de Enjuiciamiento Criminal no admite este último tipo de testigos en las causas por calumnias o injurias (art. 813).

La jurisprudencia, tanto la del Tribunal Constitucional (s<sup>a</sup> 303/1993, de 25 de octubre) como la de la Sala II del Tribunal Supremo (v. s<sup>a</sup> 1176/1994, de 6 de junio), han admitido expresamente la validez y eficacia jurídicas de los testigos de referencia en el proceso penal.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal establece la obligación de declarar (art. 410), las personas exceptuadas de dicha obligación (art. 411), las que tienen obligación de declarar, pero están exceptuadas de comparecer ante el Juez (art. 412). La imposibilidad de comparecer el testigo y la forma de obtener su testimonio en tal supuesto (art. 718.1), así como las personas que están dispensadas de declarar (art. 416 y siguientes).

Se regula también la intervención de los intérpretes (art. 440), y la forma de recibir declaración a las personas que salgan o retornen al extranjero (arts. 424 y 448), así como la de aquellas personas respecto de las que razonablemente se prevea riesgo de fallecimiento o incapacidad (art. 448).

No se harán al testigo preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes (arts. 439 y 719). Se le dejará de narrar los hechos sin interrupción (art. 436), y deberá expresar la razón de su dicho (art. 710).

3. c) Careo. Se trata de una diligencia de carácter subsidiario, requiere intermediación judicial y es potestativa para el Juez o Tribunal, sin que tal facultad sea revisable en casación (v. ss. del T.S., Sala II, de 11 de junio y 7 de octubre de 1986, de 16 de marzo de 1987, de 4 de abril de 1984 y de 2 de marzo de 1992; asimismo la s<sup>a</sup> 55/1984 de 7 de mayo del Tribunal Constitucional).

4. d) Prueba pericial. Perito es la persona que, sin ser parte del proceso, emite declaraciones sobre hechos que tienen carácter procesal en el momento de su captación, para cuyo conocimiento o apreciación son necesarios o convenientes conocimientos científicos o artísticos (Sara Aragoneses: v. *Derecho Procesal Penal*. Andrés de la Oliva Santos y otros. CEURA. Pág. 15 y ss).

Importa destacar la posibilidad de su recusación (art. 468 y 469 L.E.Crim.). Destaca la ley que, cuando sean varios los peritos, deberán ser examinados juntos, en el supuesto de que deben declarar sobre unos mismos hechos.

Cuando se trate de informes emitidos por organismos y entidades oficiales, de reconocida competencia y objetividad, la jurisprudencia viene entendiendo que no es precisa para su validez y eficacia jurídica la ratificación de los correspondientes informes ante la autoridad judicial, cuando obrando unidos a la causa los pertinentes informes, de modo que los mismos hayan podido ser conocidos y examinados por las partes, éstas no hayan formulado petición alguna al respecto (v. s. T.C. n° 24/1991, de 11 de febrero y ss. Sala II del T.S. de 11 de marzo y 14 de junio de 1991, 13 de marzo de 1992, 17 de febrero y 10 de junio de 1993).

5. e) Prueba documental. Ante todo, debe destacarse el concepto sumamente amplio que debe reconocerse al término “documento” (art. 726 L.E.Crim.). La sentencia del T.S. de 5 de febrero de 1988 entiende por “documento” toda cosa mueble apta para la incorporación de señales expresivas de un determinado significado.

En la sentencia de 17 de abril de 1989, se habla de las grabaciones magnetofónicas y de los vídeos y se dice que carecen de perseidad probatoria, habida cuenta de las técnicas de imitación y montaje, de modo que pueden considerarse como objeto de prueba y como “documento” en cuanto hayan sido averados por otros medios probatorios.

6. f) La inspección ocular. Suele ser, de ordinario, una diligencia sumarial (art. 326 y ss. L.E.Crim.).

Como ha puesto de relieve la jurisprudencia, esta diligencia de prueba “en general, resulta inútil una vez concluso el sumario y transcurridos varios meses, pues no cabe ya recoger huellas o vestigios que puedan poner de relieve la forma de comisión, por vía de hipótesis, de los hechos objeto de acusación” (v. ss. de 2 de enero de 1984 y de 25 de junio de 1990).

7. g) Prueba de indicios. Se entiende por prueba indiciaria aquella que se dirige a convencer al órgano judicial de la verdad o certeza de unos hechos que no son los integrantes de la figura delictiva enjuiciada, pero de los que puede deducirse, conforme a las reglas de la lógica y de la experiencia, la realidad del delito o la participación del acusado en su comisión (v. arts. 1249 y 1253 del c. Civil y sª T.C. n° 107/1989, de 8 de junio).

Se señalan como requisitos de este medio probatorio: a) que no se trate de indicios aislados sino que exista una pluralidad de ellos (la sentencia de 7 de julio de 1989, sin embargo, ha admitido la posibilidad de que sea válido este medio probatorio con un solo indicio cuando por su especial significación así proceda); b) que los hechos básicos han de estar plenamente acreditados mediante una prueba directa (art. 1249 del C. Civil); c) que entre el hecho demostrado (indicio) y aquél que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano (art. 1253 del C. Civil); y d) que el órgano judicial explicita en la sentencia el razonamiento en virtud del cual partiendo de los indicios o extremos directamente acreditados en la causa ha llegado a la conclusión de la certeza del hecho o del extremo de que se trate.

El Tribunal Constitucional ha admitido, expresa y reiteradamente, este medio probatorio en el campo penal (v. ss. T.C. 229/1988, de 1 de diciembre y 174 175/1985, de 17 de diciembre, entre otras).

Por último, debe destacarse que es revisable en casación la razonabilidad de la inferencia hecha por el Tribunal de instancia, la cual, por lo demás, únicamente puede ser rechazada cuando se estime ilógica, irracional o absurda, y, por ende, arbitraria (art. 9.3 C.E.).

#### PROCEDIMIENTO PROBATORIO

1. Dos cuestiones fundamentales han de analizarse aquí: la proposición y la práctica de la prueba. En principio, únicamente se han de practicar en el juicio oral aquellas pruebas que, habiendo sido pedidas oportunamente por las partes, hayan sido declaradas pertinentes por el órgano judicial competente (v. arts. 650, 651, 652, 659, 790.5, 791.2, 792.1 L.E.Crim.), conforme a lo especialmente previsto en la propia ley respecto de cada medio de prueba en particular.

Mas, junto a las pruebas propuestas por las partes, según dispone el art. 729.2 L.E.Crim., también se practicarán “las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes, que el Tribunal considere nece-

sarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación” (art. 729. 2º L.E.Crim.). Surge así una interesante cuestión directamente emparentada con el principio acusatorio y con el derecho del justiciable a un Tribunal imparcial.

En el campo doctrinal, la mayor parte de los autores no cuestionan la posible iniciativa probatoria de los órganos jurisdiccionales, se limitan a dejar constancia de lo previsto en el art. 729.2º L.E.Crim. Algunos, sin embargo, se adentran en la compleja problemática del precepto.

Gómez Orbaneja y Herce Quemada dicen que “además de las diligencias de prueba propuestas por las partes, se practicarán las que el tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que han sido objeto del escrito de calificación (art. 729, núm. 2). El Tribunal examinará por sí mismo —y sin necesidad de que nadie se lo pida— los libros, documentos y papeles y demás piezas de convicción (art. 726). Las pruebas de cada parte se practicarán según el orden con que hayan sido propuestas; pero el presidente, aun de oficio, cuando así lo considere conveniente para el descubrimiento de la verdad, podrá alterar este orden (art. 701, ultº pº). (v. *Derecho Procesal Penal*. Emilio Gómez Orbaneja y Vicente Herce Quemada. 10ª Ed. Pág. 254).

Fenech, por su parte, dice que “el Juez Instructor tiene el deber de aportar al proceso cuantos medios de prueba crea conveniente para facilitar el conocimiento de los hechos objeto del proceso...”; y añade que “decretada la apertura del proceso decisorio, el Tribunal, para salvaguardar su propia imparcialidad, deja que sean normalmente las partes las que aporten nuevos medios de prueba o propongan la práctica de pruebas para el acto del juicio, de modo que la Ley no obliga al Tribunal a que tome la iniciativa de la realización de actos de prueba concretos; el Presidente, en el acto del juicio, debe acordar el careo de los testigos entre sí o con los procesados o entre éstos, y el Tribunal debe ordenar la práctica de las diligencias de prueba no propuestas por las partes que estime necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que han sido objeto de los escritos de calificación (art. 729). Pero estos deberes del Tribunal o de su Presidente no son absolutos, sino que surgen o no según las

circunstancias de cada caso y deberán ser apreciadas éstas en conciencia por el propio Tribunal". (*El proceso penal*. Fenech. 1982. Pág. 93).

Ibáñez y García de Velasco, tras afirmar que en el proceso ordinario, la propuesta de pruebas queda confinada preclusivamente, al momento de las calificaciones provisionales, dice que "el Tribunal, de oficio, puede ordenar careos o cualquier otra prueba que crea necesaria para comprobar los hechos recogidos en los escritos de calificaciones provisionales que no hayan sido propuestas por las partes". (*Curso de Derecho Procesal Penal*. Miguel Ibáñez y García Velasco. 1969. Pág. 384).

Gimeno Sendra, al examinar la prueba, dice que "la actividad probatoria incumbe a los sujetos procesales y, de entre ellos, fundamentalmente las partes. Como consecuencia de la vigencia del principio de aportación, consustancial al sistema acusatorio, a las partes corresponde, no sólo la introducción de los hechos a través de los 'escritos de calificación', sino también la proposición (arts. 656, 657 y 728) y ejecución de la prueba, formulando las correspondientes preguntas a testigos y peritos (arts. 708.1º y 724) (*iudex iudicare debet secundum allegata el probata partium*). Pero en este proceso penal, el Tribunal está obligado a descubrir la verdad histórica o material y distinta, por tanto, a las que las partes pudieran representarle (verdad formal). Por esta razón, la L.E.Crim. establece una serie de correcciones al principio de aportación en beneficio de su modelo dialéctico, el de investigación... De este modo, y a diferencia de lo que acontece en el proceso civil, las partes no son dueñas de la apertura del procedimiento a prueba, debiéndose en cualquier caso, y si no hubiera conformidad, disponer el inicio de las sesiones del juicio oral (art. 701), el tribunal puede de oficio proponer la práctica de los medios de prueba (art. 729.2º), formular su Presidente preguntas a los intervinientes en la misma (art. 708.2º), disponer de oficio la diligencia de careo (729.1º) o examinar el Tribunal del mismo modo la prueba documental (art. 726)". (*Derecho Procesal*. Tomo II (Vol. I). *El Proceso Penal*. Autores: V. Gimeno Sendra. V. Moreno Cateña. J. Almagro Nosete. V. Cortés Domínguez. Ed. Tirant lo Blanch. Pág. 447).

Tomé Paule, refiriéndose a la prueba, dice que “en esta materia y en el procedimiento ordinario por delitos graves, la L.E.Crim. es rigurosa, ya que no podrán practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes, no examinados otros testigos que los comprendidos en las listas presentadas, aunque se exceptúan de tal regla:... b) Las diligencias de prueba no propuestas cuando el Tribunal las considere necesarias para la comprobación de cualquier hecho objeto de los escritos de calificación...”. (*Instituciones de Derecho Procesal*. Tomo tercero. *Proceso Penal*, 1. J. Almagro Nesete y J. Tomé Paule. Ed. Trivum. Pág. 307).

Ramos Méndez, al examinar el procedimiento probatorio y de modo particular la proposición de la prueba, afirma que “la prueba se propone por regla general en el escrito de calificación (arts. 656, 657, 790.5° L.E.Crim.) en los juicios en que existe este trámite. Pero de acuerdo con la garantía constitucional del derecho a la utilización de los medios de prueba, podría decirse que el sistema de proposición, hoy en día, hay que considerarlo abierto hasta el mismo acto del juicio oral, en la forma que ya lo permite el procedimiento abreviado (art. 793.2 L.E.Crim.). Siempre que exista posibilidad de práctica contradictoria no debe precluir la ocasión de proponer y en este sentido hay que renovar la lectura constitucional del art. 728 de la L.E.Crim. De acuerdo con los principios que rigen el proceso penal, también el Tribunal puede tomar la iniciativa probatoria. La regla general puede ser el art. 729.2 L.E.Crim. en el sentido de que es posible practicar las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes, que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación, por lo tanto, no sólo los careos”. (*El Proceso Penal. Lectura Constitucional*. Ed. José M<sup>a</sup> Bosch. 1991. F. Ramos Méndez. Pág. 361).

Andrés de la Oliva, por su parte, al examinar estas cuestiones, dice que, “en la decisiva fase de ‘juicio oral’ o ‘plenario’, han de practicarse, en presencia del tribunal competente, las pruebas pertinentes propuestas por las partes (acusación y defensa), pero también “las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes, que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que

hayán sido objeto de los escritos de calificación” (art. 729.2 L.E.Crim.). Esta iniciativa probatoria del tribunal, sumamente amplia (aunque el precepto citado no se aplique con frecuencia), responde también al principio de oficialidad: la prueba no se hace depender fundamentalmente de que las partes alcen o no una carga, sino que un interés público prevalente legitima ese “deber” de llevar a cabo, incluso de oficio, la actividad probatoria necesaria para reconstruir los hechos”. “No se quiere decir con esto que en el proceso penal no desempeñe ningún papel la carga de la prueba. Cabe hablar de carga de la prueba..., pero hay un deber de probar —todos los hechos relevantes— que, en la fase de ‘juicio oral’ o de ‘plenario’ incumbe al tribunal”. “Consecuencia o derivación primaria del principio dispositivo es la necesidad jurídica de la congruencia de la sentencia con las pretensiones de las partes... Lógicamente, cuando es, en cambio, el principio de oficialidad el que inspira la legislación y la realidad procesal, la actividad jurisdiccional no tiene por qué subordinarse de un modo igual o semejante a las pretensiones de las partes. Por eso, ha de dejarse aquí sentado, sin perjuicio de posteriores explicaciones..., que la sentencia del proceso penal debe guardar, sí, cierta correlación de las pretensiones punitivas..., pero no a causa de una inexistente disponibilidad de las partes sobre los derechos y hechos llevados al proceso, sino por exigencias procesales o de forma esencial del proceso, armónicas con el interés público que predomina, como regla, en los procesos penales, inspirados en el principio de oficialidad”. “... Ha de haber correlación entre acusación y sentencia... Hay tesis distintas acerca del grado de la correlación o, por mejor decirlo, de la vinculación del tribunal a la acusación. Para algunos, la vinculación ha de ser absoluta. Para otros (entre los que nos encontramos), la vinculación es limitada, por entender que es preciso —y es posible— combinar la imparcialidad o neutralidad del tribunal respecto de las partes con la satisfacción del interés público consistente en una acertada persecución jurídica de los delitos. Este interés hace que el tribunal sea en cierto modo ‘beligerante’ respecto del objeto del proceso penal, aunque sin duda haya de propiciar la plena contradicción procesal y los derechos procesales de las partes”. “Frente al principio de legalidad

o necesidad y frente a cuanto acaba de exponerse sobre el principio de oficialidad se defiende por algunos, en nuestros días, que el proceso penal esté regido, en gran medida por el llamado ‘principio de oportunidad’”. “A nuestro juicio, el Derecho español excluye en la actualidad que en los procesos penales se siga el principio de oportunidad. Sólo un fortísimo voluntarismo puede negar que cuando la Constitución dispone en su art. 124.2 que el Ministerio Fiscal ejerza sus funciones con sujeción al principio de legalidad está imperando, sin lugar a dudas, que el Ministerio Fiscal impulse el proceso penal y acuse siempre que se encuentre ante un hecho con apariencia delictiva y que ajuste estrictamente su acusación... a los parámetros legales”. (*Derecho Procesal Penal*. A. de la Oliva Santos, Sara Aragonese, Rafael Hinojosa Segovia, Julio Muerza Esparza, José Antonio Tomé García, Colección CEURA, pág. 15 y ss.).

Recientemente, Montero Aroca ha publicado en la *Revista la Ley* un trabajo sobre “La garantía procesal penal y el principio acusatorio”, en el que, entre otras importantes cuestiones, se refiere a “la imparcialidad del Juzgador y el principio acusatorio”, afirmando que “hoy está fuera de discusión que el principio acusatorio tiene que suponer que no pueden ejercerse por un mismo órgano las funciones de investigación, en el procedimiento preliminar, y de enjuiciamiento, en el juicio, por cuanto ello supondría el riesgo de que la decisión se pronunciara por un juzgador carente de imparcialidad. En este sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la sentencia de 26 de octubre de 1984, en el caso De Cubber, entendió que la actuación como juez en el tribunal sentenciador de quien había sido Juez instructor de la causa suponía la infracción del derecho a un juez imparcial, y el Tribunal Constitucional Español, en la sentencia 145/1988 de 12 de julio, declaró que “la actividad instructora, en cuanto pone al que la lleva a cabo en contacto directo con el acusado y con los hechos y datos que deben servir para averiguar el delito y sus posibles responsables, puede provocar en el ánimo del instructor, incluso a pesar de sus mejores deseos, prejuicios e impresiones a favor o en contra del acusado que influyen a la hora de sentenciar. Incluso aunque ello no suceda, es difícil evitar la impresión

de que el Juez no acomete la función de juzgar sin la plena imparcialidad que le es exigible". En ese mismo orden de cosas, y con referencia ya al juicio, la exigencia de imparcialidad ha de llevar a que no sea el juzgador el que asume el ejercicio y concreción de la acusación; o, dicho de otro modo, la existencia de la acusación y el contenido de la misma no pueden provenir ni ser fijadas por el mismo órgano que después será el juzgador. Y la razón de ello sigue siendo la misma: garantizar la imparcialidad de quien tiene que dictar la sentencia".

Así planteadas las cosas, el principio acusatorio se resuelve en tres consecuencias trascendentes: I. No puede haber proceso si no hay acusación y ésta es formulada por persona ajena al Tribunal sentenciador. II. No puede condenarse ni por hechos distintos de los acusados ni a persona distinta de la acusada. III. No pueden atribuirse al juzgador poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad.

En referencia a esta última cuestión, dice Montero Aroca "la dirección material del proceso se refiere a dos aspectos distintos pero complementarios:

a) El primero de ellos atiende a la aportación de hechos al proceso. Si por el principio acusatorio corresponde a persona ajena al juzgador el determinar el objeto del proceso en su elemento de los hechos acusados, hay que llegar a la conclusión de que la aportación de los hechos no puede corresponder al Juez.

b) El segundo de ellos se refiere a la prueba de los hechos aportados por el acusador, y el reconocimiento al juzgador de facultades para contribuir con las partes a la comprobación de la verdad de esos hechos no atenta, en principio a su imparcialidad.

Antes de seguir convendría decir cuál es la solución en algunos países europeos:

1º. En Alemania el parágrafo 244 ap. 2 de la STPO dice que "el Tribunal extenderá de oficio, con el fin de indagar la verdad, la práctica de la prueba a todos los hechos y medios de prueba que fueran de importancia para la resolución".

2º. En Portugal el art. 340.1 del nuevo Código de proceso penal de 1987 dispone que "el tribunal ordena, de oficio o a petición de parte, la

práctica de todos los medios de prueba cuyo conocimiento estime necesario para descubrir la verdad y bien decidir la causa”.

3°. En el Código de procedimiento penal italiano de 1988, el Ministerio Público y las partes proponen los medios de prueba (art. 493) pero terminada la práctica de los mismos el juzgador puede, si lo considera absolutamente necesario, ordenar de oficio la práctica de nuevos medios (art. 507).

4°. En el Derecho español, incluso en el más reciente proceso abreviado regulado en 1988, el juzgador puede disponer de oficio la práctica de cualquier medio de prueba (art. 729 y 780.1 de la L.E.Crim.).

Resulta así que en los derechos europeos se ha comprendido que las facultades atribuidas al juzgador en orden a la prueba no afectan su imparcialidad, y otra cosa muy distinta es que, siempre respecto de los hechos acotados por los acusadores, pueda colaborar para determinar la existencia o inexistencia de los mismos. El único extremo dudoso sería el relativo a cómo puede haber llegado al conocimiento del juzgador la noticia de la fuente de prueba, pero éste es tema distinto.

Si en cualquier proceso el juez pudiera utilizar sus conocimientos privados de las fuentes de prueba, para introducirlas en el proceso a través de los medios de prueba, estaríamos ante la utilización de la ciencia privada, y, con ella, ante la pérdida de imparcialidad. Ahora bien, si al juez se le atribuye la facultad de utilizar las fuentes de prueba que se derivan de la actividad realizada en el proceso, no cabe ya hablar de riesgo para la imparcialidad.

Una cosa es convertir al juez en un inquisidor o, si se prefiere, en un investigador de hechos, y otra muy distinta reconocerle la posibilidad de participar en la prueba de los hechos aducidos por las partes, utilizando para ello las fuentes de prueba que se derivan de la propia actividad procesal.

Adviértase, por último, que el procesalista se encuentra ante una situación muy próxima a la de tener doble personalidad. Por un lado se viene sosteniendo que deben aumentarse los poderes del juez civil, terminado con el juez espectador, hasta reconocerle la posibilidad de que ordene pruebas de oficio, y, al mismo tiempo y por otro lado, se dice que hay que limitar los poderes del juez penal, hasta el extremo de que no pueden ordenar pruebas de oficio, con lo que se le convierte en un

juez pasivo. Estamos incurriendo en el absurdo de afirmar y negar una misma cosa, con lo que podemos estar muy próximos a la esquizofrenia". (La Ley 1994. I. Pág. 973).

Sobre la facultad del Tribunal penal de proponer determinadas pruebas se ha pronunciado el Tribunal Supremo en algunas recientes sentencias. Así, en la sentencia de 30 de noviembre de 1993 (Ponente Díaz Palos), dice que "... respecto a la prueba testifical, la impugna el recurrente porque los dos testigos presentes en el registro fueron traídos al juicio oral no por las partes, sino por el tribunal *a quo*, quien habida cuenta de la incomparecencia de tales testigos y del otrosí propuesto por el Fiscal, declaró la suspensión del juicio oral. Respecto a los testigos presenciales del registro, pero no propuestos, el *a quo* hizo uso de lo dispuesto en el art. 729.2º de la L.E.Crim., con lo que, en sentir del recurrente, el Tribunal se convirtió en Juez y parte, puesto que, en realidad, realizó un acto de investigación propio de un acto de acusación dadas las respuestas de dichos testigos favorables a la tesis acusatoria de modo que ésta, al ser asumida por el Tribunal contradijo las condiciones de ser independiente e imparcial (s. de 18 de mayo de 1992 y las que en ella se citan). Ahora bien, la interpretación del recurrente al art. 729.2º L.E.Crim. vacía al mismo de contenido tachándolo de inconstitucional, siendo así que el T.E.D.H., en sentencia de 6 de diciembre de 1988 (caso de Barberá, Messegué y Jabardo) entendió que los artículos 315 y 729 de la L.E.Crim. habilitan tanto al Juez de Instrucción como a la Audiencia para procurarse de oficio las pruebas que estimen útiles para esclarecer la verdad, como así ocurrió con los testigos propuestos que *a priori* no se sabía si podían confirmar la acusación o la defensa del acusado...".

La sentencia de 1 de diciembre de 1993 (Ponente Montero Fernández-Cid) afirma que "el derecho fundamental al proceso debido legalmente, descompuesto en las plurales garantías concretas que establece el art. 24 C.E., siempre ofrece perfiles necesitados de adecuada hermenéutica. El punto de partida para examinar el elemental principio de imparcialidad objetiva del órgano jurisdiccional en el proceso penal no estará seguramente distante de estas dos perspectivas: a) La precisión de distinguir entre

carga de la prueba e impulso probatorio; lo que es claramente palpable en la dogmática procesal alemana, singularmente respecto al proceso civil. La carga supone una precisión de actuar si se quiere evitar la producción de un perjuicio para el propio interés; en tanto que el impulso es, simplemente, algo *a priori* desconectado de las pretensiones en forma abstracta. Se produce prueba de varias maneras: para justificar la pretensión procesal (prueba de cargo), para desvirtuar su eficacia (prueba de descargo) o, simplemente, para contrastar, verificar otras pruebas aportadas por las partes. En este caso, se halla la posibilidad conferida al órgano jurisdiccional por el referido art. 729.2º L.E.Crim. En este supuesto, la aportación probatoria (el impulso) tiene sólo como designio la ‘comprobación’ de los hechos. Es decir, no se dirige a probar su existencia, sino a comprobar (contraste, verificación) si la prueba sobre ellos es o no fiable desde el ángulo del art. 741 L.E.Crim., en que tal precepto se inserta. b) Así, la prueba acordada se presenta como neutral y no supone vulneración alguna del principio acusatorio, que impone la carga de la prueba a la acusación. Se trata de lo que podría denominarse ‘prueba sobre la prueba’ y por ello mismo su finalidad resulta descomprometida no afectante a la imparcialidad objetiva”.

En la sentencia de 1 de diciembre de 1993 (Ponente Moyna Ménguez) se dice que “... la prueba testifical promovida de oficio por la Sala sentenciadora era necesaria o de posible influjo en el resultado por cuanto aportaba un nuevo y valioso indicio de cargo, y se refería a la comprobación de hechos consignados en el escrito de calificación del Ministerio Fiscal, como revelan las declaraciones sumariales del testigo...”, y luego se precisa que “en definitiva, y desde el punto de vista procesal, no cabe reproche alguno contra la actuación de la Sala sentenciadora, ni podría negarse la posibilidad de recurrir en casación frente al uso de dicha facultad en el actual momento jurisprudencial, por tratarse de una facultad reglada y no de puro arbitrio del Tribunal de instancia, contra el criterio de las antiguas ss. de 15 de enero de 1891, 8 de enero de 1986 y 10 de junio de 1905. Sin embargo, una lectura constitucional del precepto conduciría a considerar dicha prueba como obtenida con violación de derechos fundamentales con la sanción de privación de efectos que impone el art. 11

L.O.P.J. Ya hubo sobre esta facultad del art. 729.2º encontradas opiniones de los comentaristas clásicos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que deben inclinarse actualmente a favor de su inanidad por exigencia del acusatorio y del mayor rigor garantista que inspira al vigente texto constitucional. Se advierte en dicha facultad, sin gran esfuerzo argumentativo, contradicción con el principio acusatorio que gobierna el proceso penal, porque su ejercicio convierte al Tribunal en acusador o defensor según que la prueba acordada sea de cargo o de descargo...”.

Más recientemente, la sentencia de 21 de marzo de 1994 (Ponente Bacigalupo Zapater) dice que “... si bien es cierto que el art. 729.2º L.E.Crim. autoriza al Tribunal a practicar las pruebas no propuestas por las partes que considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de acusación, no lo es menos que esta disposición encuentra su límite en el derecho del procesado a ser juzgado por un Tribunal imparcial (art. 6 C.E.D.H. y 24 C.E.). Esta garantía resulta, como es claro, desconocida cuando el Tribunal asume el papel de acusador y persecutor del acusado. Por tal motivo, el art. 729.2º L.E.Crim. no puede ser utilizado por el Tribunal en contra del acusado, ... a mayor abundamiento, se debe señalar que la S.T.E.D.H. del caso *Barberá Messegú y Jabardo* no es un precedente aplicable al presente, toda vez que allí no se trataba de la prueba de la acusación, sino de la prueba de la defensa. En todo caso, el derecho a la tutela judicial efectiva del acusador particular en un proceso penal no implica que el Estado deba asumir el costo de las pruebas que aquel necesite para hacer valer su pretensión. Ello es consecuencia de que el Estado provee de una adecuada defensa al interés público mediante la organización del Ministerio Fiscal...”.

Como puede advertirse fácilmente, son muchas y complejas las cuestiones que plantea el art. 729.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Si, desde un punto de vista, es claro que el mismo no puede ser interpretado fuera de una perspectiva constitucional; desde otro, lo es igualmente que tampoco cabe desconocer la finalidad esencial del proceso penal: descubrir la verdad material (frente a la verdad formal). Salvado el respeto absoluto que el Tribunal sentenciador debe observar respecto de los “hechos impu-

tados”, así como a los “antecedentes” recogidos en la causa, no se comprende bien por qué el órgano judicial no puede acordar la práctica de una prueba pericial, por ejemplo, para acreditar la salud mental del acusado, cuando de la causa resulte ello necesario o procedente (y ninguna de las partes lo haya solicitado), ni por qué no puede acordar la suspensión del juicio oral ante la incomparecencia de algún testigo que, de acuerdo con los antecedentes obrantes en la causa, pudiera ser de gran transcendencia para el enjuiciamiento del hecho encausado (ante la falta de iniciativa de las partes). El respeto al principio acusatorio y las exigencias inherentes al derecho a un Tribunal imparcial, desde el punto de vista de la justicia, no pueden llevar a situaciones en las que el Tribunal haya de condenar a persona respecto de la cual tenga sospechas sobre su falta de imputabilidad o a absolver al acusado respecto del cual resulten de la causa “evidencias” acerca de su responsabilidad criminal. No parece tampoco propio de un Tribunal imparcial que éste pueda acordar la práctica de pruebas que pueden favorecer al acusado y, en cambio, no pueda hacer lo propio con las que le puedan perjudicar (si, en ambos casos, el Tribunal respeta escrupulosamente el ámbito fáctico del juicio, delimitado por las partes, y no se sale del campo de la correspondiente investigación recogida en la causa).

1. En cuanto a la “proposición” de las pruebas, destaca Tomé García (*Derecho Procesal Penal*. A. de la Oliva Santos y otros. CEURA. Pág. 466) que la misma no es actividad exclusiva de las partes en el proceso penal, pues el Tribunal, de oficio, también podrá acordar la práctica de aquellas diligencias de prueba, no propuestas por ninguna de las partes, que considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación (art. 729.2º L.E.Crim.), y, además, examinará por sí mismo, sin necesidad de que las partes se lo pidan, los libros, documentos, papeles y demás piezas de convicción que puedan contribuir al esclarecimiento de los hechos o a la más segura investigación de la verdad (art. 726 L.E.Crim.).

En el procedimiento ordinario, las partes propondrán las pruebas de que intenten valerse, en sus escritos de calificación provisional (arts. 656 y 657 L.E.Crim.). En el acto de la vista, también pueden proponer careos (art.

729.1° L.E.Crim.), así como cualquier diligencia de prueba que ofrezcan para acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de la declaración de un testigo (art. 729.3° L.E.Crim.). Además, podrán leerse, a instancia de cualquiera de las partes, las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquellas, no pueden ser reproducidas en el juicio oral (art. 730 L.E.Crim.).

En el procedimiento abreviado, las pruebas se propondrán por las partes en sus escritos de acusación y de defensa, respectivamente (arts. 790.5 y 791.2 L.E.Crim.), así como al comenzar el juicio oral (art. 793.2 L.E.Crim.).

En todo caso, el Tribunal deberá pronunciarse sobre las pruebas propuestas admitiendo las que considere pertinentes (art. 659, 790.5, 791.2 y 793.2 L.E.Crim.), debiendo razonar su decisión cuando las rechaza (art. 24. C.E.).

Para decidir sobre la pertinencia de las pruebas propuestas por las partes, el Tribunal examinará y ponderará la relación que las mismas guarden con el objeto del juicio y con lo que constituya su *thema decidendi* (v. s<sup>a</sup> T.C. 51/1985, de 10 de abril).

El Tribunal, al decidir sobre el particular, no puede olvidar el derecho fundamental recogido a todo justiciable a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (art. 24.2 C.E.).

No procederá recurso alguno contra el auto que admita las pruebas (art. 659, p<sup>o</sup> 3° L.E.Crim.). Contra el auto denegatorio de alguna diligencia de prueba, podrá interponerse en su día recurso de casación, si se prepara oportunamente con la correspondiente protesta (arts. 659, p<sup>o</sup> 4° y 850.1° L.E.Crim.).

Dado el reconocimiento constitucional del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, también cabrá recurso — frente a la decisión denegatoria del Tribunal— por infracción de precepto constitucional (v. arts. 24.2 C.E. y 5.4 L.O.P.J.), con independencia de la relevancia que también pueda tener el hecho desde la perspectiva del derecho del justiciable a la presunción de inocencia.

2. Por lo que se refiere a la práctica de las pruebas, la regla general es que deberán practicarse en el juicio oral. Ello no obstante, cabe la llamada prueba anticipada —que debe practicarse antes de la iniciación del juicio— (arts.

657, 790.5, 791.2 L.E.Crim.), así como la prueba anticipada en la instrucción (arts. 448 y 449, en relación con los testigos; arts. 467, 471 y 476, en relación con los informes periciales; y art. 33, sobre la inspección ocular).

La Ley de Enjuiciamiento Criminal regula minuciosamente cómo se deben practicar los distintos medios de prueba.

En el procedimiento abreviado, las pruebas se practicarán concentradamente y se señala el plazo de suspensión del juicio oral admisible en los supuestos del art. 746, que será de treinta días (art. 793.4 L.E.Crim.).

3. La valoración de las pruebas compete al Tribunal sentenciador (v. arts. 117.3 C.E. y 741 L.E.Crim.), pero “no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales” (art. 11.1 L.O.P.J.).

#### OTRAS CUESTIONES RELATIVAS A LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

Examinadas sucintamente las cuestiones generales atinentes a la prueba y al procedimiento probatorio en el proceso penal, parece oportuno hacer referencia también a algunas cuestiones particulares sobre la actividad probatoria en dicho proceso y sobre la validez y eficacia probatorias de algunas diligencias procesales.

1. La primera de estas cuestiones se refiere a la distinción que debe hacerse entre las pruebas ilícitas y las pruebas simplemente irregulares. Las primeras carecen de toda validez y eficacia jurídicas y no son susceptibles de subsanación. Las segundas, por el contrario, pueden admitir la subsanación del defecto o irregularidad con que hayan sido practicadas y, en todo caso, no impiden que los hechos a que se refieren puedan ser acreditados por otros medios.

Desde el punto de vista legal, puede citarse a este respecto el art. 11.1 de la L.O.P.J., según la cual, “no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”. En estos casos, no existe posibilidad de subsanación ni de acreditación o prueba por otros medios.

El art. 238.3 de la citada Ley Orgánica del Poder Judicial, por su parte, establece que serán nulos de pleno derecho los actos judiciales “cuando se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento establecidas por la Ley o con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que efectivamente se haya producido indefensión”. En estos casos, es posible en ocasiones la subsanación del correspondiente defecto (art. 240.2 L.O.P.J.), pero, en todo caso, ha de tenerse en cuenta que, como dispone el art. 242 de la propia Ley Orgánica, “la nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos que fueren independientes de aquel ni la de aquellos cuyo contenido hubiese permanecido invariable aun sin haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad. La nulidad de parte de un acto no implicará la de las demás del mismo que sean independientes de aquella”. Se mantiene así el denominado “principio de la conservación del acto”.

2. Constituye un tema frecuentemente debatido la determinación del valor probatorio de las diligencias sumariales, dado que, conforme ha declarado reiteradamente la jurisprudencia —especialmente la del Tribunal Constitucional—, en principio solamente son válidas para destruir la presunción de inocencia del acusado las pruebas practicadas en el juicio oral, ante el Tribunal sentenciador, bajo los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción (arts. 24.2 y 120 C.E. y art. 741 L.E.Crim.), siempre, en todo caso, que tales medios probatorios hayan sido traídos al proceso sin violentar derechos o libertades fundamentales del justiciable (v. ss. T.C. 31/1981, 28 de julio; 101/1985, 4 de octubre; 107/1985, de 7 de octubre; y 148/1985, 30 de octubre, entre otras).

Con independencia de esta claro principio, es de advertir que el propio Tribunal Constitucional tiene declarado que, si bien las diligencias sumariales son actos de investigación (art. 299 L.E.Crim.) y no constituyen en sí mismas pruebas de cargo, ello no comporta en modo alguno que, en orden a la actividad probatoria, haya de negarse toda eficacia a las diligencias policiales y sumariales, practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen en garantía de la libre declaración y defensa de los ciudadanos, pues, de una parte, cuando dichas diligencias

sean reproducidas en el acto de la vista en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción, pueden constituir medios de prueba válidos para desvirtuar la presunción de inocencia (v. ss. T.C. 80/1986, de 17 de junio; 82/88, de 28 de abril; y 137/1988, de 7 de julio).

De otra parte, cuando las diligencias o actuaciones sumariales son de imposible o muy difícil reproducción en el juicio oral, es lícito traerlas al mismo como prueba anticipada o preconstituida, siempre y cuando se haya posibilitado el ejercicio del principio de contradicción en los términos señalados por el art. 730 de la L.E.Crim., esto es, solicitando su lectura en el juicio oral (v. s. T.C. 62/1985, de 10 de mayo), “puesto que, estando sujeto también el proceso penal al principio de búsqueda de la verdad material, es preciso asegurar que no se pierdan datos o elementos de convicción, utilizando en estos casos la documentación oportuna del acto de investigación, llevado a cabo, en todo caso, con observancia de las garantías necesarias para la defensa” (v. s. T.C. 201/1989, de 30 de noviembre).

En cualquier caso, debe ponerse de manifiesto que cuando a lo largo del proceso se produzcan variaciones e incluso contradicciones en las declaraciones de imputados y testigos, corresponde al Tribunal sentenciador la facultad de examinarlas, ponderarlas y, en definitiva, formar luego libremente su convicción, pudiendo, en consecuencia, aceptar la versión que, en función de todas las circunstancias concurrentes, estimen veraz, con independencia del momento procesal en que la misma se haya producido.

3. La diligencia de entrada y registro en el domicilio de los particulares ha dado origen también a diversas interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales, cuando la misma no ha respetado íntegramente las exigencias legales y constitucionales.

Diversas son las irregularidades u omisiones de exigencias legales de que esta diligencia puede adolecer. Hay unanimidad en admitir que, cuando falta la autorización judicial, la diligencia es ilícita e insubsanable, siendo de aplicación en tal caso el art. 11.1 L.O.P.J.

La ausencia del Secretario Judicial en la práctica de la diligencia fue valorada de forma diversa, dada la exigencia de su presencia, en todo caso, conforme al texto derogado del art. 569 L.E.Crim. Para unos,

dicha ausencia hacía ilícita la diligencia, con las consecuencias ya analizadas. Para otros, la diligencia era nula, el acta correspondiente carecía de todo valor probatorio, pero ello no impedía que los hechos descubiertos en la misma pudieran ser acreditados ante el Tribunal por otros medios probatorios, tales como el reconocimiento por el propio inculpa-do o por medio del testimonio de los testigos presenciales de aquella irregular diligencia. La jurisprudencia, no obstante, declaró que a estos efectos no era válido el testimonio de los funcionarios de Policía que, como delegados del Juez, llevaron a cabo la diligencia.

Tras la reforma operada en el citado art. 569 L.E.Crim., la jurisprudencia ha sentado la siguiente doctrina, recogida en la sentencia de la Sala II del T.S. de 22 de abril de 1994. Esta sentencia mantiene, como no podía ser menos, la anterior doctrina para los casos en que el registro domiciliario se lleve a efecto sin la previa autorización judicial (art. 18.2 C.E.; art. 545 y ss. L.E.Crim.; y art. 11.1 L.O.P.J.). No obstante, cuando no concurra a la diligencia el Secretario Judicial, como quiera que, de acuerdo con el nuevo texto, tal presencia no es obligada en todo caso, ya que el Juez puede autorizar que un funcionario de la Policía Judicial u otro funcionario público haga sus veces y extienda el acta correspondiente, en estos casos el acta carecerá de fehaciencia (que únicamente puede darla la intervención del Secretario Judicial —art. 281.1 LOPJ—), pero nada impide que los funcionarios de policía puedan ratificar —como testigos válidos— ante el Tribunal, el contenido de la misma.

4. En materia de interceptación de las comunicaciones telefónicas, la regulación legal de nuestro ordenamiento jurídico es sumamente deficiente, prácticamente se limita a la prevención constitucional, según la cual “se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial” (art. 18.3 C.E.), y a lo dispuesto en el art. 579.3 L.E.Crim. (“De igual forma, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses prorrogables por iguales periodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunica-

ciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos”).

Se echa en falta, en nuestro Derecho, la existencia de unas reglas claras y detalladas en esta materia (personas susceptibles de ser sometidas a escucha judicial, naturaleza de las infracciones que puedan dar lugar a la misma, precauciones a tomar para conservar intactos y completos los registros realizados a los fines del control eventual por el Juez, requisitos para poder acordar la destrucción de las bandas de grabación, etc.), como considera necesario el TEDH (v. ss. de 24 de abril de 1990, casos Huvig y Kruslin).

El auto de la Sala II del T.S., de fecha 18 de junio de 1992, dictado en el llamado “caso Naseiro”, analiza esta materia con gran detalle y entiende exigibles —para la validez y eficacia probatoria de esta diligencia— la previa autorización judicial, debidamente motivada, que la misma sea proporcional a la gravedad del hecho a investigar, que exista un directo control judicial, que sean entregadas al Juez la integridad de las cintas de grabación originales, que el Secretario Judicial certifique la transcripción escrita de las mismas y que se lleve a cabo una audición de las mismas con intervención de los interesados y con plenas garantías de defensa.

Pese a la relevancia que debe reconocerse a esta importante resolución del Tribunal Supremo, es indudable que —como se ha dicho— la materia demanda una más detallada regulación legal, y que la doctrina sentada en aquella necesita determinadas precisiones en algunos aspectos, como el referente a la selección de los pasajes con relevancia a los efectos del enjuiciamiento de los hechos investigados. Ya el Tribunal Europeo de Derechos Humanos habla de control eventual por el Juez (v. s<sup>a</sup> recaída en el caso Huvig, antes citada), y parece evidente que, en múltiples ocasiones, será imposible que el Juez de Instrucción pueda dedicar el tiempo necesario para efectuar una audición completa de todas las grabaciones que haya autorizado y una selección de los pasajes judicialmente relevantes a los fines de la investigación perseguida, cuyas peculiaridades son conocidas mejor por la policía que por el Juez en las fases iniciales de la investigación.

Morenilla Rodríguez con referencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dice que el derecho al secreto de la correspondencia está reconocido expresamente en el art. 8 del Convenio Europeo y que las demás formas de interferencias en las comunicaciones no escritas se han considerado contrarias al derecho al respeto de la vida privada. Y, al respecto, cita la sentencia de TEDH, caso KLASS y otros, de 1978, relativa a las escuchas telefónicas, en la que dicho Tribunal declaró que: “aunque el párrafo 1 del art. 8 no menciona las conversaciones telefónicas, estimaba con la Comisión que estaban comprendidas en las nociones de ‘vida privada’ y de ‘correspondencia’ e incluso que pueden traducirse también en una injerencia en el ejercicio del derecho de una persona al respeto de su domicilio”; añadiendo que esta doctrina se ha confirmado en posteriores sentencias relativas a las escuchas telefónicas (casos MALONE, KRUSLIN, HUVIG y LÜDI).

Dice Morenilla que, en la sentencia KLASS y otros, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estableció una doctrina completa sobre la justificación, procedimiento y control de las escuchas telefónicas, resaltando que: “los Estados contratantes no disponen de una discrecionalidad ilimitada para someter a medidas de vigilancia secreta a las personas dentro de su jurisdicción”, y que: “cualquiera que sea el sistema de vigilancia seguido, el Tribunal debe convencerse de la existencia de garantías adecuadas contra los abusos. Esta apreciación no reviste un carácter relativo: depende de todas las circunstancias de la causa, por ejemplo la naturaleza, extensión y duración de las medidas eventuales, las razones tenidas en cuenta para ordenarlas, las autoridades competentes para permitir las, ejecutarlas o controlarlas y el tipo de recursos disponibles según el derecho interno”. En cualquier caso, se dice que en la sentencia de referencia que “al establecer una interpretación a un derecho garantizado por el Convenio exige una interpretación estricta”.

En suma, sostiene el citado autor, que constituyen requisitos que pueden justificar la injerencia en el ejercicio de este derecho los siguientes: A) La injerencia ha de estar prevista por la ley. B) Dicha injerencia ha de constituir una medida que en una sociedad democrática sea necesaria

para: 1. la seguridad nacional; 2. para la seguridad pública; 3. para el bienestar económico del país; 4. para la protección de la salud; 5. para protección de la moral; y 6. para la protección de los derechos y libertades de los demás (art. 8, párrafo 2º del convenio), destacando, ello no obstante, que la enunciación de fines no es un estricto “*numerus clausus*”. Se destaca, en este sentido, que las sociedades democráticas se encuentran amenazadas en nuestros días por formas muy complejas de espionaje y por el terrorismo, de manera que el Estado debe ser capaz, para combatir eficazmente esas amenazas, de vigilar en secreto los elementos subversivos que operan en su territorio. Y, C) Necesidad y proporcionalidad de la injerencia en una sociedad democrática. (v. J. Mª Morenilla Rodríguez: “El derecho al respeto de la esfera privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Consejo General del Poder Judicial. 1993. Págs. 317 y ss.).

En este contexto, estimo que, partiendo de la actual normativa (al margen de lo especialmente previsto para los supuestos de investigación de hechos delictivos cometidos por bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes —art. 579.4 L.E.Crim.—), previa la pertinente autorización judicial, que deberá revestir la forma de auto, debidamente motivado, en el que hayan sido examinadas las exigencias inherentes al principio de proporcionalidad, con precisa determinación del número telefónico y persona cuyas conversaciones se pretendan observar y registrar, así como del concreto hecho a investigar, para lo que la Policía, en su caso, facilitará al Juez el mayor número de elementos de juicio sobre el particular, se llevará a cabo la intervención autorizada u ordenada por los correspondientes funcionarios policiales, que darán cuenta al Juez, en la forma por éste determinada, de la marcha y resultados de la intervención, y, concluida ésta, entregarán al Juez las cintas originales, junto con las copias de la misma relativas a los pasajes que consideren de interés a los fines investigados.

Una vez las cintas en poder del Juez de Instrucción, éste convocará a una diligencia de audición de las cintas, con presencia del Ministerio Fiscal y de los interesados con sus Letrados (de libre designación o de oficio, en su caso). Los interesados manifestarán si reconocen la autenticidad de sus

voces y el contenido de las conversaciones; y si negasen la primera, podrá acordarse la pertinente prueba pericial. En todo caso, harán las precisiones que estimen pertinentes, tanto los interesados como el Ministerio Fiscal y los Letrados. Tanto éstos como el propio Juez podrán solicitar y acordar, respectivamente, la audición de las cintas originales, tanto para comprobar la fidelidad de las copias parciales como para poder adicionar a las mismas los extremos que estimen precisos. Finalmente el Secretario Judicial certificará el contenido de las correspondientes transcripciones escritas.

Practicada esta diligencia, sería conveniente —en función de las circunstancias concurrentes en cada caso— acordar motivadamente la destrucción de las partes de las cintas originales que no hayan sido oídas o que se hayan estimado innecesarias o improcedentes para el enjuiciamiento de los hechos perseguidos. Resolución recurrible, en todo caso, ante el órgano judicial que haya de enjuiciar el caso.

Debe reiterarse, en todo caso, la necesidad de que esta materia sea regulada legalmente con la precisión y claridad que demanda la gravedad del atentado que estas diligencias suponen siempre para la vida privada de las personas.

5. Respecto del testimonio de personas residentes en el extranjero, y de su posible eficacia probatoria, es preciso atender a las circunstancias concurrentes en cada caso. Pocas dudas pueden ofrecer los supuestos en que se haya efectuado en la forma prevenida en el art. 448 L.E.Crim. Mayores dificultades puede ofrecer el supuesto de que el testimonio haya sido prestado ante las autoridades judiciales de otro Estado. Sobre esta cuestión, así como sobre los testigos de referencia, puede consultarse la interesante sentencia de la Sala II del T.S. de 6 de junio de 1994 (que lleva el número 859/94 de las de dicha Sala).

6. En cuanto a las diligencias policiales sobre medición de alcohol en sangre, el Tribunal Constitucional exige, para su validez y eficacia probatoria, que se haya practicado con las debidas garantías, informando en todo caso al interesado de la posibilidad de una segunda medición y posible análisis de sangre (s<sup>a</sup> T.C. 145/1987, de 27 de septiembre, entre otras), así como la necesidad de que dicha diligencia sea ratificada ulteriormente

en el curso del procedimiento judicial (s<sup>a</sup> T.C. 19/1988, de 16 de febrero).

7. En orden a las filmaciones videográficas, y fotográficas, cuando no se cuente con autorización judicial previa, entiende la jurisprudencia que están permitidas siempre que se lleven a efecto en espacios libres y públicos. Pueden examinarse, sobre el particular, las sentencias de 6 de mayo de 1993, 14 de enero y 6 de abril de 1994.

8. Sobre las grabaciones magnetofónicas, dice la sentencia del Tribunal Constitucional 190/1992, de 16 de noviembre, que “con carácter general, debe reconocerse que toda grabación magnetofónica presenta una posibilidad cierta de manipulación, trucaje y distorsión del contexto global en el que tuvieron lugar las manifestaciones reproducidas, siendo perfectamente concebible que en ellas se imite la voz de una persona al objeto de atribuirle unas declaraciones de las que no fue autor y que, incluso, nunca se produjeron. Mas una cosa es que, para evitar la proliferación de “pruebas” artificiosamente conseguidas, se recomiende proceder con suma cautela a la hora de admitir como tales las manifestaciones contenidas en uno de estos soportes, y otra bien distinta es que deba negárseles radicalmente toda eficacia probatoria”.

En suma, pues, las grabaciones magnetofónicas pueden ser: a) objeto de prueba (en cuanto pericialmente se estime que la imagen o la voz corresponden de modo efectivo a la persona), o b) “documento” (cuando su reproducción de un hecho pasado sea averada por distintos medios probatorios, cual el testifical) (v. s<sup>a</sup> T.S. de 30 de noviembre de 1992).

9. Por último, vamos a hacer referencia a los informes periciales emitidos por organismos oficiales, aportados a la causa en la fase de instrucción, por cuanto la jurisprudencia de la Sala II tiene declarado que cuando unidos a las actuaciones hayan sido conocidos por las partes, sin que las mismas hayan hecho observación alguna al respecto, interesado su ratificación o reproducción, o propuesto otras diligencias con finalidad impugnatoria, aquellos pueden ser valorados por el Tribunal sentenciador para formar su convicción sobre la realidad de los hechos enjuiciados, si son traídos al plenario como prueba documental, pues, conforme a la buena fe procesal (art. 11.1 L.O.P.J.), no es permisible alegar la falta de contradic-

ción de tal prueba cuando quien lo hace tuvo oportunidad de proponerla para el acto de la vista. Pueden examinarse a este respecto, entre otras, las ss. 24/1991, de 11 de febrero del Tribunal Constitucional, y las ss. 19 de febrero y 13 de marzo de 1992 de la Sala II del T.S., entre otras muchas.

Sin duda, no son las anteriores las únicas cuestiones que deben merecer nuestra atención, al examinar la problemática de la prueba en el proceso penal, mas el carácter global de esta exposición y su limitación temporal no permiten pretender siquiera un desarrollo más amplio del tema propuesto, del que, salvo algunos extremos singulares, nos hemos limitado a dar una visión panorámica y necesariamente insuficiente.

# *Principios del proceso civil*

IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA

Vocal del Consejo General del Poder Judicial

El proceso civil es el cauce por el que discurre una contienda judicial, en la que se dilucidan pretensiones que se enclavan en el área del derecho privado, y principalmente las relativas al derecho civil y mercantil.

Ahora bien, esa naturaleza privatista hace que los principios específicos del proceso civil, reúnan unas características específicas, pero en ningún caso ajenas o contrarias a los principios generales o constitucionales del proceso.

Sin embargo, hay que decir como prolegómeno obligado que, los principios del proceso civil son todas las orientaciones básicas de la ordenación procesal civil, y para una mejor comprensión de los mismos, hay que examinarlos desde una doble vertiente: la una, desde un punto de vista dogmático, y la otra, desde un punto de vista de política jurídica. En la primera vertiente, mediante un problema de abstracción, se obtienen los principios básicos de un sistema procesal en general y civil en particular; y en la segunda antedicha vertiente, se valoran estos principios procesales en relación con el fin de la institución, atendidas las necesidades socio-políticas de una época concreta.

Como compendio de las mencionadas vertientes, hay que decir, y con ello simplificar totalmente la cuestión, que las mismas convergen en la

“Kelseniana” —norma hipotética fundamental—, o sea, dicho lisa y llanamente en la Constitución.

De lo afirmado anteriormente se deduce claramente que es dentro de la norma constitucional de donde hay que inferir de una manera general los principios del proceso, y en particular los del proceso civil.

Un dato que puede constituir un axioma dentro del Derecho Privado, es que, en la generalidad de los regímenes políticos modernos de los siglos XIX y XX se han promulgado numerosas constituciones y sin embargo las instituciones fundamentales del Derecho Civil —propiedad, obligaciones, familia, sucesiones— han permanecido inalterables en las numerosas vicisitudes constitucionales acaecidas.

Las fuentes concretas reguladoras del proceso civil se encuentran en la Constitución española de 1978, en particular es en el paradigmático art. 24 que proclama y regula el derecho a la tutela judicial efectiva, con todas las consecuencias que la misma significa y que desarrollaremos más tarde, al estudiar los principios del proceso civil en particular.

Ahora bien, del núcleo de la tutela judicial efectiva se desprenden una serie de principios que rigen el proceso civil. En la presente disertación se dedicará una especial atención a los principios de audiencia, al de contradicción y al principio de defensa. Sin embargo no se puede hablar de los principios del proceso civil sin mencionar, aunque sea de una manera muy somera los siguientes:

a) La oralidad. Dicho principio aparece recogido en el art. 120 de la Constitución española, cuando en su apartado 2º, establece que el procedimiento será predominantemente oral, y que significa que el conjunto de los actos procesales civiles deben ser mayoritariamente orales, con independencia de que sean actos del Juez o actos de las partes.

Ahora bien, este principio de oralidad, no es un mero capricho de estilo, sino que reviste una enorme importancia, ya que a través del mismo se impide que se realicen actos procesales fuera de la prevención y control directo del Juez; y por lo tanto se establece el método de trabajo de la *inmediación*, que significa un valor procesal en sí mismo y que es imprescindible para que el órgano judicial perciba directamente los actos procesales, y con

ello tenga los datos precisos para resolver una concreta contienda judicial.

Pues como muy bien dice el profesor Cortés Domínguez, el principio de oralidad hace imposible que se realicen actos procesales civiles fuera de la presencia judicial. Todo lo cual lleva a la necesidad de la inmediación judicial por parte del Juez, y que sea la que fuere la valoración que se quiera dar a la misma, se tiene que dejar fuera las apreciaciones más o menos sociológicas sobre si es más o menos eficaz, o si es más o menos posible o imprescindible que el órgano reciba directamente los autos procedentes.

En resumen, que la inmediación es una consecuencia constitucional del principio de inmediación.

b) La publicidad. Este principio se explicita en el art. 20-1º de la Constitución española, cuando en él se dice que las actuaciones judiciales serán públicas con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento; dicho principio es importante no sólo para plasmar el brocardo de “luz y taquígrafos” de repercusión externa social sino para obligar a que en el proceso civil exista un sistema apropiado de comunicación y notificación internas de las actuaciones judiciales.

La necesidad de la publicidad está fuera de dudas, ya que la desaparición del proceso inquisitivo y las exigencias de un proceso moderno se produce como dice la sentencia del T.C. de 10-VI-87, porque la vigencia de la publicidad implica un control social sobre el desarrollo de la actividad judicial.

c) La motivación de las sentencias. La Constitución Española de 1978 ha pretendido, y logrado, dar el carácter de *principio constitucional* a varias notas de carácter procesal relativas al cometido de Juzgados y Tribunales, en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, con la finalidad de destacar su independencia y dar base suficiente a la tutela judicial efectiva, que otorgan.

Entre estas notas hay que destacar la de la *motivación de las sentencias*, recogida, junto a la de publicidad de las mismas en audiencia pública, en el artículo 120.3 de la Constitución Española.

Este precepto ha elevado a rango constitucional el principio procesal de la motivación de las sentencias. Y es por ello que dicho principio aparece, a su vez, como un deber u obligación de todos los órganos judiciales y un derecho constitucional, exigible por los ciudadanos.

Ahora bien, *¿Qué se entiende por motivación de la sentencia?* Desde un punto de vista amplio, supone la motivación, la obligación de todo Tribunal de Justicia de exponer las razones y argumentos que llevan o conducen al fallo judicial, los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho que lo sustentan.

Además este derecho y deber de motivación de la sentencia, aparte de cumplir un formalismo normativo, fundamenta y apoya el principio de legalidad; y sobre todo facilita a los interesados los datos, explicaciones y razonamientos necesarios para que el ciudadano pueda saber el porqué de su pretensión, y en todo caso posibilitando un recurso o un remedio procesal. Siempre que dicha motivación sea lo suficientemente clara y concisa, para que sea comprensible, no sólo al técnico jurídico, sino también al ciudadano en general. O sea, que imitando a Ortega y Gasset hagamos de la claridad la cortesía del Tribunal, como él la exigía al filósofo, al que pedía que nunca se interpusiera entre la teoría y la curiosidad de los profanos, el dragón tremebundo de su terminología hermética.

Entrando ya en materias más concretas, hay que buscar *los fundamentos que llevan a la necesidad de motivar las resoluciones judiciales denominadas sentencias*, entre ellos están:

1°. Si la norma opera sobre la realidad social, al aplicarla al caso concreto, hay que hacerlo de manera adecuada, para lo que es necesario precisar su contenido, consecuencias y alcance, lo que adentrado en el área jurisdiccional es lo que hace que la resolución definitiva sea motivada.

2°. La labor del Juez al juzgar ha de tender ineludiblemente a garantizar efectivamente el imperio de la Ley, y dicho imperio en cada caso concreto ha de ser explicado, y esa explicación pasa inexorablemente por una argumentación o motivación, que justifique que en dicho caso concreto ha existido una perpetua adecuación de lo jurídico al orden real o de la praxis.

3°. Desde un punto de vista estadístico, indica que los Jueces españoles, en su mayoría, estiman que lo que predetermina en su ánimo la sentencia a dictar en cada caso concreto proviene, de la Ley escrita, de la percepción de lo justo en cada caso concreto, del sentido común y de la jurisprudencia del Tribunal supremo; por lo que en todo caso esas pre-

determinaciones tienen que ser explicadas al justiciable, motivándolas.

4º. Asimismo, la motivación de la sentencia es un dato indicador del grado de formación y conocimiento del Juez al dictarla. Pues la motivación de la sentencia será siempre un reflejo fidedigno de un conocimiento suficiente del Derecho, así como de otras materias del área del humanismo, que servirán para calibrar el nivel cultural e intelectual del Juez sentenciador. La motivación de las sentencias tiene carácter, desde un punto de vista constitucional, de derecho fundamental del ciudadano, y así lo establece el artículo 24.1 de la Constitución Española, que consagra el derecho a una resolución fundada en Derecho (con mayúscula), lo que corrobora el ya mencionado artículo 120.3 de dicho Cuerpo Legal; todo ello sirve para elevar dicha motivación a rango constitucional, lo que antes en un simple imperativo legal (Sentencias del Tribunal Constitucional de 11-VII-83, 17-II-85, 27-VI-86, 13-X-86 y 10-II-87, entre otras).

Asimismo, el Tribunal Supremo ha dicho que las sentencias deben ser motivadas, expresando las razones de hecho y de derecho que las fundamentan, por exigencia de la Constitución y de la legislación procesal ordinaria, aunque a ello no se opone la parquedad o brevedad de los razonamientos (S. de la Sala Primera del Tribunal supremo de 10-IV-84). También la sentencia de la Sala Segunda de dicho Tribunal de 12-V-86 establece que el juzgador tiene que detallar las líneas generales del razonamiento que le llevan al fallo.

Ahora bien, la motivación siempre ha de ir acompañada de una técnica gramatical correcta, con el mejor estilo literario posible, huyendo siempre del barroquismo en la redacción, el fárrago, la dispersión, el mimetismo, el lenguaje confuso o equívoco, reiterativo o superfluo, lo que no concuerda con la regla ideal de una buena motivación en la sentencia.

Relacionado con la motivación de la sentencia, hay que resaltar las formalidades que la misma requiere, y así se conecta en el artículo 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que dice: “se formularán expresando, tras un encabezamiento, en párrafos separados y numerados, los antecedentes de hecho, hechos probados, en su caso, los fundamentos de Derecho y, por último, el fallo”. Este artículo tenía sus precedentes en el área civil, en el artículo 372 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Estudio especial merece este apartado de los “hechos probados”, el cual debe contener exposición separada, precisa y completa de lo que el Juez ha constatado en cada causa, relativo a la cronología, desarrollo, detalle en cuanto pueda ser relevante y diferenciación de los datos útiles.

Pero es en el área penal, a pesar de la autorización del artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que autoriza a la apreciación en conciencia de las pruebas practicadas, las nuevas exigencias derivadas del derecho a la presunción de inocencia que consagra el artículo 24.2 de la Constitución Española, en relación con la consiguiente necesidad de una mínima actividad probatoria producida con las debidas garantías procesales, que de alguna forma pueden entenderse de cargo y permitan deducir la culpabilidad del acusado; todo ello según abundantísima y pacífica doctrina jurisprudencial de la Sala Segunda del Tribunal Supremo; habiéndose visto potenciado lo anterior por lo dispuesto en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Pasando ya al tema de los Fundamentos de Derecho es el campo en donde propiamente surge con más fuerza el deber de la motivación. Ya que el Juez, en párrafos separados y numerados, explica los puntos de derecho fijados por él, dando las razones legales que se estimen procedentes para el fallo que haya de dictarse, citando las normas del Ordenamiento Jurídico y la Jurisprudencia que fueren aplicables para resolver el caso objeto del debate.

En resumen y como colofón, que la motivación de la sentencia penal es una exigencia constitucional; que es un deber del juzgador, que demuestra así sus conocimientos humanísticos y jurídicos, que es un derecho del ciudadano, que inquiriere los motivos de una decisión que le afecta ya directa e indirectamente. Y por último que dicha motivación de la sentencia penal es una prueba más, en el complejo engranaje que configura un Estado social y democrático de Derecho, como es España a tenor del artículo 1.1 de la Constitución.

## EL PRINCIPIO PROCESAL CIVIL DE AUDIENCIA

Dicho principio supone lisa y llanamente el derecho que tiene toda persona a ser oído en el proceso en el cual sea parte.

El “*sustratum*” de dicho principio se encuentra en el derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24-1 de la Constitución Española.

Este principio está insito de tal manera en el proceso civil, que sin él no puede entenderse la existencia de una justa contienda procesal, y se puede desarrollar con el aforismo de “*auditur in altera pars*”, significando dicho principio como el dato de dar a cada parte procesal la facultad de intervenir en todas las fases del proceso civil desde el momento de su inicio —normalmente a través de la demanda— hasta el momento del agotamiento del mismo en su fase de ejecución.

Ahora bien, este principio de audiencia debe estar protegido y garantizado por los órganos judiciales, a través de los oportunos actos de comunicación especificados en las leyes procesales.

De todo lo anterior se desprende que la vulneración del principio de audiencia, produce una indefensión tal, en la parte procesal, que ataca de raíz el derecho constitucional de la tutela judicial efectiva, y para que ello ocurra será preciso que concurran los siguientes eventos:

a) Que por defecto grave en el acto de comunicación, ya sea un emplazamiento, una citación o una notificación se prive a una parte de la intervención en el proceso.

b) Que la parte no haya provocado con su postura, expresa o tácitamente, lo anteriormente mencionado, y además que no se hayan subsanado posteriormente los defectos en cuestión, por una actuación posterior de cualquiera de las partes.

El principio de audiencia aparece recogido en el derecho positivo español en varios preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como por ejemplo los arts. 527 y 528 que permiten un segundo llamamiento al demandado que no fue emplazado personalmente, el art. 766 que permite intervenir en cualquier fase del proceso, así como el art. 1.692-3 que motiva el recurso de casación cuando se infringe el principio de audiencia.

El paradigma de lo anterior se puede encontrar en el art. 238-3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que proclama la nulidad de pleno derecho de los actos judiciales en los supuestos de violación del principio de audiencia, cuando produzcan indefensión.

Por otra parte, nuestro Tribunal Constitucional ha reconocido como “obiter dicta” este principio procesal civil de audiencia, en concreto en las sentencias 58-1.988 —el demandado ha de ser citado en forma, 83-1.983— derecho a la última palabra en la fase de alegaciones.

Asimismo este principio ha sido proclamado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al proclamar en el caso Ozturk, el derecho al conocimiento previo de la pretensión y de los hechos que la motivan.

#### EL PRINCIPIO PROCESAL CIVIL DE CONTRADICCIÓN

Es este un principio procesal civil inherente a la estructura del proceso, de tal manera que si el mismo falta, se podrá hablar de cualquier fórmula autocompositiva, pero nunca de proceso.

En ningún caso se podrá hablar de un proceso actual o moderno, si no existen dos tesis contrapuestas, a través del choque entre la pretensión y su antitético razonamiento, y así lo proclama Calamandrei.

Centrando la cuestión, hay que decir que frente a la pretensión procesal surge normalmente, en todo proceso civil, la oposición del sujeto pasivo de aquella. La oposición a la pretensión se da en un proceso cuando la parte frente a quien la pretensión se dirige, lejos de aquietarse ante ella y de reconocerla, expresa o tácitamente, la combate.

Así la doctrina procesalista española moderna, afirma que lo consustancial en todo proceso, no es simplemente la existencia de dos partes, sino la existencia de dos posiciones contrapuestas, la del actor y la del demandado.

El principio procesal civil de contradicción, aparece proclamado en el art. 24-2 de la Constitución Española cuando en él se establece el derecho de todas las personas a un proceso con todas las garantías, dentro de las cuales se encuentra ineludiblemente el de la posibilidad de

contradicción que acogiendo al aforismo romano de “*audiatur in altera pars*” se ha venido manteniendo, como principio general del derecho, a través de todas las sociedades y tiempos.

Pero, ahora bien, como dice Gimeno Sendra, el principio de contradicción necesita ser completado con el de igualdad de armas (*die waffengleichheit*), porque no es suficiente que exista contradicción en el proceso, sino que, para que esta sea efectiva, se hace necesario que ambas partes tengan las mismas posibilidades y cargas de ataque y defensa, de alegación, de prueba e impugnación.

El mencionado principio de igualdad de armas que complementa al de contradicción, aparece proclamado en el art. 14 de la Constitución Española, que establece el principio constitucional de igualdad, y este principio ha de ser aplicado indiscriminadamente en todas y cada una de las fases e instancias del proceso.

Ahora bien, todo lo anterior no significa que existan procesos que por ausencia relativa del principio procesal de contradicción, puedan ser tachados de nulos e inconstitucionales. Se puede poner como ejemplos, no agotadores de la cuestión los siguientes:

- a) Los procedimientos sumarios ejecutivos.
- b) El de ejecución Hipotecaria.
- c) El de desahucio en cuanto afecta al subarriendo.
- d) El de determinadas fianzas o cauciones que pudieran exigirse a algunas de las partes de un determinado proceso.

Todos ellos han sido reconocidos y amparados por el Tribunal Constitucional en concretas sentencias.

#### EL PRINCIPIO PROCESAL CIVIL DE DEFENSA

Dicho principio supone de una manera rotunda el derecho que tiene toda parte procesal a exponer todo aquello que convenga a la defensa de sus derechos e intereses legítimos, siendo, todo ello, parte el derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24-1 de la Constitución Española.

El principio procesal civil de defensa, destacado y reconocido por la sentencia del Tribunal Constitucional 222-1.988 presenta tres aspectos fundamentales como con anterioridad había indicado de una manera colateral la sentencia del mismo Tribunal, los cuales son:

- a) El emplazamiento personal de la parte en el proceso.
- b) El derecho a utilizar los medios de prueba en la propia defensa.
- c) El derecho a obtener el beneficio de justicia gratuita en determinadas ocasiones.

El primer aspecto se basa en el principio elemental de que nadie puede ser condenado (se habla desde un punto de vista del derecho privado) sin ser oído, y para ello es preciso que se le haga saber que se va a iniciar o se ha iniciado un proceso contra él, o por lo menos, que se va a ver implicado en el mismo.

El segundo aspecto supone el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la propia defensa, ejercitables en cualquier tipo de proceso, y que las pruebas pertinentes sean admitidas y practicadas por el Juez o Tribunal, sin desconocerlas u obstaculizarlas, e incluso prefiriéndose el exceso en la admisión, a una postura restrictiva.

El tercer aspecto parte de la base de que la realización efectiva del principio de defensa en nuestro ordenamiento jurídico se lleva a efecto mediante la asistencia técnica del Abogado, y así el art. 24-2 de la Constitución Española lo exige y el art. 238-3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece la nulidad de todo acto procesal que no se atenga al antedicho principio.

Ahora bien, cuando el ciudadano carece de medios para ser asistido por un abogado, los poderes públicos tienen la obligación de proporcionarle tal asistencia.

Lo dicho anteriormente aparece matizado en las sentencias de 9-X-79 y 25-IV-83 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuando dicen que la negación del derecho a la asistencia letrada gratuita en proceso que permite la comparecencia personal, sólo constituirá vulneración constitucional si la autodefensa ejercitada por aquel a quien se niega el derecho, se manifiesta incapaz de compensar la ausencia de

Abogado que lo defienda y, por lo tanto, de contribuir satisfactoriamente al examen de las cuestiones jurídicas suscitadas en el proceso.

Ya para concluir la cuestión, es preciso recalcar paradigmáticamente que todos estos principios esenciales para la realización correcta de un proceso civil, son derivaciones del derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva, tutela esta que constituye un derecho fundamental de la persona, cuando la misma se adentra en un área judicial, y que sin dicha tutela nunca se podrá hablar de un Estado social y democrático de Derecho.

Muchas gracias.

# *Análisis actual y orientaciones futuras del proceso contencioso-administrativo*

RAFAEL FERNÁNDEZ MONTALVO

Vocal del Consejo General del Poder Judicial

I

La organización de la jurisdicción contencioso-administrativa o, más ampliamente, el sistema de lo contencioso-administrativo ha sido una de las cuestiones polémicas que durante el siglo XIX se vincula a los diferentes programas políticos, dándose diversas soluciones según que la tendencia fuera progresista o moderada. Así puede decirse que nuestra legislación ha incorporado en diversos momentos históricos los distintos sistemas que ofrece el Derecho comparado.

La Constitución de Bayona, como primer antecedente, y la Constitución de Cádiz de 1812 contemplan la existencia de un Consejo de Estado, pero nada suponen en orden a la creación de órganos encargados del conocimiento de los litigios contencioso-administrativos.

Las leyes de 1845 (2 de abril y 16 de septiembre) intentan, por primera vez, dar respuesta a la “necesidad de una jurisdicción especial, distinta en la esencia y en la forma de la jurisdicción ordinaria, que pueda conocer de los negocios contencioso-administrativos”. Introducen el sistema administrativo francés de jurisdicción retenida encomendan-

do el conocimiento de dichos asuntos al Consejo de Ministros presidido por el Rey, quien pronunciaba sentencia en forma de Real Decreto, acorde o no con el Consejo Real, que más tarde pasaría a denominarse Consejo de Estado. Por su parte, los Consejos Provinciales, presididos por los Jefes Políticos, enjuiciaban en primera instancia las reclamaciones contra las resoluciones de la Administración Local.

Los Decretos de 1868 (13 y 16 de octubre) incorporan una de las preocupaciones del liberalismo decimonónico y del sector progresista estableciendo un sistema judicial en el ámbito contencioso-administrativo. La Revolución de Septiembre hizo posible este cambio legislativo que supuso la supresión de las competencias en esta materia de los Consejos Provinciales y del Consejo de Estado y su atribución a la Jurisdicción ordinaria mediante el establecimiento de Salas en las Audiencias Territoriales y en el Tribunal Supremo. Del sistema administrativo se pasa, pues, al sistema judicial de jurisdicción ordinaria.

La Restauración, mediante Decreto de 20 de enero de 1875, supuso el retorno al sistema anterior, devolviendo al Consejo de Estado la jurisdicción contencioso-administrativa en su expresión suprema y encomendando la misma jurisdicción en su grado inferior a las Comisiones provinciales, como sucesores de los antiguos Consejos.

Las leyes de 1888 y 1894 (18 de septiembre y 22 de julio, respectivamente) representan la fórmula mixta o transaccional identificada con Santamaría de Paredes. Crearon los Tribunales provinciales de lo contencioso-administrativo y el Tribunal de lo Contencioso-administrativo del Consejo de Estado, que acabó convirtiéndose en una Sala del Tribunal Supremo.

La esencia del sistema consistía en la provisión de los puestos de Magistrados de dichos Tribunales con miembros de la carrera judicial y de la carrera administrativa. El sistema tomó carta de naturaleza en el Derecho español llegando con reformas de escasa trascendencia hasta la Ley de 27 de diciembre de 1956.

## II

La Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), de 27 de diciembre de 1956, ha merecido una elogiosa crítica doctrinal.

En primer lugar, supuso la consagración de un sistema caracterizado por la plena judicialización, colegiación, especialización y regionalización de los órganos competentes para el control de la actividad administrativa, contribuyendo, al menos parcialmente, a la realización de una de las exigencias del Estado de Derecho: el sometimiento de la Administración al ordenamiento jurídico.

En segundo lugar, desde el punto de vista técnico representó importantes logros acrecentados, en ocasiones, por aportaciones jurisprudenciales. Introdujo modernas concepciones del Derecho Administrativo y del Derecho Procesal, como la delimitación de lo contencioso-administrativo, la referencia a la pretensión procesal, el establecimiento de un procedimiento ágil y, al mismo tiempo, respetuoso con las garantías procesales, y la continua apelación al principio antiformalista que refleja su Exposición de Motivos. Todo ello hizo posible un aceptable funcionamiento de la jurisdicción.

La larga vigencia de la Ley de 1956 se explica por dicha perfección técnica y por su propia modernidad en relación con las leyes procesales. Pero ello no quiere decir que el ordenamiento procesal contencioso-administrativo no haya sufrido, durante este largo lapso de tiempo, modificaciones importantes, a veces por vía legislativa, a veces por vía de aportaciones jurisprudenciales.

Así, entre las primeras pueden señalarse: la atribución a la jurisdicción civil de las cuestiones sobre responsabilidad patrimonial de la Administración en materia de Derecho privado (artº. 41 LRJAE de 26 de julio de 1957); modificación del silencio administrativo y prohibición de la doble alzada (arts. 1.3, 94, 95, 122.2 y 125.1 LPA, de 17 de julio de 1958); aumento de la competencia de las Salas de las Audiencias Territoriales (L. 10/1973, de 17 de marzo); creación de la Sala de lo

Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional (RDL 1/1977, de 4 de enero) y la regulación del proceso especial de protección de los derechos fundamentales de la persona (Ley 62/1978, de 26 de diciembre).

Como modificaciones derivadas de la jurisprudencia o de la doctrina del Tribunal Constitucional pueden citarse, sin ánimo exhaustivo: exclusión de zonas inmunes a la jurisdicción (ATC 60/1980); establecimiento de la necesidad de emplazamiento personal de los demandados (STC 9/1981 y 63/1982, entre otras muchas); extensión de la legitimación (STC 60/1982); redefinición del concepto de acto político (STC 63/1983); y eliminación de pautas formalistas en la admisión de los recursos.

La subsanación de los defectos procesales prevista en diversos arts. de la LJCA (arts. 57.3, 62.2, 72.2 y 129) debe entenderse en el sentido amplio que exigen los arts. 24.1 CE, 11.3 y 243 LOPJ. Dichos preceptos, como recuerda una STC de 15 de diciembre de 1987, no reconocen un derecho a la subsanación en todo caso, pero únicamente permiten a los Tribunales abstenerse de resolver sobre las pretensiones que se formulen cuando el defecto fuere insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las leyes. E, incluso, la STC 162/1986 ha señalado que la posibilidad de subsanar un defecto procesal no depende de la existencia de previsiones legislativas para cada procedimiento, sino del mismo contenido normativo del artº. 24.1 CE.

La decisión judicial que se limita a acordar la retroacción del expediente para que, subsanados los defectos formales, se dicte un nuevo acto administrativo, debe tener carácter excepcional. Sólo producen la nulidad de actuaciones administrativas las infracciones formales que perjudiquen el derecho de defensa de los interesados o que, privando de elementos esenciales de conocimiento, puedan variar el contenido del acto.

Debe abandonarse la vieja interpretación mitificada del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa que comportaba la afirmación de que el Tribunal no podía sustituir a la Administración reformando los actos y disposiciones recurridas y pronunciarse realmente sobre la cuestión de fondo realmente suscitada, esto es, declarando cuáles son los derechos concretos del recurrente en relación con el acto de la Administración, si dis-

pone de elementos suficientes para tal pronunciamiento y respetando, no obstante, lo que es el núcleo de la discrecionalidad técnica y administrativa.

Pero, en los momentos actuales se habla de crisis del proceso contencioso-administrativo en un doble sentido.

Desde un punto de vista cuantitativo, como consecuencia de la inadecuación de la estructura orgánica al incremento de la conflictividad administrativa. Baste decir que entre 1981 y 1988 se produce un aumento del 217,82% del número de asuntos ingresados. Lo que quiere decir que, para mantener los niveles prestacionales del año 1981 hubiera sido necesario incrementar en la misma proporción los medios personales y materiales.

Los datos sobre el retraso y acumulación de asuntos en los Tribunales contencioso-administrativos son abrumadores.

En 1990 en las Salas de lo contencioso-administrativo de España, con excepción del Tribunal Supremo (TS) y Audiencia Nacional (AN), se registraron 55.922 asuntos, que pasaron a 61.103 en 1991, 72.858 en 1992 y 67.728 hasta el 30 de septiembre de 1993. La cifra de dependencia en esta fecha era de 128.027 asuntos.

Desde el punto de vista cualitativo, la misma masificación de los procesos trae consigo un notable descenso en la calidad de la justicia, administrativa tanto en tiempo como en contenido. De esta circunstancia del contencioso-administrativo, que no es peculiar de nuestro sistema sino que es un fenómeno general en otros países del área continental, derivan dos consecuencias:

A. La tendencia a la inversión del principio, hasta ahora dogmático, de la necesidad de suprimir las vías administrativas previas mediante la inclinación a convertir en algunos casos la vía administrativa en un mecanismo de evitación del proceso al que debe acudir preceptiva o facultativamente, como se advierte en la legislación europea comparada.

B. Necesidad de regular diversos aspectos del proceso relacionados con los actos masa o actos administrativos de contenido idéntico que afectan a gran número de personas.

Pero, además, en nuestro ordenamiento resulta inaplazable el esta-

blecimiento de un nuevo marco jurídico que adecúe plenamente el modelo contencioso-administrativo a las exigencias constitucionales.

No se trata de olvidar las bondades y aciertos del texto de 1956 por un prurito pendular en el cambio, sino de superar algunas quiebras y restricciones del contencioso-administrativo para la eficaz defensa de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos en una articulación compatible con la defensa del interés público, no confiando solamente a la función creadora de la interpretación jurisprudencial la necesaria adaptación de la Ley en los no pocos extremos que evidencian las resoluciones del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo.

Las consecuencias de los arts. 24.1, 106.1 y 117.3 CE en el ámbito contencioso-administrativo han sido de tal magnitud que permiten hablar, incluso, de una nueva concepción superadora de la idea tradicional del “proceso al acto” o de mera protección de la legalidad objetiva, para convertirse en una justicia de tutela de oposiciones jurídicas subjetivas, de derechos e intereses legítimos, según expresa el citado artº. 24.1 CE.

La Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas de reforma del proceso civil, del penal y contencioso-administrativo regula, en este ámbito el recurso de casación, que sustituye al recurso de apelación con la introducción de un trámite riguroso de admisión y el establecimiento del límite cuantitativo fijado para la casación civil.

Al margen de esta novedad, en el Parlamento se introdujo una nueva regulación del emplazamiento en el proceso contencioso-administrativo, que supone la realización del mismo por parte de la Administración.

Uno de los defectos de la LJCA fue la regulación del emplazamiento de los demandados, para el que, según el primitivo sistema, bastaba la publicación en los Boletines Oficiales del anuncio de la interposición del recurso, sin necesidad de emplazamiento individual. Este sistema fue considerado por el TC, desde sus primeras sentencias contrario al derecho a la tutela judicial efectiva, y de ahí la modificación de los arts. 64 y 66 LJCA.

Sin prescindir de la publicación de los edictos en los Boletines Oficiales (artº. 60), se impone a la Administración autora del acto, la obligación de notificar a cuantos aparezcan como interesados en el expedien-

te, la remisión de éste al Tribunal, emplazándoles para que puedan comparecer y personarse en autos en el plazo de nueve días. Una vez recibido el expediente, el Tribunal debe comprobar que se han efectuado los debidos emplazamientos, y si advierte que son incompletos, ordenará que se practiquen los necesarios.

### III

La mencionada Ley 10/1992 es una Ley fragmentaria que no satisface las necesidades de regulación, en la doble vertiente orgánica y procesal, que padece desde hace años el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Por ello, su Exposición de Motivos señala que su limitada iniciativa de reforma del contencioso “no obstará para que se continúen realizando cuantas actuaciones son necesarias para la mejor adecuación de este procedimiento”.

Parece, por tanto, fuera de toda duda la necesidad de una reforma o actualización profunda del proceso contencioso administrativo mediante una modificación sustancial de la LJCA o, incluso, a través de la promulgación de una nueva Ley reguladora, que es la opción elegida por el Ministerio de Justicia e Interior en el que se ha elaborado un anteproyecto de dicha Ley por una Comisión de cualificados juristas, sobre el que el Consejo General del Poder Judicial ha tenido ya ocasión de formular el correspondiente informe.

En cualquier caso, la nueva regulación del contencioso-administrativo debe contemplar las siguientes cuestiones:

#### 1. Ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa.

A. El artº. 24.1 CE, que consagra la general tutela judicial efectiva, y el artº. 106.1 CE, que se refiere al control por los Tribunales de la legalidad de “la actuación administrativa” sirven de apoyo para evitar las consecuencias de un presupuesto marcadamente subjetivo al señalar la extensión de la jurisdicción, en los términos en que resultan de la actual redacción de los arts. 1 LJCA y 9.4 LOPJ. Además de la lógica inclusión de la Administración de las Comunidades Autónomas, efectuada por la Ley

34/1981, de 5 de octubre, la Ley reguladora del proceso contencioso administrativo debe reflejar el fenómeno expansivo de la jurisdicción: la atribución del contencioso-electoral (arts. 109 y ss. de la LO 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, modificada por las LL.OO 1/1987 y 8/1991) y el conocimiento que le corresponde de los recursos contra actos en materia de personal y gestión patrimonial de los órganos de gobierno del Congreso de los Diputados, del Senado (artº. 49.3 Estatuto del Personal de las Cortes Generales, de 26 de junio de 1989), del Tribunal Constitucional (artº. 99 LOTC), del Consejo General del Poder Judicial (art. 143 LOPJ), del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo.

B. a) Como cuestiones expresamente excluidas de la jurisdicción contencioso-administrativa deben figurar, además de las que actualmente señala el artº. 2 LJCA, las atribuidas con carácter exclusivo al Tribunal Constitucional y el llamado recurso contencioso-disciplinario militar atribuido a la jurisdicción militar.

b) Pero, sobre todo, la nueva normativa debe encontrar una formulación precisa de los actos políticos exentos del control jurisdiccional contencioso-administrativo, respecto de los que se ha producido una reducción conceptual en la doctrina y en la jurisprudencia, pero sin llegar a su supresión.

La jurisprudencia, en una primera interpretación del artº. 2.b) LJCA, siguió para caracterizar el acto político la doctrina del móvil político, aplicándola a las sanciones de orden público e, incluso, a los reglamentos en cuanto expresión de una determinada opción política.

En los años sesenta el Tribunal Supremo abandona el criterio del móvil político y atiende, para precisar la exclusión establecida en el citado artº. 2.b) LJCA, a la concurrencia de un doble requisito: subjetivo, que fuera dictado por el Gobierno en su unidad, es decir, por el Consejo de Ministros; y, objetivo, que fuera también la expresión unitaria de los poderes del Estado, en el que el contenido y finalidad resultara diferenciada de la actividad realmente administrativa al proyectarse sobre asuntos trascendentes de índole general (SSTS 10 de febrero 1962, 15 de marzo 1965 y 3 de enero de 1979, entre otras), esto es, decisiones que afectasen al conjunto del Estado.

Después de la Constitución, el TC ha reconocido en diversas ocasiones la existencia de actos políticos, no susceptibles de control judicial, esencialmente distintos de los actos administrativos (SSTC 63/1983, 68/1985 y 39/1989, entre otras).

La STC 45/1990, aunque sustituyendo la expresión “acto político” por la de “actuaciones no sometidas a Derecho administrativo”, incluye en esta categoría: las decisiones del Gobierno a través de las cuales cumple la función de dirección política que atribuye el artº. 97 CE, como las decisiones que otorgan prioridad a unas u otras parcelas de la acción que le corresponde, salvo que tal prioridad resulte obligada en ejecución de lo dispuesto en las leyes. Y la STC 196/1990 considera exentos de control los actos producidos en el seno de las relaciones políticas entre Ejecutivo y Legislativo, tanto entre Gobierno y Cortes como entre Ejecutivos autonómicos y Asambleas Legislativas. Se daba así respaldo a un criterio doctrinal que considera como actos políticos los que corresponden al Gobierno como órgano constitucional en sus relaciones con los demás órganos constitucionales o poderes del Estado, además de los que se producen en el ámbito de las relaciones internacionales.

Así, de manera casuística el TC ha apreciado la noción del acto político en los siguientes supuestos:

- Desestimación presunta por el Consejo de Ministros, en virtud de silencio administrativo negativo, de solicitud de medios personales y materiales para la Administración de Justicia en el País Vasco formulada por los Decanos de los Colegios de Abogados de Vizcaya, Álava y Guipúzcoa (STC 45/1990).

- Contestación del Gobierno Vasco a solicitud de información parlamentaria (STC 196/1990 y 220/1991).

El Tribunal Supremo, por su parte, también ha apreciado la presencia de la categoría del acto político:

- RD de disolución de las Cortes generales (STS 24 de septiembre de 1984).

- Actualización de rentas urbanas (STS 6 de noviembre de 1984).

- Omisión de información gubernamental a parlamentarios autonómicos (STS 9 de junio de 1987).

- Decreto de fijación provisional de la sede de capitalidad de Comunidad Autónoma de Castilla y León (STS 30 de julio de 1987).
- Petición de revisión de coeficiente funcional (STS 13 de marzo 1990).
- Fijación de salario mínimo interprofesional (STS de 24 de julio de 1991).

Pero si parece clara la existencia de actos políticos no controlables jurisdiccionalmente en cuanto al fondo de la decisión, persisten dudas sobre el control de sus elementos reglados. Así la STS de 22 de enero de 1993 que contemplaba la denegación por el Gobierno de la celebración de un referéndum municipal para la incorporación de un municipio a una Comunidad Autónoma rechaza la excepción de falta de jurisdicción argumentando que tras la Constitución, y de acuerdo con sus arts. 9.1 y 24, en nuestro Derecho no existen actos de los poderes públicos no sometidos al ordenamiento jurídico y, en consecuencia, exentos del control jurisdiccional. Ello no excluye que existan actos de los máximos órganos constitucionales que tengan, asimismo, un máximo contenido político, los cuales no son controlables respecto al fondo de la decisión en sede jurisdiccional, sino ante la instancia política correspondiente. “Pero en cuanto dichos actos contengan elementos reglados establecidos por el ordenamiento, estos elementos sí son susceptibles de control jurisdiccional. Ello implica que la doctrina del acto político no puede ser invocada como fundamento de la inadmisibilidad, ya que es obligado para el juzgador comprobar si existen en el acto elementos reglados y comprobar también si en cuanto al fondo se da ese contenido político no controlable”.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que las indemnizaciones derivadas de los actos de gestión política del Gobierno y de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas sí pueden ser objeto de pretensión en vía contencioso-administrativa.

C. La nueva regulación de la jurisdicción contencioso-administrativa debe considerar la nueva atribución de competencia respecto de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Como es sabido, el artº. 41 LRJAE, modificando el criterio del artº. 3b) LICA, atribuyó a los Tribunales civiles el conocimiento de la respon-

sabilidad del Estado cuando actuara en las relaciones de Derecho privado.

Sin embargo, la LRJ y PAC deroga, entre otros, establece en el artº. 144 que la responsabilidad de Derecho privado de la Administración se exigirá de conformidad con lo previsto en los arts. 142 y 143 que se refieren al procedimiento administrativo de petición de responsabilidad patrimonial de la Administración, señalando, de manera concreta el artº. 142.6 que la resolución administrativa de dichos procedimientos, cualesquiera que fuese el tipo de relación, pública o privada, de que derive, pone fin a la vía administrativa.

## 2. Dentro de los órganos de la jurisdicción

A. Debe contemplarse la creación de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo, que es la última de las reformas orgánicas introducidas por la LOPJ pendiente aún de efectividad.

La existencia de estos órganos judiciales supondrá, como ha dicho el CGPJ, el reconocimiento de un espacio razonable a la doble instancia, precisa para dar todo su sentido al recurso de casación.

Por otra parte, no debe olvidarse que es necesaria la plena adaptación de la organización judicial y los mecanismos procesales de impugnación, en coherencia con el Estado que diseñan el Título VIII de la Constitución y los Estatutos de Autonomía, al artº. 152.1 CE que establece, en su último párrafo que, sin perjuicio de lo dispuesto en el artº. 123, las sucesivas instancias procesales han de agotarse ante órganos judiciales radicados en el mismo territorio de la Comunidad en que esté el órgano competente en primera instancia. En consecuencia, debe entenderse que el precepto constitucional reserva las competencias que por su propio carácter corresponden al Tribunal Supremo, orientando el establecimiento de las instancias en el propio ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, cuya organización judicial culmina el Tribunal Superior de Justicia.

La determinación de la competencia de los Juzgados de lo contencioso-administrativo como la de los demás Tribunales contencioso-administrativos, no debe seguir como único criterio el de la jerarquía y ámbito territorial del órgano que dicta el acto o disposición impugnada.

Así, no parece oportuno que se reserve para los Juzgados el llamado contencioso local, como parece resultar de la cláusula residual del artº. 91 LOPJ con la inclusión del planeamiento urbanístico o las ordenanzas locales. Por el contrario, sería más adecuado atribuirle determinadas materias, como: cuestiones de personal al servicio de cualquier Administración pública, salvo los procesos que tuvieran por objeto el nacimiento o la extinción de la relación funcionarial; determinadas sanciones, con independencia de la Administración que las imponga; y algunos actos de la Administración local, como los de aplicación y efectividad de tributos y precios públicos de las Entidades locales, y licencias municipales.

B. Deben resolverse los problemas surgidos en torno a los límites de competencia entre las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia y la de la Audiencia Nacional.

Como es sabido, la DT 34 de la LOPJ mantuvo la organización y competencia de los órganos judiciales existentes hasta la entrada en vigor de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre (LDP), que se produjo a los veinte días de la publicación, pero al no cumplirse, sin embargo, la prevista creación de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo, surgieron las mencionadas dudas, sobre las que se pronunció el Tribunal Supremo señalando:

a) Las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales de Justicia asumieron las competencias atribuidas por el artº. 74 LOPJ y además las que podían corresponder a los Juzgados de lo Contencioso.

b) La competencia de la Sala de la Audiencia Nacional es la que establece el artº. 66 LOPJ, sin que pueda considerarse que conserve residualmente competencias nacidas del Real Decreto Ley 1/77, de 4 de enero, por el que fue creada (SSTS 8, 10 y 20 de julio de 1991, entre otras muchas).

Las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia podrían conocer, en única instancia: los recursos contra disposiciones generales emanadas de las Comunidades Autónomas y de las Entidades locales; los actos de las Entidades locales y de las Administraciones de las Comunidades Autónomas, cuyo conocimiento no esté atribuido a los Juzgados de lo contencioso-administrativo; los actos de los órganos de gobierno de las Asambleas legislativas de las CCAA en materia de gestión patrimonial y de personal y los actos

procedentes de órganos de la Administración del Estado cuya competencia no se extienda a todo el territorio nacional, además de aquellas actuaciones no atribuidas expresamente a la competencia de otros órganos.

En segunda instancia los recursos que se promuevan contra sentencias y autos susceptibles de apelación de los Juzgados Contencioso-administrativo con sede en la C.A.

La Sala de la A.N. tendría la competencia para conocer: los recursos contra disposiciones generales de la Administración del Estado y actos dictados por Ministros y por los órganos centrales de las Corporaciones e Instituciones públicas vinculadas al Estado, así como las resoluciones del Tribunal Económico-administrativo Central.

La Sala 3ª del TS, en única instancia, conocería las disposiciones y actos del Consejo de Ministros y sus Comisiones Delegadas, actos del CGPJ, de los órganos de gobierno del Congreso y Senado, del TC, del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo. Asimismo, los recursos de casación, ordinario para la unificación de doctrina y en interés de ley y recurso de revisión.

En cuanto a los efectos de la falta de competencia, debe favorecerse el mantenimiento de la acción y la conservación de los actos procesales. La declaración de incompetencia debe hacerse antes de dictarse sentencia y con remisión de las actuaciones al órgano competente para que se siga ante él el curso de los autos (SSTC 39/1985 y 109/1985).

### 3. En relación con las partes:

A. Debe suprimirse la referencia a las implícitas limitaciones de capacidad de la mujer casada que refleja el artº. 27 de LJCA, obviamente derogadas, y contemplarse los supuestos de las uniones sin personalidad para las que la jurisprudencia ha exigido la concurrencia en el proceso de todos sus integrantes o de uno de ellos apoderado por los demás (STS 27 de noviembre de 1985).

B. La legitimación en el proceso contencioso-administrativo ha sido ampliada por la Constitución en varios aspectos y así debe figurar en la futura regulación del proceso contencioso-administrativo.

a) Aunque el interés directo requerido por el artº. 28.1.a) LJCA se ha concebido por la jurisprudencia en términos de gran amplitud, reconociéndole a todo aquel que pueda obtener algún beneficio, cualquiera que sea su naturaleza, de una sentencia favorable, al consagración de la tutela judicial efectiva del interés legítimo en el artº. 24.1 CE ha supuesto la extensión de la legitimación al simple o mero interés legítimo (STC 60/1982).

Una STS de 1 de junio de 1985, tras señalar que a partir de la Constitución se ha extendido la legitimación a la defensa de los intereses legítimos, concepto que es mucho más amplio que el de interés directo, trata de perfilar el concepto de interés legítimo señalando que, según la doctrina tradicional es aquel que tienen aquellas personas que por razón de la situación objetiva en que se encuentra, por una circunstancia de carácter personal o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de cualquier ciudadano en que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento, aun cuando la actuación de que se trata no les ocasione, en concreto, un beneficio o servicio inmediato.

b) El artº. 7.3 LOPJ ya introdujo expresamente la protección de los intereses legítimos colectivos, para cuya defensa se reconoce legitimación a las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción.

Se trata del interés de grupos profesionales y económicos, encarnados ordinariamente en entes o corporaciones representativas, que no son una simple suma de intereses personales, sino algo cualitativamente diverso. Afectan por igual y en común a todos los miembros del grupo y pertenecen por entero a todos ellos. Pertenecen, como los intereses difusos a una pluralidad de sujetos, pero a diferencia de éstos pueden ser determinados en una colectividad (intereses de categoría).

Los intereses difusos corresponden por igual a todos los ciudadanos y tienen un reconocimiento jurídico, normalmente en normas constitucionales. Estos intereses reflejos, relacionados con el Estado social, requieren el reconocimiento de una acción popular para su defensa, e, incluso de la legitimación del Ministerio Fiscal y del Defensor del Pueblo.

c) En cuanto a la legitimación corporativa exigida por el artº. 28.1 b) LJCA para la impugnación directa de disposiciones de carácter general de la Administración Central, la más reciente jurisprudencia la ha considerado como obstáculo contrario al artº. 24.1 CE. Así la STS de 15 de julio de 1986 entiende que ha quedado derogada por el Texto Constitucional y que es suficiente la legitimación común. No cabe ignorar, sin embargo, que otras sentencias se han manifestado a favor de la pervivencia de la indicada legitimación especial, por lo que también el Tribunal Supremo alude simplemente a la “crisis de que se ha hecho eco la jurisprudencia sobre la vigencia postconstitucional del artº. 28.1 b)”.

d) También debe reconocerse expresamente la legitimación de las Entidades administrativas para impugnar los actos de otras Administraciones.

La legitimación de la Administración del Estado está reconocida con carácter general frente a las Comunidades Autónomas por la Ley 34/1981, sin que se someta a limitación alguna. Por el contrario, respecto de las Comunidades Autónomas, la misma Ley requiere que se trate de “impugnar las disposiciones de carácter general que, dictadas por la Administración del Estado, afecten al ámbito de su autonomía”.

En la Administración Local, la LRBRL reconoce al Estado legitimación para la impugnación de los acuerdos, previo requerimiento, cuando un acto de la Entidad local infrinja el ordenamiento jurídico (artº. 65) y, sin previo requerimiento, cuando los actos y acuerdos de las Entidades Locales menoscaben competencias de la Administración estatal. Además, el artº. 67 faculta al Delegado del Gobierno para impugnar los actos y acuerdos que “atenten gravemente al interés general de España”.

También deberían aplicarse las reglas generales sobre legitimación a la impugnación por las Entidades Locales de los actos de cualquier Administración y no sólo cuando afecten a su autonomía, sino también cuando exista un interés directo en la impugnación.

#### 4. Objeto del proceso contencioso-administrativo.

A. La cláusula general del artº. 106 CE y el reconocimiento como derecho fundamental de la tutela judicial efectiva en el artº. 24.1 CE han supuesto,

en palabras de Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1982, el no mantenimiento de “actos o zonas inmunes al control judicial”.

El artº. 40 LJCA debe considerarse derogado en lo que se refiere a “materias excluidas”, como ha tenido ocasión de señalar el TC de forma concreta en relación con los apartados d) y f) (ATC 60/1980 y 75/1984 y SSTC 39/1983 y 80/1983) con argumentos generalizables a los restantes apartados, salvo el a) y el b).

Consecuentemente, sólo deberían mantenerse la inadmisibilidad del recurso respecto de los actos confirmatorios de otros anteriores firmes, que no hayan sido recurridos en tiempo y forma, y aquellos otros que sean impugnables en otra vía judicial.

B. Junto a los actos administrativos en sentido estricto, deben también considerarse susceptibles de revisión judicial en vía contencioso-administrativa las actuaciones materiales de la Administración y su propia inactividad en determinados supuestos.

a) Según la doctrina tradicional, si la Administración realizaba una actividad material sin previo acto que sirviera de título, es decir, si actuaba por vía de hecho, no cabía acudir directamente al recurso contencioso-administrativo, porque el carácter revisor de éste exigía un acto administrativo previo que pudiera impugnarse. Había, por tanto, que crear un acto administrativo, presentando la correspondiente solicitud y acudiendo, en su caso a la técnica del silencio administrativo.

La indefensión que podía resultar de esta concepción, hizo que se considerase que en tales supuestos de vías de hecho la Administración se situase en el ámbito del Derecho privado y que pudiera acudirse a los medios de protección que proporcionaba el proceso civil, especialmente a través de los procesos sumarios e interdictales.

De esta forma el juez civil debía resolver cuestiones realmente ajenas a su jurisdicción y en procedimientos previstos para cuestiones sencillas, cuando se discutían problemas complejos de naturaleza administrativa.

La propia jurisprudencia, apoyándose en la LOTC, ha iniciado la ampliación del recurso contencioso-administrativo para conseguir el control efectivo de las vías de hecho administrativas.

En lo que se refiere a la protección de los derechos fundamentales frente a la vía de hecho administrativa, la jurisdicción contencioso-administrativa se configura como la “jurisdicción natural”. Así resulta de la DT 2.2 LOTC, en virtud de la cual, antes de pasar al recurso de amparo que está abierto a la impugnación de las vías de hecho, es preciso agotar la vía judicial procedente, siendo esta la contencioso-administrativa ordinaria o el procedimiento especial de la Ley de Protección Jurisdiccional de Derechos Fundamentales (LPJDF).

Con carácter general, también en la jurisprudencia se tiende al control de las vías de hecho. Aun cuando cabe encontrar antecedentes en sentencias anteriores (SSTS 7 de febrero de 1978 y 4 de noviembre de 1982), a partir de la STS de 29 de abril de 1987 se admite con naturalidad “la impugnación (ante la jurisdicción contencioso-administrativa) de los actos que se presentan como simple vía de hecho”.

Esta concepción amplia del objeto del recurso contencioso-administrativo es también acogida por la STC 160/1991, señalando que hay actos tácitos, esto es, conductas o comportamientos de la Administración que revelan concluyentemente una decisión administrativa previa y que se dan, sobre todo, en las actuaciones que llevan aparejada el uso de la fuerza y la coacción.

b) Debe corregirse la actual regulación del proceso contencioso-administrativo para hacerlo eficaz frente a la mera inactividad administrativa, suprimiendo la necesidad del acto previo e instrumentando medidas cautelares adecuadas para evitar los perjuicios que de ella puedan derivarse.

Incluso en supuestos de actos presuntos con efectos positivos, según el artº. 43 LRJ y PAC puede resultar necesaria una ulterior actuación material por parte de la Administración que, en caso de no producirse, debe dar lugar a un posible recurso contencioso-administrativo.

Por su parte, la STC 180/1991 eleva a principio general el que la Administración no puede verse beneficiada por el incumplimiento de su obligación de resolver.

5. En cuanto a la necesidad de agotar la vía administrativa y la interposición de recurso administrativo, como requisito para acudir al

proceso contencioso, parece que la LRJ y PAC ha efectuado ya una opción que no resulta la más satisfactoria.

De acuerdo con el artº. 37 LJCA es necesario haber agotado la vía administrativa para acceder al contencioso, y el artº. 109 LRJ y PAC señala los actos que ponen fin a la vía administrativa. Y, si bien es cierto que, según las SSTC 21 y 22/1986 no es contrario al artº. 24 CE la existencia de una vía administrativa previa como requisito procesal para el acceso a la vía judicial, la técnica seguida es defectuosa.

A. Se suprime el recurso de reposición, cuando la doctrina mayoritaria defendía su conservación con carácter potestativo para el interesado.

B. Establece como regla general la obligatoriedad del recurso administrativo ordinario cuando el órgano que resuelve tiene un superior jerárquico, con lo que el interesado verá normalmente retrasada por tres meses la posibilidad de acudir al recurso contencioso (arts. 107.1 y 117 LRJ y PAC).

C. Resuelve, sin embargo, las dudas suscitadas entorno a la recurribilidad en vía administrativa de los reglamentos, estableciendo en el artº. 107.3 que no cabrá contra las disposiciones generales recurso en dicha vía.

6. La actual regulación del procedimiento responde a criterios de sencillez en la tramitación y de respeto a las garantías de defensa. Es ciertamente simplificado y el Tribunal tiene amplios poderes de impulso y decisión.

La lentitud y la quiebra del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (artº. 24.2 CE) se produce, más bien, por los tiempos que median entre las actuaciones sin que se adopte decisión alguna.

De acuerdo con la doctrina del TC y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) los criterios a tener en cuenta para determinar si se ha vulnerado el mencionado derecho fundamental son: “la complejidad del litigio, la conducta de los litigantes y de las autoridades y las consecuencias que del litigio presuntamente demorado se siguen para aquellos”.

En líneas generales, modificado ya el emplazamiento de demandados y coadyuvantes, parece adecuada la regulación del procedimiento, aunque debieran establecerse mecanismos para corregir las demoras indebi-

das, como los ordinarios retrasos en el envío de los expedientes administrativos, para los que resulta ineficaz la multa coercitiva prevista para la observancia del correspondiente requerimiento.

7. Los artículos 103 y ss. LJCA regulaban la ejecución de sentencias partiendo de que tal ejecución era competencia de la Administración aunque el Tribunal sentenciador, mientras no constase en autos la total ejecución o efectividad de las indemnizaciones señaladas, debía adoptar a instancia de parte, cuantas medidas fueran adecuadas para promoverla y activarla. Incluso, sin perjuicio de ello, la deducción del tanto de culpa que correspondiera por delito de desobediencia para su remisión el Tribunal competente (artº. 110 LJCA).

Al promulgarse la Constitución se planteó la cuestión de si tal regulación era compatible con los arts. 24 y 117.3 CE.

El TC entendió, desde la STC 32/1982, que la ejecución de la sentencia o de lo fallado por los Tribunales forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, pero considera también que el sistema de la LJCA era susceptible de una interpretación conforme a la Constitución, lo que excluía su derogación.

Según la STC 26/1983, la naturaleza de la Administración impide la adopción por el órgano jurisdiccional de medidas de coacción a las que podría recurrir si se tratase de simples ciudadanos, pero los privilegios que protegen a la Administración no la sitúan fuera del ordenamiento, ni la eximen de cumplir lo mandado en los fallos judiciales, ni priva a los jueces y Tribunales de medios eficaces para obligar a los titulares de los órganos administrativos a llevar a cabo las actuaciones necesarias para ellos.

A. Los pronunciamientos del TC pueden resumirse en los siguientes términos:

a) La ejecución de las sentencias y resoluciones firmes corresponde a los titulares de la potestad jurisdiccional “haciendo ejecutar lo juzgado”, esto es a los Tribunales, según las normas de competencia y procedimiento. El artº. 103 LJCA no atribuye al órgano que hubiera dictado el acto o disposición objeto del recurso una potestad para la ejecución

de las sentencias, sino un deber, y el derecho a la ejecución no puede verse desligado del tiempo en que se obtiene (STC 67/1984).

La Administración no actúa en la ejecución como titular de tal potestad, sino en cumplimiento de un deber de colaboración en la ejecución de lo resuelto, según dispone el artº. 118 CE.

b) La titularidad de la potestad de ejecución que establece el artº. 117.3 CE hace que la responsabilidad última de la materialización del fallo recaiga sobre el Tribunal, quien ha de adoptar las medidas pertinentes a tal fin.

Ni siquiera compete al TC precisar las decisiones y medidas oportunas que, en cada caso, hayan de adoptarse en el ejercicio de dicha potestad jurisdiccional ejecutiva, aunque sí le corresponde corregir y reparar las eventuales lesiones del derecho a la tutela judicial efectiva que tenga su origen en el apartamiento, sin causa justificada, de lo establecido en el fallo o en la pasividad o abstención de los órganos judiciales en la adopción de las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de sus fallos.

c) Son exigibles, en primer lugar, las medidas que, conforme al artº. 110 LJCA, deben tender a que se produzca inicialmente la actuación administrativa. Pero también lo son cuantas medidas sean necesarias, de acuerdo con las leyes, para impedir lo que el Tribunal supremo ha denominado expresivamente como “la insinceridad de la desobediencia disimulada” por parte del órgano administrativo, que se traduce en un cumplimiento defectuoso, puramente aparente, o en formas de inejecución indirecta.

d) En el trámite de ejecución de la sentencia pueden plantearse y, en su caso, deben resolverse los problemas relativos a una ejecución simulada o fraudulenta del fallo judicial, en la medida en que impliquen un incumplimiento efectivo de lo sentenciado, pues repele a la efectividad de la tutela judicial que mediante actuaciones de aquella naturaleza, pueda imponerse sucesiva e indefinidamente al administrado la carga de promover nuevas acciones o recursos para obtener la satisfacción completa de sus derechos e intereses reconocidos por sentencia firme. Si bien no puede pretenderse en incidente de ejecución que se resuelvan cuestiones no abordadas ni decididas en el fallo (STC 125/1987).

e) Según las SSTC 67/1984 y 109/84, el legislador puede establecer, sin afectar al contenido esencial del derecho, los supuestos en que la identidad del fallo se puede sustituir por una indemnización.

Cuando la ejecución resulte física o jurídicamente imposible no cabe exigir tal ejecución, sin perjuicio de las responsabilidades en que hayan podido incurrir los que hayan causado esa imposibilidad. En este supuesto la imposibilidad debe ser declarada expresamente en resolución motivada por el Tribunal competente (artº. 107 LJCA) que fijará, en todo caso, la indemnización procedente en aquello en que la sentencia no pueda ser objeto de cumplimiento pleno (artº. 18.2 LOPJ).

f) Los supuestos en los que el Consejo de Ministros puede decretar la suspensión o inejecución de la sentencia, conforme a los arts. 105 LJCA y 18.2 LOPJ, son controlables por los Tribunales.

B. Las medidas a adoptar por el Tribunal para la ejecución de sentencias resultan demasiado inespecíficas en los arts. 103 y ss LJCA y su integración con lo dispuesto en la LEC, conforme a la DA 6ª LJCA, no resulta satisfactoria.

Basándose en tales artículos, se pueden distinguir tres fases:

a) En los dos primeros meses desde la recepción de la sentencia, el órgano administrativo debe adoptar las medidas necesarias para la ejecución del fallo (artº. 105.1.a), incluso la iniciación de la tramitación del oportuno crédito presupuestario (artº. 44.3 TRLGP).

El transcurso de dicho plazo sin adoptar las medidas necesarias para la ejecución del fallo origina responsabilidad, que puede ser civil o penal (artº. 109).

b) En los seis meses siguientes a la recepción del testimonio de la sentencia o desde la fijación de la indemnización (artº. 110.2 LJCA) debe ejecutarse aquella o satisfacer ésta.

c) Transcurridos esos seis meses sin que la Administración lo haya hecho, el Tribunal de acuerdo con el artº. 110 LJCA, está obligado a deducir el tanto de culpa que correspondiere por delito de desobediencia.

En la futura regulación, además de una posible reducción de los indicados plazos, deberían contemplarse previsiones concretas de actua-

ciones del Tribunal para la ejecución del fallo, según el contenido de éste. En este sentido podrían contemplarse:

- Inscripción de la anulación del acto en todos los registros públicos a que hubiera tenido acceso el acto anulado.

- Publicación de la anulación de disposiciones generales.

- Cuando la ejecución comportase una determinada actividad, la ejecución por el Juez o Tribunal a través de sus propios medios o, en su caso, mediante la colaboración directa de autoridades y agentes de la Administración condena o de otras Administraciones públicas.

- Imposición de multas coercitivas, sin perjuicio de otras responsabilidades patrimoniales o de naturaleza penal.

- Especialmente importantes son los problemas que suscitan la condena a la Administración al pago de cantidad, derivados fundamentalmente:

- Inembargabilidad de caudales públicos (artº. 44 TRLGP y 154.2 LHL).

- El principio de legalidad presupuestaria que, según la STC 107/1992, permite que el legislador, con fundamento objetivo y razonable, pueda impedir que la potestad de ejecución forzosa se dirija contra determinados bienes (continuidad de los servicios públicos), y que, conforme a la STC 61/1984, el pago se supedita a determinados requisitos exigidos por las normas legales que regulan las finanzas públicas y ordenan el gasto público.

Para atender a tales condenas pecuniarias, una de las posibles soluciones sería la consignación en los presupuestos de todas las Administraciones Públicas de créditos suficientes. Y si fuere preciso un crédito extraordinario o suplemento de crédito, el establecimiento de la obligación de iniciar su tramitación en un plazo determinado.

En todo caso, cuando la resolución condene al pago de una cantidad líquida, ésta devengaría a favor del acreedor un interés anual igual al interés legal incrementando en determinados puntos, desde la sentencia de primera instancia, salvo que ésta fuera revocada en virtud de recurso interpuesto.

8. Las medidas cautelares constituyen otra de las materias necesitadas de urgente reforma, ante la insuficiencia de las previsiones contenidas en los arts. 122 y ss LJCA.

A. La única medida contemplada en dichos preceptos es la suspensión de la ejecución del acto o disposición objeto del recurso cuando la ejecución pueda ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil.

La jurisprudencia más reciente ha flexibilizado la aplicación de la suspensión, basándose en los siguientes criterios:

a) Necesidad de ponderación suficientemente razonada entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que se causa al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido, como señala la E. de M., apartado V 7 de la LJCA y, actualmente, el artº. 111.2 LRJ y PAC (ATC 3 de enero de 1991).

b) El artº. 122 LJCA incorpora conceptos jurídicos indeterminados similares a los que se utilizan en Francia (*prejudice grave et irreparable*) e Italia (*damno grave e irreparable*). Su aplicación requiere un análisis circunstancial en cada caso de los efectos de la ejecución del acto desde la perspectiva de la reversibilidad de la situación que puede provocar. Pero, con carácter general, la jurisprudencia utiliza los siguientes criterios:

1º. La existencia del derecho y la seriedad de su fundamentación basta que aparezcan como probables (*fumus bonis iuris*). Pero la indagación y comprobación de la certeza del daño y el carácter de su irreversibilidad o dificultad de su reversibilidad en el supuesto de que se ejecute el acto requiere la aportación de algún medio de prueba por parte del recurrente. Como regla general, no basta, por tanto, con la mera alegación del daño irreversible o de difícil reparación.

2º. El que el daño sea económicamente valorable no excluye necesariamente la suspensión, sino que procederá esta medida cautelar cuando la evaluación sea difícil o resulte más gravosa la reparación que la no ejecución.

En el ámbito económico-administrativo, los arts. 80 y 81 del Reglamento establecen que la suspensión de la ejecución se produce a instancia del interesado si en el momento de interponer la reclamación se garantiza, en la forma

reglamentariamente determinada, el importe de la deuda tributaria, previsión que puede ser trasladable también a la vía contencioso-administrativa.

B. En cualquier caso, como se ha dicho, resulta insuficiente la suspensión prevista en los arts. 122 y ss LJCA para atender a las necesidades de la tutela judicial cautelar, especialmente en los supuestos de actos negativos o ante la mera inactividad de la Administración.

a) Ante esta circunstancia, la doctrina ha propuesto la aplicación al proceso administrativo de otras medidas cautelares, como las previstas en el artº. 1428 LEC. El Juez dispondría de un amplísimo margen de decisión, ya que el único límite consiste en la necesidad de la medida. Serían posibles tanto las de carácter conservativo como innovativo.

b) La legislación sectorial ha previsto determinadas medidas cautelares, como por ejemplo el artº. 13 de la Ley de Costas que autoriza a los titulares inscritos en el Registro de la Propiedad y afectados por un deslinde para ejercitar las acciones pertinentes en defensa de sus derechos “siendo susceptible de anotación preventiva la correspondiente reclamación judicial”.

También en la legislación urbanística, el artº. 307.6 del TRL Suelo establece que es inscribible en el Registro de la Propiedad la interposición del recurso contencioso-administrativo que pretenda la anulación de instrumentos de planeamiento, de ejecución del mismo o de licencias, mediante la anotación preventiva.

En otros supuestos en que, sin estar prevista, resultaría también razonable la anotación preventiva la jurisprudencia contencioso-administrativa ha sido reticente a su admisión.

C. La nueva regulación del proceso contencioso-administrativo debe contemplar expresamente las medidas cautelares, teniendo en cuenta la amplitud con que son previstas en el Derecho comparado. Así:

a) En el Derecho alemán se establecen las órdenes provisionales que pueden dictarse cuando exista peligro de que un cambio de las circunstancias presentes pueda malograr o dificultar sustancialmente el derecho del interesado, y cuando sea necesario una regulación provisional para prevenir perjuicios sustantivos, evitar daños o por otras razones.

b) En el Derecho francés, el *référé* administrativo que consiste en un procedimiento por el que el presidente del Tribunal administrativo o de apelación, o el magistrado en quien cualquiera de ellos delegue, adopta, a petición del interesado, cualquier medida útil en caso de urgencia, siempre sin prejuzgar el fondo del asunto y sin que ello pueda ser obstáculo a la ejecución de una decisión administrativa, no siendo necesario que ésta exista, pero sí la existencia de un litigio actual.

La futura Ley debe contemplar la suspensión de la eficacia del acto impugnado en cualquier estado del proceso, previa valoración de los intereses en conflicto: cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición puedan hacer perder al recurso su legítima finalidad o cuando la ejecución pueda causar al recurrente perjuicios de imposible o difícil reparación.

Pero, además, deben contemplarse otras medidas cautelares cuando como consecuencia de la inactividad o vías de hecho de la Administración Pública resulte afectada la integridad de bienes, derechos o intereses legítimos. En estos casos debería establecerse la posibilidad de adoptar las medidas provisionales que fueran indispensables y adecuadas para preservar aquéllos y asegurar la efectividad de la sentencia que, en su caso, ponga fin el recurso.



UNED MELILLA

