Circular 1/2001, de 5 de abril de 2001, Incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles.

I. INTRODUCCIÓN

La entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), aprobada por la LO 1/2000, de 7 de enero, representa un hecho legislativo de singular trascendencia. La circunstancia de que el texto legal al que aquélla reemplaza haya extendido su vigencia durante más de ciento veinte años, es bien indicativa de la importancia del cambio legislativo llevado a cabo.

El Ministerio Fiscal no puede permanecer ajeno a una nueva orientación en el orden jurisdiccional civil que afecta muy de cerca a su ámbito funcional cotidiano. La experiencia indica que la presencia del Fiscal en el proceso civil dista mucho de ser una dedicación marginal y carente de relevancia. No lo es ahora ni lo ha sido en la evolución histórica de la institución. Baste recordar, al margen de otros precedentes históricos remotos, que el Reglamento Provisional para la Administración de Justicia del año 1835 adscribió a los Juzgados de Primera Instancia funcionarios fiscales a los que llamó -con expresión que se mantuvo durante más de un siglo en la versión ya derogada de la LEC- promotores fiscales. Señalaba entonces el art. 104.4 del citado Reglamento que los Fiscales, en el ámbito de la jurisdicción civil, estaban «...particularmente obligados, bajo su más estrecha responsabilidad, a promover con toda actividad las demandas pendientes y entablar de nuevo eficacísimamente todas las que correspondan sobre las fincas, rentas y derechos que deban incorporarse o revertir a la Corona».

La afirmación de que en el proceso civil únicamente se ventilan derechos inter privatos sólo puede considerarse parcialmente cierta, siendo fruto más de una inercia analítica que de una verdadera realidad. El objeto de los procesos relativos a la capacidad, a la filiación y -en fin- aquellos procesos matrimoniales en los que están en juego los intereses de menores de edad o incapaces, son sólo algunos de los ejemplos de controversias jurisdiccionales impregnadas de un claro significado público que, como tal, trasciende al particular interés de los litigantes y reclama una atención por parte de quien, en el ámbito de la administración de justicia, ha de velar por la defensa de los intereses públicos tutelados por la ley. A ello habría que añadir que el significado constitucional de toda actividad jurisdiccional y su incidencia sobre el círculo de derechos fundamentales de la persona, convierte el proceso civil en algo más que el marco de una controversia privada, superando concepciones adjetivas que ya han quedado para la historia.

Admitida que la intervención del Fiscal en el orden jurisdiccional civil es una necesidad impuesta, no ya por razones históricas, sino por la propia delimitación constitucional de sus funciones, resulta entendible que la definición de aquellos casos en que el Fiscal ha de intervenir en el proceso civil no resulte especialmente fácil. La defensa de la legalidad, entendida ésta en un sentido estático, llevaría a una inaceptable omnipresencia del Fiscal en todos los conflictos que surgieran en el orden civil, con independencia de su objeto. Y es que, como se ha dicho con acierto, en toda controversia jurisdiccional la legalidad se halla siempre cuestionada.

Ciertamente, la delimitación de los procesos o de los actos procesales en los que la presencia del Fiscal -en cuanto defensor constitucional de los intereses públicos- deba estar garantizada, ha de ser el fruto de una decisión legislativa. Es entendible que esa presencia no pueda hacerse depender de la propia iniciativa institucional del Fiscal o de la mayor o menor dedicación con la que asuma el ejercicio de sus deberes legales. Sólo al legislador incumbe decidir acerca de cuándo aquella intervención es procedente y necesaria, siendo la definición de su marco jurídico uno de los puntos a los que la ley ha de dar respuesta.

Desde este punto de vista y con sensibles modificaciones respecto de la regulación anterior, la LEC sigue considerando determinados procesos como controversias jurisdiccionales en las que su objeto trasciende al interés particular de las partes litigantes. Así, atribuye al Fiscal la condición de parte en todos los procesos sobre incapacitación, nulidad matrimonial e impugnación de la filiación (art. 749.1) debiendo intervenir, con carácter general, en todos los que se refieran a la capacidad, filiación, matrimonio y menores, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento fuera menor, incapacitado o estuviera en situación de ausencia legal (art. 749.2).

En los procesos relativos a la capacidad de las personas, la legitimación del Fiscal para instar la reintegración de la capacidad o la modificación del alcance de la incapacidad declarada (art. 761.2) y, en fin, la posibilidad legal de instar medidas cautelares (art. 762.2), representan un claro ejemplo de la facultad/deber legal del Fiscal de desempeñar un papel activo en defensa de los intereses públicos que le son encomendados. Su labor dictaminadora a la hora de acordar el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico (art. 763.3) responde a similar idea.

Al propio tiempo y con el fin de integrar la capacidad procesal del demandado, cuando se trate de una persona que no se halle en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y hasta tanto se proceda al nombramiento de un defensor judicial, el art. 8 arbitra un régimen jurídico de intervención provisoria a cargo del Fiscal, presencia que se halla íntimamente ligada a la declaración contenida en el art. 3.7 del EOMF.

Los intereses que pueden verse comprometidos en determinados procesos matrimoniales, explican la presencia del Fiscal, con distinto significado y régimen jurídico en función de los casos. En aquellos procesos de nulidad, separación y divorcio en que deba intervenir con arreglo al criterio general proclamado por los dos apartados que integran el art. 749, habrá de ser citado a la comparecencia que precede a la adopción de medidas provisionales previas (art. 771.2 y 3), ha de ser oído antes de dictar la resolución que acuerde las medidas provisionales derivadas de la admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio (art. 773.3), puede proponer prueba sobre los hechos que sean relevantes para la decisión judicial sobre medidas definitivas solicitadas (art. 774.2) y, en fin, puede solicitar la modificación de las medidas definitivas acordadas con anterioridad, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas (art. 775.1). Aun ajena al carácter de genuino proceso, también la petición de eficacia civil de las resoluciones canónicas sobre matrimonio rato y no consumado, se acomoda al procedimiento descrito en el art. 778, debiendo ser oído el Ministerio Fiscal en la audiencia que aquel precepto regula.

En el ámbito de los procesos de filiación, paternidad y maternidad, adquiere pleno sentido la regla general proclamada por el art. 749.1, comentado supra, con arreglo al cual, el

Ministerio Fiscal será siempre parte, aunque no haya sido el promotor de los mismos ni deba, conforme a la ley, asumir la defensa de alguna de las partes.

Además de la determinación de los casos en que el Fiscal ha de intervenir, la nueva LEC ha afrontado la regulación de otros aspectos que, desde época histórica, no habían podido sustraerse a la controversia. Su condición de parte (art. 6.1.6º), el régimen jurídico de las costas cuando el Fiscal ve rechazadas sus pretensiones (art. 394.4), la notificación de los actos de comunicación al Fiscal (art. 151.2) o la restricción de los supuestos en los que ha de dictaminar en materia de competencia (arts. 36 y ss.), son sólo algunos de los temas a los que el nuevo texto legal se extiende y que van a exigir un comentario individualizado infra.

Tampoco se ha sentido la LEC encadenada al entendimiento clásico de la intervención del Fiscal en algunas otras materias. Así, ha optado por derogar su tradicional presencia en el trámite de admisión en el recurso de casación. Paralelamente, se le reconoce al Fiscal legitimación para recurrir en interés de ley (art. 491) y se mantiene la necesidad de informe acerca de si ha lugar o no a la estimación de la demanda para el caso en que se formule recurso de revisión (art. 514.3).

En materia de jurisdicción voluntaria, pocas cuestiones van experimentar cambio. El criterio de la LEC -inobjetable desde el punto de vista técnico- de incluir en su ámbito tan sólo la regulación del genuino proceso jurisdiccional, ha provocado la prolongación de la vigencia del Libro III de la LEC. La Disposición Final decimoctava anuncia la futura remisión por el Gobierno a las Cortes Generales de un proyecto de ley sobre jurisdicción voluntaria. Hasta tanto ese anuncio se haga realidad, los Fiscales seguirán siendo oídos «... cuando la solicitud promovida afecte a los intereses públicos y cuando se refiera a persona o cosa cuya protección o defensa competan a la autoridad» al disponerlo así el art. 1815 de la LEC de 1881.

A la hora de delimitar la posición procesal del Fiscal, la LEC (separándose del criterio de la LJCA, que habla siempre de «las partes y el Ministerio Fiscal»: art. 117.2, por todos) se decanta en principio por otorgar al Fiscal la condición de parte. Así parece deducirse de su art. 6.1.6º, a cuyo tenor podrá ser parte en los procesos ante los tribunales civiles el Ministerio Fiscal. Ahora bien, un examen más detenido obliga a matizar tal afirmación. De entrada, el propio artículo citado aclara que el Ministerio Fiscal podrá ser parte «respecto a los procesos en que, conforme a la ley, haya de intervenir como parte». A contrario sensu, no tendrá la consideración de parte cuando la ley le llame a intervenir de forma diversa.

Y es que, efectivamente, la LEC prevé la intervención del Fiscal de varias maneras, según el tipo de proceso, y con consecuencias distintas. Así, su art. 101 viene a reconocer que en ocasiones el Ministerio Fiscal podrá intervenir en el proceso, y en otras deberá hacerlo. Unas veces se requiere tan solo la audiencia (art. 38) o el informe del Fiscal (art. 514.3). En tales casos, no resulta adecuado hablar del Ministerio Fiscal como parte, pues su función se limita a la de un mero órgano dictaminador. En algunos supuestos tal dictamen resulta preceptivo («en todo caso, el Ministerio Fiscal deberá informar sobre la revisión antes de que se dicte sentencia»: art. 414.3), mientras que en otros la ley le otorga meramente la oportunidad de ser oído (art. 109.3).

Con frecuencia la LEC afirma tajantemente que el Fiscal será siempre parte en determinadas actuaciones (art. 232, para la reconstrucción de autos judiciales; art. 249.1.2º, en las

demandas de tutela judicial de derechos fundamentales; art. 749.1, en los procesos sobre incapacitación, en los de nulidad matrimonial y en los de determinación e impugnación de la filiación). Otras veces exige tan solo su intervención preceptiva (art. 749.2, en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, siempre que alguno de los interesados sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal). Sin embargo, ninguna diferencia esencial debe apreciarse en cuanto a la posición procesal del Ministerio Fiscal cuando actúa como parte o cuando interviene preceptivamente. Por tanto, las dos situaciones fundamentales en previstas en la LEC para el Fiscal son la de parte y la de órgano dictaminador.

Ahora bien, incluso cuando actúa como parte, hay que efectuar algunas precisiones. No debe caber duda de que el Fiscal puede ser demandante, en los casos en que sea él quien promueva el proceso (en ocasiones, incluso preceptivamente, como el caso del art. 757.2). Sin embargo, no cabe hablar del Fiscal como demandado en sentido propio. Así se deduce del tenor literal del art. 5.2: «las pretensiones... se formularán... frente a los sujetos a quienes haya de afectar la decisión pretendida», situación en la que nunca se encuentra el Ministerio Público.

Cuando no actúa como demandante, el Fiscal puede ser parte, con todos los derechos, obligaciones y cargas que ello supone, pero se constituirá como parte sui generis, habida cuenta que su intervención se debe ex Constitutione a la defensa de la legalidad y del interés público. La propia LEC viene a aceptar tal peculiar situación procesal al afirmar que «en ningún caso se impondrán las costas al Ministerio Fiscal en los procesos en que intervenga como parte» (art. 394.4).

Aunque el legislador no ha extraído expresamente todas las consecuencias que hubieran sido convenientes a tan singular posición, como la necesidad de que el traslado de la demanda no se efectúe simultánea sino sucesivamente con el demandado, tampoco lo prohibe. Es más, al regular el juicio ordinario, el art. 404 señala expresamente que el tribunal dará traslado de la demanda «al demandado, para que conteste en el plazo de veinte días». Dado que el Ministerio Fiscal se rige por el principio de imparcialidad (art. 124 de la norma suprema), difícilmente podrá cumplir su misión constitucional si se ve obligado a fijar su posición con conocimiento exclusivo de las pruebas y alegaciones del demandante y no del demandado, sobre todo en procesos civiles en que rige (aunque sea matizadamente) el principio de rogación y de aportación de parte (art. 216).

Por ello, y de conformidad con su posición de «parte imparcial» reconocida por el propio Tribunal Constitucional (por todos, ATC 63/1997, de 6 de marzo, F.J. 3º), los Sres. Fiscales pondrán los medios oportunos para intentar que su contestación a la demanda se efectúe previo conocimiento de la postura del demandado. En caso de que se les haya conferido un traslado de la demanda simultáneo con el demandado, se limitarán a abordar las cuestiones procesales (art. 405.1 y 3) y a admitir únicamente los hechos aducidos por el actor que resulten acreditados por la prueba propuesta (art. 405.2), solicitando (dentro del plazo otorgado) un nuevo traslado para dictaminar conjuntamente sobre la demanda y la contestación. En caso de que no les sea conferido, fijarán su posición definitiva en cuando al fondo en la comparecencia o vista posterior.

II. LA INTERVENCIÓN DEL FISCAL EN LAS REGLAS PARA DETERMINAR LA COMPETENCIA

El respeto a las reglas que definen el ámbito competencial de cada órgano jurisdiccional, constituye un presupuesto obligado para la vigencia del derecho constitucional al juez predeterminado por la ley. Al Fiscal ha incumbido, conforme a una tradición ya histórica en nuestro sistema jurídico, la vigilancia de las normas que delimitan esa competencia.

El propósito de simplificación informa buena parte de los preceptos que la nueva ley dedica ahora a la regulación de la materia. Pocas cuestiones como ésta se hallaban tan necesitadas de una superación de viejos esquemas jurídicos de añejo sabor burocrático. La propia Exposición de Motivos recuerda la importancia de hacer frente a «... una desordenada e inarmónica regulación, en la que declinatoria, inhibitoria y excepción se mezclaban y frecuentemente se confundían...»

Ese elogiable propósito legislativo parece, sin embargo, haberse llevado hasta el extremo de prescindir de la intervención del Fiscal en aquellos casos en que la duda competencial no surge de oficio, sino que se promueve a instancia de parte.

La LEC ha querido regular la materia de la intervención del Fiscal en la determinación de la jurisdicción y la competencia de acuerdo con un criterio no coincidente con la situación que existía al amparo de la vieja LEC. Conforme a las normas ahora vigentes, el Fiscal ha de dictaminar en los siguientes casos: a) cuando por el Juez o Tribunal se advierta de oficio falta de competencia internacional o falta de jurisdicción, por pertenecer el asunto a otro orden jurisdiccional de la jurisdicción ordinaria, al orden jurisdiccional militar, a una Administración pública o al Tribunal de Cuentas (arts. 37 y 38); b) cuando el Juez o Tribunal cuestionen de oficio su propia competencia objetiva, tanto si se trata del órgano judicial que está conociendo del asunto, como si la duda le surge al tribunal ante el que se esté conociendo en segunda instancia o en trámite de recurso extraordinario por infracción procesal o de casación, cuando entiendan que el tribunal ante el que se siguió la primera instancia carecía de competencia objetiva (art. 48); c) cuando el Juez o Tribunal, una vez presentada la demanda, advierta la posible falta de competencia territorial, siempre que ésta venga determinada conforme a normas de carácter imperativo (art. 58).

La lectura combinada de esos preceptos con aquellos otros que se ocupan de regular el examen de la jurisdicción y competencia a instancia de parte, autorizaría un entendimiento con arreglo al cual esa intervención del Fiscal sólo sería preceptiva en aquellos casos en que la falta de competencia internacional o de jurisdicción fuera apreciable de oficio, mas no cuando se promoviera a instancia de parte (art. 39). Tampoco cuando la competencia objetiva fuera cuestionada por las partes (art. 49), cuando la competencia territorial fuera fijada por normas no imperativas, cuando la posible falta de competencia territorial no fuera advertida de oficio sino por iniciativa de cualquiera de los litigantes (arts. 59) y cuando el órgano jurisdiccional advirtiera falta de competencia funcional (art. 62).

En los supuestos en que la falta de jurisdicción o competencia se promueva a instancia de parte, el debate sobre la concurrencia de aquellos presupuestos procesales habrá de ajustarse a las normas fijadas para la regulación de la declinatoria (arts. 39, 49, 59). Ello supone una remisión a lo previsto en los arts. 63 y ss. de la LEC que, si bien se miran, no contemplan la intervención del Fiscal, en marcado contraste con el protagonismo que le

concedían a tal efecto los derogados arts. 85 y concordantes de la anterior LEC. Surge la duda, en fin, acerca de si en todos aquellos casos en que el texto legal remite al trámite de la declinatoria el Fiscal ha de ser o no oído. Es cierto que los arts. 63 a 65, cuando definen el régimen jurídico al que se ajusta la declinatoria, no contemplan un trámite específico de audiencia del Fiscal, a diferencia de lo que sí hace la propia ley en otros pasajes -ya comentados supra- y en los que la idea de una intervención del Fiscal está fuera de cuestión.

A la hora de plantearse el papel del Fiscal en las cuestiones de competencia planteadas a instancia de parte, conviene tener presente que la LEC no prevé esa intervención, pero tampoco la excluye expresamente. Carecería de sentido práctico transmitir a los Sres. Fiscales una idea de necesariedad de la intervención del Fiscal a toda costa, en cuantas declinatorias pudieran promoverse en el futuro por los litigantes, pues el conocimiento por el Ministerio Fiscal de la existencia misma de la declinatoria estará siempre condicionado por el hecho de que el propio Juez o Tribunal le dé traslado de la solicitud. Es previsible que en este punto, como en tantos otros, surjan interpretaciones dispersas que se traduzcan en una petición de informe o en la inexigencia de éste, en función del criterio que se suscriba acerca del papel del Fiscal en esta materia. Los Sres. Fiscales, en cualquier caso, emitirán el dictamen sobre competencia siempre que les fuera requerido, buscando para ello la necesaria uniformidad, tanto en su contenido, como en su procedencia, haciendo valer, si preciso fuera, los recursos autorizados por la ley para disipar dudas que afecten de un modo tan directo a un espacio funcional histórico.

III. RÉGIMEN DE COMUNICACIONES AL MINISTERIO FISCAL

Lo regula el art. 151.2, que señala que los actos de comunicación dirigidos al Ministerio Fiscal -así como a la Abogacía del Estado y los que se realicen a través de los servicios de notificaciones organizados por los Colegios de Procuradores- se tendrán por realizados el día siguiente a la fecha de recepción que conste en la diligencia.

Comoquiera que los plazos procesales comienzan a correr desde el día siguiente a aquél en que se hubiere efectuado el acto de comunicación del que la Ley haga depender el inicio del plazo -art. 133.1 LEC-, el día inicial del cómputo de los plazos procesales será el segundo día hábil posterior a la fecha de recepción que conste en la diligencia, pues la comunicación se entenderá producida, no en la fecha misma de recepción de la diligencia, sino en el siguiente día hábil.

A este respecto, se ha de entender que la recepción se produce cuando la diligencia de comunicación es sellada de entrada en la Fiscalía por funcionario autorizado, en congruencia con el criterio fijado en la Consulta 3/1994, de 29 de noviembre, en relación con la recepción de resoluciones y testimonios por vía postal.

La LEC también autoriza el uso de medios electrónicos, telemáticos, infotelecomunicaciones o de otra clase semejante, cuando permitan el envío y la recepción de escritos y documentos, de forma tal que esté garantizada la autenticidad de la comunicación y de su contenido y quede constancia fehaciente de la remisión y recepción íntegras y del momento en que se hicieron (art. 162.1).

Tan pronto dispongan las Fiscalías de tales medios, se habrá de extender y generalizar su uso en beneficio de una justicia ágil y eficaz. La fecha de recepción efectiva de la comunicación, debidamente registrada por el medio técnico empleado para su verificación, determinará el día en que se entienda producida la comunicación y el cómputo del plazo principiará en estos casos en el siguiente día hábil.

IV. DOCUMENTACIÓN DE LAS ACTUACIONES PROCESALES

La LEC ha establecido importantes novedades en la forma de documentar las actuaciones procesales, a fin de acoger aquellas innovaciones técnicas que permitan una mayor facilidad en la recogida de los datos y circunstancias acaecidos en el acto que se documenta, así como un más completo y exhaustivo conocimiento de los pormenores de la actuación procesal documentada.

Con carácter general dispone el art. 146.1 LEC que las actuaciones procesales que no consistan en escritos y documentos se documentarán por medio de actas, diligencias y notas. Cuando la Ley disponga que se levante acta, en la misma se recogerá, con la necesaria extensión y detalle, todo lo actuado (art. 146.2).

Ahora bien, la LEC, frente a la solución anterior de documentación por medio de acta escrita, ha previsto que determinadas actuaciones -vistas y comparecencias- se registren en soporte que permita la grabación y reproducción. En este sentido, el art. 147 establece que «las actuaciones orales en vistas y comparecencias se registrarán en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen». Dicho precepto atribuye al Secretario Judicial la misión de dar fe de la grabación, así como la custodia de las cintas, discos o dispositivos en que la grabación se hubiere llevado a cabo.

En relación con las vistas, el art. 187 LEC complementa dicha regulación disponiendo que el desarrollo de las vistas se documentará en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, o -si no fuera posible- sólo del sonido, en cuyo caso los Tribunales podrán acordar que se una la transcripción escrita de lo grabado.

La propia finalidad que se persigue con la documentación de las actuaciones procesales explica que el art. 147 disponga que las partes puedan pedir, a su costa, copia de las grabaciones originales.

El art. 187.3 LEC establece una previsión para el supuesto en que, «por cualquier causa» los medios de reproducción y grabación no pudieren ser utilizados en la documentación de la vista. En tales casos, ésta se documentará por medio de acta realizada por el Secretario Judicial. Ello será así, desde luego, en tanto no se cumplan completamente las previsiones de dotación de medios materiales que recoge la Disposición Adicional 3ª de la LEC.

La solución acogida por la Ley es, por tanto, la de que las comparecencias y vistas sean documentadas por medio de grabación del sonido y de la imagen. En caso de imposibilidad se permite la grabación únicamente del sonido y la unión de la transcripción escrita de lo grabado. Solo supletoriamente, por último, cuando por cualquier causa no fuere posible el

empleo de tales medios técnicos, es posible acudir (art.187.3) a la documentación por medio de acta levantada por el Secretario Judicial. No es, pues, optativa o alternativa la forma de documentación de las actuaciones procesales. El tenor literal de los preceptos de la LEC abona esta conclusión: el art. 147 señala que las actuaciones orales en vistas y comparecencias «se registrarán en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen» y, por su parte, el art. 146.2 emplea igualmente términos imperativos al disponer que «cuando se trate de actuaciones que, conforme a esta Ley, hayan de registrarse en soporte apto para la grabación y reproducción...».

Se ha diseñado pues en la LEC un sistema de documentación de los actos procesales más ambicioso y perfecto que el que hasta ahora había venido siendo empleado. Es más, por virtud del art. 4 LEC, no parece que exista inconveniente alguno en que tales innovaciones tecnológicas puedan ser extensibles a otras jurisdicciones -lo que, por otra parte, no es algo completamente nuevo, habiéndose empleado en el orden jurisdiccional penal medios similares con anterioridad en la documentación de juicios orales-. Sin embargo, la introducción de tales tecnologías puede plantear problemas derivados de la negativa de las partes o de intervinientes en el proceso a ser objeto de filmación o de grabación.

En los primeros momentos de andadura de la LEC se ha planteado la cuestión de los límites de tan novedosa forma de documentación, habida cuenta de la negativa expresada por representantes legales de menores a que éstos sean grabados en sus intervenciones procesales en vistas y comparecencias en procesos generalmente relativos al estado civil (matrimoniales, de filiación, etc.). Así las cosas, ante el silencio de la LEC acerca de las posibles causas de limitación de la grabación de la imagen y sonido como forma de documentación, se hace preciso indagar acerca de las posibilidades de tal limitación.

No resulta difícil comprender las razones que, en determinados supuestos -no sólo respecto de menores sino también cuando el protagonista de la intervención procesal fuere una persona mayor de edad- pueden llevar a expresar la negativa a ser filmado o grabado. Resulta indudable que la grabación de la intervención de una persona en actos procesales en los que están en juego derechos personalísimos, generalmente de orden familiar, puede suponer una mayor injerencia en su esfera de lo que representa la documentación tradicional por medio de acta escrita. Cierto es que las partes han de hacer un uso adecuado, y limitado a los fines procesales, de las copias que se les expidan; pero, aun así, la constancia de un testimonio gráfico de esas características, aun cuando logre mantenerse dentro del seno familiar, puede, en ocasiones, representar un elemento contrario a los intereses de una persona, máxime si es menor de edad.

Debe admitirse la posibilidad de acudir, cuando existan razones que así lo aconsejen, a la documentación de actuaciones por medio de acta y no por medio de grabación. Varias son las razones que abonan dicha postura.

De una parte, la propia LEC en su art. 187.2 ha previsto que se acuda a la documentación por medio de acta escrita levantada por el Secretario Judicial cuando los medios técnicos de registro no pudieren utilizarse «por cualquier causa». De hecho, en tanto no se cumplan las previsiones materiales recogidas en la Disposición Adicional 3ª la documentación se efectuará por medio de acta, y no por ello los actos procesales así documentados van a tener distintos efectos que los documentados de otro modo.

Existiendo medios materiales de grabación deberá acudirse al empleo de estos, dado que no es alternativa, como antes se expuso, la forma de documentación de los actos procesales, pero resultaría incongruente admitir que la documentación por acta es válida por el mero hecho de no contar con tales medios materiales y no admitir, por el contrario, que la documentación por acta sea también válida cuando concurran razones de otro orden suficientemente fundadas para excluir tal grabación.

Pese a que el art. 187.2 LEC señala «cualquier causa», sin explicitarlas, como posibilidad para acudir al acta del Secretario como forma de documentación, resulta evidente que la exclusión de la grabación no puede ser, como antes se dijo, una alternativa no precisada de justificación suficiente. Si no concurre razón excluyente válida deberá documentarse la vista o la comparecencia por medio de grabación.

Resulta indudable que entre las causas que pueden justificar la negativa a la documentación filmada de un determinado acto procesal se han de incluir todas aquellas que permiten la exclusión de la publicidad de la audiencia. Así, si la publicidad de las actuaciones -que tiene el rango de derecho fundamental en tanto que el art. 24.1 de la Constitución consagra el derecho de las partes a un proceso público- puede ser limitada, a tenor de lo dispuesto en el art. 138 LEC, por motivos de orden público, de protección de la seguridad nacional en una sociedad democrática, de salvaguarda de los intereses de los menores, de protección de la vida privada de las partes, o, en definitiva, por la concurrencia de especiales circunstancias apreciadas por el Tribunal, no debe caber duda de que, al menos, esas mismas razones deben servir para justificar que se limite la documentación del acto a la forma escrita, y ello, en tanto que la actividad de documentación, siempre que permita a las partes obtener la constancia suficiente de lo actuado para asegurar su derecho de defensa, lo cual se cumple ya sea realizada en una u otra de las formas que prevé la LEC, tiene menor rango procesal que la publicidad de los debates a que se refiere el art. 120 de la Constitución.

En defensa de los intereses de menores e incapaces, a fin de apoyar la documentación de las actuaciones por medio de acta escrita, los Sres. Fiscales deberán, además de lo expuesto, tener en consideración las siguientes previsiones legales. De una parte, el art. 158 CC que, en cualquier proceso, permite adoptar al Juez, de oficio o a instancia de parte, aquellas disposiciones que estime oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios. En este sentido la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, contiene específicas previsiones aplicables a esta cuestión en varias de sus disposiciones: el art. 2 indica que primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pueda concurrir; en el art. 9.1 -de singular importancia a estos efectos- se dispone que en los procedimientos judiciales las comparecencias de los menores se realizarán de forma adecuada a su situación y a su desarrollo evolutivo, cuidando de preservar su intimidad; en el art. 11 se señalan como principios rectores de la actuación de los poderes públicos, entre otros, el de supremacía del interés del menor y el de prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal; por último, los arts. 12 y 17 establecen que la protección del menor se realizará mediante la prevención, disminución y reparación de los factores de riesgo que incidan en la situación personal y social del menor y de su familia.

En atención a todo lo expuesto los Sres. Fiscales cuidarán de que la documentación de las actuaciones judiciales se realice siempre con pleno respeto y salvaguarda de los legítimos

derechos e intereses de las partes e intervinientes, máxime cuando se vean comprometidos menores o incapaces.

V. INTERVENCIÓN DEL FISCAL EN EL PROCEDIMIENTO PARA LA RECONSTRUCCIÓN DE AUTOS

La reconstrucción de autos venía siendo regulada en nuestro sistema por el Real Decreto de 23 de febrero de 1940 sobre reconstitución de actuaciones. Sus preceptos -también su terminología- eran herederos del momento histórico en que aquella norma fue alumbrada, obligando a paliar, en la medida de lo posible, los efectos que la guerra civil había provocado en numerosos archivos y registros públicos. Ese Decreto es objeto de derogación expresa por el apartado 20 de la Disposición Derogatoria única.

Entre las Disposiciones Generales del Libro II, el Capítulo X del Título X introduce un procedimiento de reconstrucción de autos cuya naturaleza es ajena a la predicable del genuino proceso. El examen de su objeto y los actos procesales que lo integran, aproximan su significado a un trámite de jurisdicción voluntaria. De ahí que la afirmación legal que lleva a cabo el apartado 2 del art. 232, conforme a la cual, en aquellos procedimientos «... será siempre parte el Ministerio Fiscal», no debe entenderse en su sentido más estricto, dada la ausencia, tanto de genuinas partes en ese procedimiento, como de una verdadera pretensión.

La necesidad de un comentario individualizado a la reconstrucción de autos, es obligada a la vista de su importancia práctica. Conviene tener presente que, por mandato de su art. 4, las disposiciones de la LEC se aplican con carácter supletorio, en defecto de previsión específica en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares. Es menester, pues, tomar en consideración la posibilidad de citación del Ministerio Fiscal para que dictamine en un trámite de reconstrucción de autos respecto de un proceso en el que carece de intervención.

La presencia del Fiscal, incluso en los casos en los que la necesidad de reconstrucción se produzca en relación con procesos en los que no ha sido parte, se justifica por un interés público incuestionable. De un lado, es preciso que contribuya a que la reconstrucción de los autos se ajuste, en la medida de lo posible, a la realidad preexistente, impidiendo que la falta de identidad entre lo que fueron los autos y lo que es el resultado de la reconstrucción, pueda jugar en perjuicio de cualquiera de los litigantes. A tal fin, el Fiscal acomodará su presencia en el procedimiento y el contenido mismo de su dictamen al objetivo de hacer prevalecer el derecho a un proceso con todas las garantías para todos aquellos que hayan podido verse afectados por la desaparición o mutilación.

Iniciado el procedimiento de reconstrucción, el órgano jurisdiccional en el que la desaparición o mutilación hubiera ocurrido, citará a las partes y al Ministerio Fiscal a una vista que ha de celebrarse en el plazo de 20 días. La asistencia por el Fiscal a ese trámite resulta ineludible a la vista del apartado 2 del art. 234. Su lectura pone de manifiesto que el interés público en la reconstrucción prevalece incluso sobre el interés de los litigantes, de suerte que «...la inasistencia de alguna de las partes no impedirá la prosecución de la vista con las que estén

presentes», añadiendo el mismo precepto que «...cuando no compareciera ninguna se sustanciará el trámite con el Ministerio Fiscal». Se convierte, pues, al Fiscal en depositario de ese interés que trasciende al que pueda ser propio de las partes. En tales casos, su informe habrá de perseguir que la resolución judicial que pone término al expediente sea congruente con los datos que el examen y contraste de los documentos pueda poner de manifiesto.

Comparecidas las partes, el art. 235 diversifica el régimen jurídico del procedimiento a la vista de que medie o no acuerdo entre aquéllas acerca del alcance y el estado de la reconstrucción. El sentido común sugiere que, en la generalidad de los casos, ese acuerdo entre partes representará un adecuado punto de partida para la reconstrucción. Sin embargo, el Fiscal habrá de velar para que los efectos asociados a esa convergencia de voluntades privadas, genere los efectos que son propios cuando afecten a instituciones sometidas a la libre disponibilidad de las partes. De ahí que deba reforzar su atención a fin de impedir que en determinados procesos -v. gr. relativos a la filiación o al estado civil-, el acuerdo entre las partes pueda enmascarar transacciones o componendas proscritas por la ley.

Esa finalidad no agota, sin embargo, el significado de la presencia del Ministerio Fiscal. Hay que tener presente que, en aquellos procesos en que el Fiscal haya sido parte o haya tenido cualquier otra clase de intervención, los registros y archivos de Fiscalía constituirán una valiosa referencia a la hora de cotejar documentos. De ahí que cuantas copias de resoluciones judiciales o de documentos de otro signo hayan podido incorporarse a esos registros, habrán de servir para que la reconstrucción sea lo más fidedigna posible. El ya derogado Real Decreto de 1940 era mucho más explícito en este aspecto, señalando en su art. 15 ap. 2 que «... las Fiscalías (...) facilitarán asimismo cuantos datos pudieran constar en sus libros, o en apuntes, borradores y extractos de causas hechos por funcionarios del Ministerio Fiscal».

Es indudable, por último, que en el origen de buena parte de los casos de pérdida total o parcial de los autos siempre estará presente el funcionamiento anormal de la administración de justicia. A ello se añade la no descartable concurrencia de responsabilidad penal por la posible infracción del deber de fidelidad que el derecho penal impone a todos los funcionarios públicos respecto de los papeles cuya custodia les es encomendada. De ahí que el procedimiento de reconstrucción contribuya también a indagar, a partir de los datos conocidos, las causas que expliquen la destrucción, pudiendo reclamar del Fiscal, en su caso, el ejercicio de acciones encaminadas a la exigencia de responsabilidades en el orden disciplinario o penal.

VI. INTERVENCION DEL MINISTERIO FISCAL EN PROCEDIMIENTOS SOBRE ESTADO CIVIL

La LEC no se refiere en ningún momento de un modo genérico a los procesos sobre el estado civil de las personas. Dicha categoría jurídica no ha sido empleada por la LEC ni para atribuir un cauce procesal específico y común a todos los procesos sobre estado civil, ni para fijar reglas de legitimación en este tipo de procedimientos.

Ello obliga a cuestionar la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos sobre estado civil de las personas dado que al analizar las concretas disposiciones de la LEC sobre algunos de los procesos relativos al estado civil (arts. 749 y concordantes) cabe encontrar diversas previsiones. Así, en unos casos la Ley reclama la incondicional presencia del Fiscal, en otros supuestos la somete a la concurrencia de determinadas circunstancias, en otros excluye su intervención y, por último, existen otros procesos sobre estado civil respecto de los que no existe previsión legal expresa. Es en este último supuesto donde surge la duda acerca de la necesidad de intervención del Ministerio Fiscal.

Conforme a lo expuesto, en algunos procesos sobre estado civil la LEC reclama la presencia del Fiscal sin necesidad de concurrencia de ningún tipo de circunstancias. Así, el art. 749 LEC afirma la incondicional intervención del Fiscal en los procesos sobre incapacitación, nulidad matrimonial y filiación.

En otros casos, apartado 2 del art. 749, la intervención del Fiscal se dará únicamente cuando alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal. Tal previsión alcanza, en concreto y exclusivamente, a los procedimientos de separación y divorcio. Por ello, constituyendo procesos que versan sobre el estado civil, por un lado se afirma la legitimación del Fiscal en los casos en que concurran tales circunstancias y, de otra parte, a sensu contrario se niega la legitimación del Fiscal, pese a tratarse de estado civil, en los procesos sobre separación y divorcio cuando ninguno de los interesados sea menor, incapaz o se halle en situación de ausencia legal.

Sin embargo, existen determinados procesos que versan sobre el estado civil respecto de los que la LEC -al igual que sucediera con la derogada- no ha efectuado previsión alguna (v.gr. procesos sobre privación de patria potestad o sobre cambio de sexo).

En tales casos, debe afirmarse la legitimación del Ministerio Fiscal en atención a las siguientes consideraciones. Pese a la dificultad de precisar dicho concepto, podemos entender por estado civil -siguiendo la clásica definición debida a De Castro- aquella cualidad de la persona que resulta del puesto que tenga en cada una de las situaciones tipificadas como fundamentales en la organización civil de la comunidad y que afecta a su capacidad de obrar, es decir, al ámbito propio de poder y responsabilidad. El estado civil se regula por normas de carácter imperativo, sustraídas al juego de la autonomía de la voluntad. Esas notas definitorias del concepto y naturaleza del estado civil justifican la presencia del Ministerio Fiscal en aquellos procesos en los que esté en juego materia propia del estado civil, en tanto que el art. 124 de la Constitución atribuye al Fiscal la misión de promover la justicia en defensa de la legalidad y del interés público tutelado por la ley. Supletoriamente, en esa misma línea, debe ser invocado el art. 3,6 del EOMF, al señalar que corresponde al Ministerio Fiscal «tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la Ley».

Afirmada la intervención del Fiscal en los procesos sobre estado civil (excepto en aquellos en los que la LEC excluye su presencia: separaciones y divorcios en los que no existan interesados menores, incapaces o ausentes), debe resaltarse que hasta fechas recientes, por inercia o reflejo de determinadas disposiciones (art. 2 nº 4 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 1926 y Circulares de la Fiscalía de 1922 y 1949), ha sido constante la intervención del Fiscal en los pleitos que versan sobre títulos nobiliarios.

Ahora bien, la promulgación de la LEC obliga a replantear si la presencia del Fiscal en tales procedimientos se ha de continuar reputando necesaria a la vista de la consideración actual y constitucional de los títulos nobiliarios y de la regulación de la capacidad procesal y de la capacidad para ser parte que del Ministerio Fiscal lleva a cabo la nueva LEC.

A la luz de la jurisprudencia constitucional -SSTC 27/1982 y 126/1997-, en el Estado social y democrático de Derecho que configura nuestra Constitución, basado en la dignidad de la persona (art. 10), los títulos nobiliarios no implican un status o condición estamental privilegiada, ni el ejercicio de función pública alguna. Los títulos tienen un marcado carácter simbólico en tanto expresión de una situación histórica ya inexistente y se hallan desprovistos de cualquier contenido jurídico-material en nuestro ordenamiento, más allá del derecho a usar el título como un nomen honoris que identifica el linaje. No tienen, pues, otro valor que el puramente social que en cada momento quiera otorgárseles.

En consecuencia, de la naturaleza de los títulos nobiliarios se desprende que no tienen, obviamente, la consideración de derecho fundamental; ni, como se ha expuesto, constituyen estado civil al no ser un factor condicionante del grado de capacidad de las personas, que resulta inalterado por dicha circunstancia. Los títulos nobiliarios no constituyen estado civil, sin que a ello obste el que con arreglo a lo dispuesto en el art 135.3 del Reglamento del Registro Civil se anoten al margen de la inscripción de nacimiento los títulos nobiliarios o dignidades cuya posesión legal conste. Tal previsión no resulta contradictoria con el carácter de nomen honoris o distinción honorífica que corresponde a los títulos. Además, el Registro Civil tiene un contenido amplio, en el sentido de que no todos los hechos que acceden al Registro tienen la naturaleza propia de estado civil.

El Ministerio Fiscal no está, por tanto, legitimado para intervenir en los procedimientos que se susciten en relación con los títulos nobiliarios.

VII. PROCESOS ESPECIALES

VII.1. Disposiciones generales

Los procesos especiales se regulan en el Libro IV de la LEC, cuyo Título I se dedica a los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, en los que el Ministerio Fiscal tiene una intervención relevante.

De acuerdo con el art. 749 LEC, en los procesos sobre incapacitación, en los de nulidad matrimonial y en los de determinación e impugnación de la filiación será siempre parte el Ministerio Fiscal, aunque no haya sido promotor de los mismos ni deba, conforme a la Ley, asumir la defensa de alguna de las partes.

En los demás procesos regulados en el Título I del Libro IV será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal.

Estos procesos especiales presentan singularidades relevantes en razón del interés público que se ve comprometido en los mismos centradas, como veremos, en la indisponibilidad del objeto del proceso -art. 751 LEC- en un tratamiento especial de la prueba -art. 752 LEC- y en una posibilidad ampliada de excluir la publicidad de las actuaciones -art. 754 LEC-.

Procedimentalmente, la posición del Fiscal cuando actúa en calidad de demandado presenta alguna dificultad a la hora de formar criterio en atención a los datos materiales implicados en la cuestión de fondo. Esto ocurre en el trámite de contestación a la demanda, que según el art. 753 se verificará de acuerdo a lo dispuesto en el art. 405. El legislador prevé un traslado simultáneo de la demanda a todos los demandados, con lo que parece que no ha tomado en consideración la especial posición procesal que ocupa el Fiscal, entendido como parte sui generis cuya intervención en el proceso obedece por imperativo del art. 124 de la Constitución a la defensa de la legalidad y del interés público tutelado por la Ley.

Hubiera sido por ello más propio la previsión específica de un traslado sucesivo de la demanda al Fiscal, pues en la medida en que el Fiscal se rige por el principio de imparcialidad, difícilmente podrá cumplir su misión constitucional si se ve obligado a fijar su posición con conocimiento exclusivo de las pruebas y alegaciones del demandante y no del demandado. Esta posibilidad no debe ser descartada, pues el legislador, aunque no la recoge en el texto legal, tampoco la prohibe.

Por ello, tal y como se ha indicado en la parte introductoria de la presente Circular, los Sres. Fiscales al recibir traslado de la demanda se limitarán a abordar las cuestiones procesales (art. 405.1 y 3) y a admitir únicamente los hechos aducidos por el actor que resulten acreditados por la prueba propuesta (art. 405.2) solicitando, dentro del plazo otorgado, un nuevo traslado para dictaminar conjuntamente sobre la demanda y la contestación. En caso de que no les sea conferido, fijarán su posición definitiva en cuanto al fondo en la vista posterior.

VII.2. Procesos sobre la capacidad de las personas

El de los procesos relativos a la capacidad de las personas es uno de los ámbitos en que la intervención del Ministerio Fiscal resulta obligada, por su peculiar posición de garante de los derechos de los incapaces y de institución encargada de integrar su capacidad cuando no le corresponda hacerlo a otra persona, lo que le lleva en tales casos a asumir legalmente su representación y defensa (arts. 8.2 LEC y 3.7 EOMF).

Aunque la LEC no determina cuál es el Juzgado objetivamente competente para conocer de los procesos sobre capacidad y declaración de prodigalidad, hay que sobrentender que es el Juzgado de Primera Instancia (en último término, lo sería por aplicación del fuero residual previsto en el art. 85.1º LOPJ). Por su parte, el art. 756 atribuye la competencia territorial al Juzgado del lugar de residencia del presunto incapaz o pródigo. Ha quedado derogada la regla 1ª del art. 63 de la LEC 1881, que fijaba el domicilio del demandado como fuero aplicable en los procesos relativos al estado civil. La nueva regla legal confirma, por tanto, la plena vigencia de la doctrina sentada en la Consulta nº 6/1997 de la Fiscalía General del Estado, acerca de la determinación de la competencia territorial en las demandas de incapacitación de los condenados que se hallan internos en un establecimiento psiquiátrico-

penitenciario. Este fuero es coherente asimismo con la regla de competencia internacional establecida en el art. 22.3º LOPJ, que declara competentes a los Juzgados y Tribunales españoles «en materia de incapacitación y de medidas de protección de la persona o de los bienes de los menores e incapacitados, cuando éstos tuviesen su residencia habitual en España».

El Ministerio Fiscal está siempre legitimado para presentar la demanda de incapacidad o de declaración de prodigalidad, cuando no lo haga ninguna de las personas mencionadas en los apartados 1 ó 5 del art. 757, con la única excepción de la incapacitación de menores de edad, que sólo podrá ser promovida por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela (art. 757.4). La puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal de hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación, realizada por cualquier otra persona conforme a lo previsto en el art. 757.3, no obliga al Fiscal a interponer automáticamente la demanda de incapacitación, sino que deberá analizar las circunstancias del caso y en función de las mismas determinar si procede o no la interposición de la demanda. Esta conclusión queda confirmada a fortiori por el art. 762.1, que dispone que el Fiscal, cuando la autoridad judicial haya puesto en su conocimiento la existencia de una posible causa de incapacitación en una persona, podrá promover la incapacitación «si lo estima procedente».

El Fiscal es parte en estos procesos sólo en un sentido formal, ya que en todo caso su actuación estará orientada en el aspecto material por los principios de imparcialidad y de defensa de la legalidad y del interés público o social. Esto se manifiesta en la diversa posición que puede corresponder al Fiscal en el proceso, determinada únicamente por el hecho de quién sea el que tome la iniciativa procesal. Si es el Fiscal quien interpone la demanda, obviamente será el demandante. Si la demanda la interpone otra persona y el presunto incapaz o pródigo no comparece con su propia defensa y representación, el Fiscal intervendrá asumiendo la representación y defensa de éste; si, por el contrario, el Fiscal no es demandante y el presunto incapaz o pródigo decide comparecer con su propia defensa y representación, el Fiscal intervendrá como parte sui generis.

Como se puede observar, la nueva regulación de la LEC conserva en gran medida la contenida anteriormente en los derogados arts. 202 a 207 CC, con las únicas salvedades de la supresión de la distinción entre legitimados con carácter principal o subsidiario, y la inclusión entre aquéllos de quien se encuentre en una situación de hecho asimilable a la del cónyuge.

Entre las novedades que introduce la nueva regulación, cabe destacar algunas especialidades en materia probatoria (art. 759 LEC). El Juez, además de practicar las pruebas que soliciten las partes y estime pertinentes, o las que acuerde de oficio, deberá con carácter preceptivo oír a los parientes más próximos del presunto incapaz, examinar a éste por sí mismo (previsiones todas ellas ya contenidas en el derogado art. 208 CC), y «acordará los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda y demás medidas previstas por las leyes» (el art. 208 CC se limitaba a decir que el Juez «oirá el dictamen de un facultativo»). Entre estos dictámenes periciales, el Juez deberá en todo caso solicitar un informe médico, ya que el previo dictamen médico pericial es una diligencia de prueba insoslayable, como expresamente afirma el art. 759.1 in fine. Asimismo, para garantizar la vigencia del principio de inmediación en la segunda instancia, también en ésta se habrán de volver a practicar preceptivamente las pruebas mencionadas (art. 761.3).

Otras importantes novedades introducidas por la LEC son: la posibilidad de acumular al proceso de incapacitación la acción de nombramiento de las personas que vayan a ejercer la tutela o curatela (art. 759.2), y que la sentencia se pueda pronunciar, en su caso, sobre la necesidad de internamiento (art. 760.1).

No deberá proceder el Juez a la constitución del órgano tutelar en la misma sentencia que declare la incapacidad si no le ha sido solicitado en la demanda (arts. 759.3 y 760.2 a contrario), si bien deberá en tal caso ordenar la deducción del oportuno testimonio para iniciar de oficio el expediente de constitución de la tutela o curatela (arts. 228 y 291 CC).

Análogamente, el Juez deberá pronunciarse sobre la necesidad o no de internamiento siempre que haya sido solicitado por alguna de las partes y tal extremo haya podido ser objeto de contradicción y de práctica de prueba en los términos del art. 763.3. No obstante, también podrá el Juez acordar de oficio el internamiento si lo estima procedente, si bien en este caso no parece que deba acordarlo en sentencia, sino como medida cautelar durante el proceso al amparo del art. 762.2, dando traslado del asunto al Ministerio Fiscal para que inste si lo estima pertinente el procedimiento previsto en el art. 763.

La regulación del proceso de reintegración de la capacidad o modificación del alcance de la incapacitación (art. 761) apenas difiere de la del propio proceso de incapacitación, con la particularidad del reconocimiento de legitimación activa al tutor, curador o guardador, y al propio incapacitado, si bien este último -en caso de haber sido privado de la capacidad de comparecer en juicio- precisará una autorización judicial expresa.

El internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico se regula en el art. 763. Se contemplan dos posibilidades: la autorización judicial previa del internamiento y la ratificación judicial a posteriori del internamiento urgente. En el primer caso es competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar donde resida la persona cuyo internamiento se pretenda, y en el segundo caso el Juzgado de Primera Instancia del lugar donde radique el centro en que haya tenido lugar el internamiento, con las lógicas modulaciones derivadas en su caso de la existencia de Juzgados especializados o de la organización de los servicios de guardia.

Se trata de un procedimiento que habrá de sustanciarse con arreglo a las normas de la jurisdicción voluntaria. El proceso tipo del art. 753 (juicio verbal con contestación escrita a la demanda) es incompatible con la celeridad con que normalmente se debe desarrollar y resolver el proceso, al igual que lo es en general la estructuración de un proceso contencioso en el que se haya de designar al enfermo un defensor judicial; tampoco sería solución atribuir la defensa al Ministerio Fiscal como prevé para el proceso de incapacitación el art. 758, no sólo porque puede haber sido a la vez el promotor del expediente, sino fundamentalmente porque no es intención de la Ley atribuir al Fiscal la condición de parte en este peculiar procedimiento, sino la de simple dictaminador, toda vez que la Ley dice que el Juez «oirá (...) al Ministerio Fiscal», expresión que resultaría redundante si se tratase de una parte en un proceso contencioso. únicamente en el caso de que aquél cuyo internamiento se pretenda se oponga al mismo, el proceso se transformará en contencioso (art. 1818 LEC 1881), debiendo sustanciarse con arreglo a las normas del juicio verbal (Disposición Derogatoria única 1.1ª in fine), es decir, los arts. 437 ss. y no el art. 753.

Entre las diferencias que se pueden observar entre este procedimiento y el anteriormente regulado en el art. 211 CC, cabe señalar: la necesidad de audiencia previa al Ministerio Fiscal; el reconocimiento a la persona afectada por el internamiento del derecho a designar abogado y procurador; y el reconocimiento expreso de la posibilidad de recurrir en apelación el auto que acuerde o deniegue la medida, para lo que estarán legitimados tanto el solicitante de la medida como en su caso quien haya sido internado, si bien en este último caso la apelación se admitirá en un solo efecto (arts. 1819 y 1829 LEC 1881).

En ocasiones, es posible que se someten a autorización judicial casos en los que se requiere una actuación urgente y en los que se podría, por lo tanto, haber procedido al internamiento sin autorización previa, con la sola exigencia de ratificación judicial a posteriori. La práctica ofrece abundantes ejemplos de estos supuestos, en los que familiares, vecinos o agentes de la autoridad solicitan la autorización judicial previa de un internamiento que se considera necesario para evitar un riesgo inminente para la vida o la integridad física -bien del enfermo o bien de las personas que están a su alrededor-, o en los que es preciso el empleo de la fuerza pública para mantener reducido al enfermo en tanto no pueda ser examinado por el médico y por el Juez. En estos casos, es probable que la práctica de alguna o algunas de las diligencias de prueba legalmente previstas no se concilie adecuadamente con la necesidad urgente de resolver sobre la procedencia del internamiento; en algunas ocasiones, esta imposibilidad podrá afectar al trámite de audiencia de alguna persona que solicite el afectado, cuyo domicilio se desconozca o que resida en lugar lejano, o a la misma audiencia del Fiscal, particularmente cuando el lugar de las actuaciones se encuentre físicamente muy alejado de la sede de la Fiscalía y no haya habido oportunidad de avisar al Fiscal con la antelación suficiente. Si se tiene presente que en tales supuestos cualquier autoridad, o incluso un particular, podría llevar a cabo inmediatamente el internamiento y ponerlo a posteriori en conocimiento del Juez, que dispondría de un plazo de setenta y dos horas para ratificarlo o alzarlo, resulta obligado admitir que el Juez también podrá en estos casos autorizar el internamiento urgente, aun sin haber practicado alguna de las diligencias que preceptúa la Ley, sin perjuicio de concluir posteriormente la tramitación del expediente, y ratificar o alzar la medida en el mismo plazo de setenta y dos horas previsto en el art. 763.1.

Al mismo Juez que autoriza o ratifica el internamiento compete el control de la ejecución de la medida, el cual se llevará a cabo mediante la remisión y recepción de informes semestrales (o con mayor frecuencia y siempre que lo solicite el Juez), recibidos los cuales el Juez habrá de resolver sobre el alzamiento o la continuación de la medida. Sin perjuicio de ello, el médico que atienda al enfermo puede decretar el alta cuando lo estime conveniente para su salud, y comunicarlo así al Juez (art. 763.4).

A pesar de que la Ley encomiende de manera particular al Juez el control de la ejecución de la medida, no puede el Fiscal permanecer ajeno a las vicisitudes del internamiento. Al contrario, en la línea ya apuntada en su día por las Instrucciones 3/1990, de 7 de mayo, y 6/1987, de 23 de noviembre, se exige del Fiscal una actitud vigilante, que conlleva desde la posibilidad de pedir informes sobre la evolución del internamiento, con la periodicidad que se considere oportuna y que será en ocasiones inferior a la establecida en la Ley, hasta la necesidad de visitar periódicamente los centros de internamiento e interesarse por la situación de los internos, facultad reconocida a los Fiscales por el art. 4.2 EOMF y que en su día fue recordada por las citadas Instrucciones. Asimismo, se recuerda la plena vigencia de las restantes obligaciones encomendadas a los Sres. Fiscales por la Instrucción 3/1990.

VII.3. Procesos sobre filiación, paternidad y maternidad

La LEC regula en el Capítulo III del Título I de su Libro IV los procesos sobre filiación, paternidad y maternidad configurándolos como procesos especiales. Tales normas se ven completadas por los arts. 748 y ss. de la propia LEC, que establecen un conjunto de disposiciones comunes de aplicación general a los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores y por lo dispuesto en los arts. 131 a 141 CC que prevén expresamente diversas acciones en materia de filiación y paternidad. Además, la LEC deroga los arts. 127 a 130, el párrafo segundo del art. 134 y el art. 135, todos ellos del Código Civil, que contenían distintas reglas procesales que aparecen ahora incorporadas a su articulado.

VII.3.A.- Consideraciones generales

Se trata de procesos en cuyo objeto subyace un interés público que trasciende de los derechos o intereses privados en conflicto al afectar al estado civil de los litigantes. Tan trascendente afirmación es la que justifica la intervención del Fiscal, que de forma preceptiva, establece el art. 749.1 LEC al disponer que en los procesos «de determinación e impugnación de la filiación será siempre parte el Ministerio Fiscal, aunque no haya sido promotor de los mismos ni deba, conforme a la Ley, asumir la defensa de alguna de las partes».

El Fiscal, cuya actuación estará dirigida a la defensa de la legalidad y del interés público conforme a los arts. 124 de la Constitución y 3.6 del EOMF, no deberá, en modo alguno, soslayar la salvaguarda de otros valores y derechos constitucionales como son los de asegurar la protección integral de los hijos y garantizar la asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, que consagran los apartados 2 y 3 del art. 39 de la Constitución, así como los derechos a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 del texto constitucional en cuyo ámbito cabe incluir el derecho a conocer la propia filiación biológica. El respeto y protección de tales valores y derechos deberán presidir sus intervenciones.

Es precisamente ese interés público que se ha mencionado el que fundamenta las especialidades procesales que singularizan estos procesos, alguna de las cuales son comunes a los procedimientos sobre la capacidad de las personas, matrimoniales y de menores.

Así, el art. 751 establece la indisponibilidad del objeto del proceso, al decir que «no surtirán efecto la renuncia, el allanamiento ni la transacción», y la indisponibilidad del proceso mismo, al señalar que «el desistimiento requerirá la conformidad del Ministerio Fiscal», regla ésta última que tiene como excepción los casos en los que no existan menores, incapacitados o ausentes interesados en el procedimiento.

Es de destacar igualmente en estos procesos el reforzamiento del principio de oficialidad o inquisitivo en detrimento de los principios dispositivo y de aportación de parte. Su plasmación se encuentra en el art. 752 LEC, que establece diversas excepciones a las reglas generales establecidas en materia probatoria por la ley para la generalidad de los procesos civiles.

En particular, se confiere al órgano jurisdiccional la facultad de decretar de oficio la práctica de cuantas pruebas estime pertinentes (art. 752.1 párrafo segundo) y no rige la regla que vincula al tribunal a los hechos admitidos por las partes pues, según el art. 752.2 «la conformidad de las partes sobre los hechos no vinculará al tribunal ni podrá éste decidir la cuestión litigiosa basándose exclusivamente en dicha conformidad o en el silencio o respuestas evasivas sobre los hechos alegados por la parte contraria». Tampoco rigen las reglas legales de valoración de la prueba al no estar vinculado el Tribunal, según continúa diciendo dicho precepto, «a las disposiciones de esta Ley en materia de fuerza probatoria del interrogatorio de las partes, de los documentos públicos y de los documentos privados reconocidos».

VII.3.A.a.- Legitimación activa

En cuanto a la legitimación activa, se mantienen las reglas establecidas en los arts. 131 y ss. CC a las que se remite el art. 764.1 LEC y que distinguen entre la reclamación y la impugnación de la filiación, otorgando la correspondiente legitimación en función de los diversos supuestos que se recogen. En esta materia conviene tener en cuenta que el Tribunal Supremo ha reconocido, a través de una jurisprudencia ya consolidada, legitimación al padre biológico en los casos de filiación no matrimonial, superando la literalidad del art. 133 CC que atribuye sólo legitimación al hijo, con fundamento en una adecuación interpretativa de los arts 131, 133 y 134 CC (entre otras, SSTS 604/2000, de 20 de junio y 863/2000, de 2 de octubre). Respecto del Fiscal, el art. 765.1 dispone que «las acciones de determinación o de impugnación de la filiación que, conforme a lo dispuesto en la legislación civil, correspondan al hijo menor de edad o incapacitado podrán ser ejercitadas por su representante legal o por el Ministerio Fiscal, indistintamente», por lo que en estos casos el Fiscal será promotor de la acción, actuando como demandante, siempre que el menor o incapacitado no comparezca en su propio nombre y derecho a través de procurador y abogado nombrados por su representante legal.

VII.3.A.b.- Legitimación Pasiva

Para la legitimación pasiva, además de la presencia obligatoria del Fiscal a tenor del citado art. 749.1, la LEC contiene una disposición específica en el art. 766, al señalar que en estos procesos «serán parte demandada, si no hubieran interpuesto ellos la demanda, las personas a las que esta ley atribuya la condición de progenitor y de hijo, cuando se pida la determinación de la filiación y quienes aparezcan como progenitores y como hijo en virtud de la filiación legalmente determinada, cuando se impugne ésta. Si cualquiera de ellos hubiere fallecido, serán parte demandada sus herederos». Regla ésta que pretende asegurar la correcta constitución de la relación procesal.

VII.3.A.c.- Significado jurídico de las pruebas biológicas

En cuanto a los distintos medios de prueba, la LEC contiene unas prescripciones específicas, aplicables, únicamente a estos procesos. En ellos, el objeto de la prueba es, precisamente, el hecho de la generación o del parto, y, por consiguiente, la identidad de quienes intervienen en la relación paternofilial, lo que implica una dificultad probatoria extrema. Consciente de ello, y respondiendo al mandato de que la ley posibilite la investigación de la paternidad contenido en el art. 39.2 de la Constitución, el legislador consagra una serie de normas dirigidas al descubrimiento de la realidad genética.

El art. 767.2 establece, tal y como hacía el desaparecido art. 127 CC, las más amplias posibilidades de prueba para determinar la paternidad y la maternidad, al admitir «toda clase de pruebas, incluidas las biológicas». Y, para los supuestos, no infrecuentes, de falta de prueba directa, su ordinal tercero propicia la prueba indirecta a través de presunciones, las mismas que ya recogía el art. 135 CC, ahora derogado, esto es, el reconocimiento expreso o tácito, la posesión de estado, la convivencia con la madre al tiempo de la concepción y cualesquiera otros hechos de lo que se infiera la filiación de modo análogo.

Pero, sin duda, la gran novedad de la LEC en esta materia ha sido el reconocimiento del valor probatorio de la negativa al sometimiento a las pruebas biológicas.

El art. 767.4 establece que «la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otro medios». El legislador ha positivizado, de este modo, la doctrina jurisprudencial recaída sobre la materia, finalmente unánime, en no atribuir a dicha negativa la consideración de una ficta confessio, «sino sólo el valor de indicio valioso, muy cualificado, o significativo, (entre otras, sentencias 14 de junio 1996; 3 de noviembre 1997; 3 de octubre 1998; 26 de junio, 26 de julio, 2 de septiembre; 1 y 11 de octubre 1999; y 24 abril 2000) que para permitir declarar la paternidad, ha de conjugarse con el resultado de otros elementos de prueba o indicios, que sean suficientes para crear y poder motivar suficientemente, la realidad de una filiación biológica por obedecer a una concepción natural, y no meramente ficticia» (STS 530/2000, de 30 de mayo), doctrina sustentada, igualmente, por el Tribunal Constitucional en las sentencias 7/1994 y 95/1999.

De ahí que el análisis de dicho precepto tenga que tomar como punto de referencia inexcusable los distintos pronunciamientos recaídos, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional, que forman un cuerpo de doctrina constante y uniforme, y que deberán ser tenidos en cuenta por los Sres. Fiscales a la hora de pronunciarse, tanto acerca de la proposición y procedencia de la práctica de la prueba biológica, como de la valoración que merezca la negativa a someterse a la misma. En particular, pese a la indudable dificultad de extraer conclusiones generales, dada la casuística del tema debatido, sí será posible tomar en consideración los siguientes criterios:

a) La plena conformidad constitucional de la resolución judicial, que en el curso de un proceso de filiación, ordena llevar a cabo una prueba biológica para la investigación de la relación de paternidad o de maternidad, siempre que sea considerada pertinente por la autoridad judicial, no entrañe un grave riesgo o quebranto para la salud de quien deba soportarla, y su práctica resulte proporcionada atendida la finalidad perseguida con su realización (SSTC 7/1994 y 95/1999).

b) La obligación que tienen las partes de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas que hayan sido debidamente acordadas, por ser éste un medio de probatorio esencial, fiable e idóneo para la determinación del hecho de la generación discutido en el pleito, pues, en estos casos, al hallarse la fuente de la prueba en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los tribunales en el curso del proceso (art. 118 de la Constitución), conlleva que dicha parte deba contribuir con su actividad probatoria a la aportación de los hechos requeridos a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad, ya que en otro caso, bastaría con negarse a la realización de la prueba biológica para

colocar al otro litigante en una posición de indefensión contraria al art. 24.1 de la Constitución, por no poder justificar su pretensión mediante la utilización de los medios probatorios pertinentes para su defensa que le garantiza el art. 24.2 del texto constitucional (SSTC 7/1994 y 95/1999).

c) La prueba biológica despliega con plenitud sus efectos probatorios en los supuestos dudosos, en donde los medios de prueba de otro tipo son suficientes para mostrar que la demanda no es frívola ni abusiva, pero insuficientes para acreditar por sí solos la paternidad (STS 881/2000, de 20 de septiembre).

d) La negativa a la práctica de las pruebas biológicas, por sí sola, no basta para tener acreditada la paternidad, sino que es necesaria la existencia de otros indicios o pruebas que revelen la razonable posibilidad de la unión carnal al tiempo de la concepción (STS 881/2000, de 20 de septiembre). Por lo mismo, resulta posible denegar la paternidad reclamada, aún mediando aquella negativa, si el resto de las pruebas no aportan base alguna mínimamente fiable para afirmarla (SSTS 1222/1997, de 12 de diciembre y 863/2000, de 2 de octubre).

e) La finalidad constitucional de las pruebas biológicas es la protección integral de los hijos, no de los padres biológicos, conforme al art. 39.2 de la Constitución.

Finalmente, el propio art. 767.4 parece abonar la idea de la improcedencia de la prueba biológica cuando la determinación de la paternidad o maternidad se logra por otros medios probatorios. No obstante, al no ser posible conocer, en el trámite de proposición de prueba, si los medios distintos de la prueba biológica tendrán éxito, la misma deberá ser, en todo caso, admitida. En particular, en aquellos casos en los que concurra el reconocimiento expreso de ambas partes, en la medida en que ello puede equivaler a una transacción, prohibida en este tipo de procesos, el Fiscal habrá de promover la práctica de la misma.

Es por ello que el Fiscal propondrá la práctica de la prueba biológica, con carácter general, cuando, en atención a los criterios expuestos, la considere necesaria para acreditar la paternidad o maternidad discutidas.

No obstante, si bien la LEC prevé que la proposición y práctica de la prueba admitida se efectúe durante el desarrollo de la vista (art. 443.4), resulta obvio que, por la propia singularidad de la prueba biológica, su práctica, de ser admitida, no podrá llevarse a cabo en dicho acto, originando, con ello, la interrupción de la vista en los términos del art. 193 LEC. Dicho precepto dispone, además, que la misma se reanudará una vez desaparecida la causa que motivó su interrupción y si ello no ocurre dentro de los 20 días siguientes, se procederá a la celebración de una nueva vista.

A fin de evitar, en lo posible, la sistemática interrupción de las vistas y su inevitable duplicidad que terminarían por desvirtuar su desarrollo ante su más que certera interrupción, resulta aconsejable que el Fiscal solicite la práctica anticipada de la prueba biológica de forma que su resultado pueda ser incorporado a la vista.

Para ello se hará uso de la previsión contenida en el art. 293 LEC que permite solicitar del tribunal la práctica anticipada de algún acto de prueba, cuando exista el temor fundado de que, por causa de las personas o por el estado de las cosas, dichos actos no puedan

realizarse en el momento procesal generalmente previsto. Aunque no se desconoce el esfuerzo interpretativo que conlleva la aplicación, a estos supuestos, del citado precepto, tal solución se erige en la más coherente con el espíritu de simplificación procedimental que inspira a la LEC, aún a costa de extender hasta límites impropios el concepto de prueba anticipada.

En consecuencia, el Fiscal demandante propondrá la prueba biológica y solicitará su práctica anticipada en el escrito de demanda y, cuando no actúe como promotor del proceso, lo hará en el escrito de contestación. De no ser admitida anticipadamente, los Sres. Fiscales la propondrán en el acto de la vista.

VII.3.B.- Otras cuestiones del procedimiento

En cuanto al procedimiento, estos procesos se sustanciarán por los trámites del juicio verbal (art. 753), si bien con una serie de diferencias:

Se instaura un trámite de contestación a la demanda en los términos del art. 405, inexistente en los juicios verbales ordinarios, tras el traslado de la misma al Fiscal y a las demás personas que, conforme a la Ley, deban ser parte en el procedimiento. Aunque nada dice la LEC, dada la referencia al art. 405, parece razonable entender que la demanda con que se inicie este tipo de procesos no será la demanda sucinta propia del verbal, sino una demanda ordinaria, conforme al art. 399 LEC, conclusión ésta que encuentra su apoyo en el art. 443.1 LEC, que admite la posibilidad de que la demanda se hubiera formulado conforme a lo previsto para el juicio ordinario.

Por consiguiente, el Fiscal, cuando actúe como promotor del proceso, formulará la demanda en los términos del art. 399 LEC, haciendo constar los hechos y fundamentos de derecho de forma exhaustiva.

Además, se impone al órgano jurisdiccional el deber de emplazar a cuantos legalmente deban ser parte en el proceso «hayan sido o no demandados» (art. 753), esto es, incluso aunque el actor no haya dirigido frente a ellos la demanda, precepto que guarda estrecha relación con el art. 766 antes citado y que al igual que éste persigue que la relación procesal se constituya adecuadamente, con el fin de evitar que la resolución judicial que recaiga afecte a quienes no fueron oídos ni vencidos en juicio, impidiendo, así, el menoscabo de su derecho de defensa.

En consecuencia, el Fiscal demandante velará por que sean llamados a juicio todos aquellos que puedan resultar afectados por la sentencia, practicando, para ello, cuanta información previa fuere necesaria, con consulta, si es preciso, al Registro Civil.

Y se instituyen dos reglas especiales en orden a la admisión de la demanda. Ambas encuentran, sin duda, su fundamento en la cautela y ponderación que deben presidir estas decisiones a fin de evitar que en materias tan delicadas pueda pleitearse con cierta ligereza o debido a motivos espurios. Así, en primer lugar, se dispone que se rechazará «la admisión a trámite de cualquier demanda que pretenda la impugnación de la filiación declarada por sentencia firme, o la determinación de una filiación contradictoria con otra que hubiere sido establecida también por sentencia firme» (art. 764.2). Dado que puede resultar no descartable que no le conste al órgano jurisdiccional, al inicio del proceso, la existencia de

otra sentencia firme, el párrafo segundo del mismo precepto permite que pueda acreditarse su existencia una vez iniciado el proceso, en cuyo caso se procederá al archivo de éste.

Y, en segundo lugar, se exige que a la demanda sobre la determinación o impugnación de la filiación se acompañe «de un principio de prueba de los hechos en que se funde» (art. 767.1). Esta exigencia, que ya se encontraba en el derogado art. 127 CC, ha sido interpretada por el Tribunal Supremo en el sentido de que «basta con que en esa demanda conste la oferta de practicar determinadas pruebas en el momento adecuado» (SSTS 239/99, de 22 de marzo, 377/99, de 4 de mayo y 762/2000, de 18 de julio, entre otras), especificando la STS 530/2000, de 18 de mayo, que «no puede confundirse el principio de prueba exigido por el art. 127 para la admisión de la demanda con la que ha de realizarse en el curso del proceso para obtener una sentencia favorable. Basta para que el juez admita a trámite la demanda que del propio contexto o contenido de ella se aprecie una mínima línea de razonabilidad o verosimilitud de la que derivar la paternidad, sometida a la prueba a practicar en el proceso...».

El Fiscal velará por el cumplimiento de los anteriores requisitos de admisibilidad, bien impugnando el auto de admisión, bien al contestar la demanda, donde cabe aducir las excepciones procesales procedentes.

El proceso se ventila en una vista oral regida por los principios de oralidad, inmediación y contradicción, con intervención del Fiscal, momento en el que, tras debatir las excepciones procesales, en su caso, planteadas, y fijar los hechos, se procederá a la proposición y práctica de la prueba (art. 443 LEC) y a la formulación de alegaciones por las partes (art. 447.1 LEC).

Finalmente, es de destacar que en estos procesos la LEC prevé, en el art. 768, conforme disponía el derogado art. 128 CC, la posibilidad de acordar, mientras dure el procedimiento, medidas cautelares, distinguiendo entre los supuestos de impugnación de la filiación, en los que su adopción tiene un carácter obligatorio («el Tribunal adoptará las medidas de protección oportunas») y los de reclamación de filiación, donde su adopción resulta facultativa («el tribunal podrá acordar»). En ambos casos, se sustanciarán conforme a las reglas comunes, previa audiencia de las personas que pudieran resultar afectadas, audiencia que se llevará a cabo mediante la convocatoria de las partes a una vista, según se desprende de la remisión que dicho precepto efectúa a los arts. 734 a 736 LEC, con presencia del Fiscal, cuya intervención procurará, en todo caso, la salvaguarda de los derechos e intereses de los menores o incapacitados afectados.

Excepcionalmente, si concurriesen razones de urgencia, se podrán acordar las medidas sin más trámites, citando a los interesados y al Fiscal, a una comparecencia a celebrar dentro de los diez días siguientes y en la que, tras oír a los comparecientes sobre la procedencia de las medidas adoptadas, resolverá el tribunal lo que proceda por medio de auto.

Es, precisamente, durante la pendencia del proceso, en el que la relación paterno-filial se encuentra en discusión, donde la protección y asistencia a los hijos menores o incapacitados requiere un mayor aseguramiento, por lo que el Fiscal extremará su celo en procurar que no se produzca merma alguna en sus derechos e intereses. A tal fin, intervendrá activamente instando las medidas que estime oportunas en defensa, tanto de la persona como de los bienes de los menores o incapacitados demandados, y oponiéndose, durante la vista, y

posteriormente a través de los correspondientes recursos, a las que les pudieran resultar perjudiciales.

VII.4. Procesos matrimoniales

VII.4.A.- Introducción

La LEC pone fin a la dispersión normativa que caracterizaba la regulación anterior de los procesos matrimoniales, comprendiendo la regulación de los mismos en los arts. 769 a 781 LEC y derogando los arts. 1880 a 1900 inclusive de la LEC 1881 y las Disposiciones Adicionales primera a novena de la Ley 30/1981, de 7 de julio -Disposición Derogatoria única, 1, 1ª, párrafo 1 y Disposición Derogatoria única, 2, 10º LEC, respectivamente-.

Los procesos matrimoniales se configuran como procesos especiales, a los que se aplican las disposiciones generales del Capítulo I, Título I, Libro IV LEC, entendiéndose que su objeto es -en buena medida- indisponible, dado que afecta en su contenido inmediato al estado, pervivencia y circunstancias del vínculo matrimonial, y en sus consecuencias mediatas, a aspectos existenciales, educativos y personales de los hijos menores, incapacitados o ausentes que quedan bajo el resguardo protector del Estado.

En lo que respecta a los principios rectores del proceso, se debilita el principio dispositivo y, en garantía de cualquiera de los cónyuges -art. 90.2 CC-, de los hijos, o del interés familiar más necesitado de protección -art. 103.1ª y 3ª CC- se incrementan considerablemente las facultades del Juez, que se ve investido de potestades de tutela relacionadas con determinados efectos de la crisis matrimonial que ha de ejercitar en defecto e incluso en lugar de las propuestas por los litigantes.

Ello no obsta para que algunas pretensiones que se sustancian en estos procesos se refieran a materias sujetas a la libre disposición de las partes -v. gr. la pensión compensatoria- susceptibles de renuncia, allanamiento, transacción o desistimiento en los términos de la regulación general de los poderes de disposición de las partes sobre el proceso contenidas en el Capítulo IV del Título I del Libro I LEC -art. 751.3-. En este ámbito el principio de congruencia opera de manera indiscutible y el tribunal queda sujeto a las exigencias de la justicia rogada.

En sus aspectos indisponibles, sin embargo, el tribunal detenta un amplio poder de configuración del proceso, que no queda abandonado al juego de la autonomía de la voluntad de las partes. Las acciones de nulidad, separación y divorcio conllevan implícitamente la petición al tribunal de que resuelva sobre la totalidad de los efectos y consecuencias legales que se han de seguir de la crisis matrimonial, cualesquiera que sean los términos en que deduzcan las partes sus respectivas pretensiones.

Esta tutela efectiva del interés público va más allá del ejercicio de la función jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado -art. 117.3 de la Constitución- y se justifica en el art. 117.4 de la norma suprema en la medida en que admite la atribución a jueces y tribunales, por mediación de la Ley, de otras funciones en garantía de cualquier derecho,

distintas a la satisfacción de pretensiones -STC 4/2001, de 15 de enero, fundamento jurídico 4º-.

Sobre esta base constitucional se apoya la particular posición que ocupa el tribunal en el desarrollo de esta modalidad de procesos civiles, regidos excepcionalmente por el principio de oficialidad, y por el compromiso activo de búsqueda de la verdad material, y por la resolución de todas las cuestiones atinentes al interés público con independencia de los términos en que las partes formulen sus pretensiones.

El tribunal es responsable de acordar la práctica de cuantas pruebas sean precisas para alcanzar un conocimiento cabal de la realidad, supliendo la inactividad de las partes. Las pruebas se incorporan al proceso en el momento más adecuado, sin sujetarse a rígidos cánones de preclusión de trámites característicos del proceso civil común, dotando de particular fluidez al procedimiento probatorio -arts. 752.1, 770.4ª.2, 771.3.1, 774.2, 777.4 LEC-.

El Ministerio Fiscal interviene en el proceso si existen hijos del matrimonio menores de edad o incapaces, ejerciendo una legitimación no sustitutiva de sus representantes legales, sino propia, justificada en la defensa del interés público comprometido.

De acuerdo con el art. 749 LEC el Ministerio Fiscal será siempre parte en los procesos de nulidad matrimonial aunque no sea promotor de los mismos ni deba asumir conforme a la ley la defensa de ninguna de las partes y en los demás procesos especiales será preceptiva su intervención siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado, o esté en situación legal de ausencia.

En último término, la potestad de tutela del interés público implicado en el proceso la comparten ambos órganos del Estado, tribunal y Fiscal, si bien desde posiciones procesales diferenciadas.

VII.4.B.- Procedimiento contencioso

El art. 769 LEC establece reglas de competencia territorial de naturaleza imperativa que determinan la nulidad de los pactos contrarios a las mismas y la obligación del tribunal a proceder de oficio al examen de su propia competencia -art. 769.4 LEC-.

En el procedimiento contencioso es competente el Juzgado de 1ª Instancia del domicilio conyugal y en caso de residir los cónyuges en distintos partidos judiciales, a elección del demandante, el del último domicilio conyugal, o el de residencia del demandado.

Los que no tuvieren domicilio ni residencia fijos podrán ser demandados en el lugar en que se hallen o en el de su última residencia, a elección del demandante y si tampoco pudiere determinarse así la competencia, corresponderá ésta al tribunal del domicilio del actor -art. 769.1 LEC-.

El tribunal, tras recibir la demanda, debe examinar su propia competencia, y si considera que no se respetan las reglas reguladoras de la misma, debe sin dilación dar audiencia al Fiscal y a la parte demandada para resolver mediante auto sobre la abstención del conocimiento de la causa y la remisión del asunto al órgano considerado competente.

Si fueren de aplicación fueros electivos, por residir los cónyuges en partidos judiciales diferentes, o por no tener el demandado domicilio o residencia fijos, o resultar éste desconocido, el tribunal requerirá al demandante para que verifique la correspondiente elección -art. 58 LEC-.

Además del examen de oficio de la competencia es posible que el demandado plantee la declinatoria. Hemos de entender que en tal caso el plazo para el planteamiento de la misma será el de 10 días previsto en el art. 64.1 LEC para el juicio ordinario, y no el de 5 días, dado que el juicio verbal especial regulado en el art. 770 LEC en conexión con el art. 753 LEC, prevé un trámite de contestación asimilado al art. 405 LEC. El efecto suspensivo de la declinatoria no se extenderá a las medidas provisionales.

Contra los autos resolutorios de la competencia territorial no cabe recurso alguno, si bien en los recursos de apelación y extraordinario por infracción procesal son admisibles alegaciones de falta de competencia territorial cuando fueren aplicables normas imperativas -art. 67 LEC-. Estas alegaciones las podrá incorporar al recurso el demandado que hubiere planteado oportunamente la declinatoria.

Las demandas contenciosas de separación y divorcio y las de nulidad se tramitan en un juicio verbal especial conforme a lo establecido en el art. 753 LEC y en el art. 770 LEC.

De la demanda se da traslado al otro cónyuge y al Ministerio Fiscal, cuando proceda, para que la contesten en el plazo de 20 días, conforme a lo establecido en el art. 405 LEC.

La remisión al art. 405 LEC parece abonar la idea de que en este juicio la demanda y la contestación no deben ser sucintas, sino que deben contener una exposición completa de hechos y fundamentos de derecho. En la contestación a la demanda se deberán admitir o negar los hechos aducidos por el actor. En principio el Ministerio Fiscal deberá negar los hechos que no consten debidamente acreditados en la documentación que acompañe a la demanda, proponiendo en el acto de la vista la prueba que estime pertinente en relación con los hechos que afecten a la situación y derechos de los hijos menores o incapacitados.

De acuerdo con la orientación general que el legislador ha querido dar al nuevo sistema de juicio civil, el trámite central del proceso es la vista, en la que las partes exponen los fundamentos de sus pretensiones, proponen y practican prueba, y formulan las alegaciones pertinentes -art. 443 LEC-.

Se trata de un trámite caracterizado por la oralidad, la inmediación judicial y la concentración, en el que se trata de garantizar la autenticidad en la producción de la prueba asegurando la presencia judicial y la participación contradictoria de las partes.

El art. 770.3ª LEC fija la carga procesal que recae sobre los cónyuges, los cuales deben comparecer a la vista por sí mismos, con apercibimiento de que su incomparecencia sin causa justificada podrá determinar que se consideren admitidos los hechos alegados por la parte que comparezca para fundamentar sus peticiones sobre medidas definitivas de carácter patrimonial.

El Fiscal, antes de acudir a la vista, estudiará la documentación que el demandante haya acompañado a la demanda y en su caso la que haya aportado el demandado, lo que le

permitirá tener un conocimiento previo de las pretensiones de las partes y sus fundamentos, y de los posibles acuerdos que hubieren alcanzado.

Es obligada la intervención del Fiscal en la vista, participando en la práctica de la prueba propuesta por las otras partes, proponiendo a su vez prueba propia, formulando alegaciones en defensa de los intereses de los hijos menores e incapaces y controlando el contenido de los acuerdos que sobre medidas definitivas hayan alcanzado las partes.

También habrá de tomar parte en la prueba que se practique en los treinta días siguientes a la vista -art. 770.4ª LEC- y en la exploración de los hijos menores o incapacitados, los cuales han de ser preceptivamente oídos si tienen suficiente juicio para ello y en todo caso si han cumplido los doce años de edad, pues la formación del criterio correcto sobre el interés del menor exige un contacto y comunicación directa con el mismo, en una comunicación fluida y personal.

VII.4.C.- Medidas provisionales previas y simultáneas.

El procedimiento para la adopción de las medidas provisionales previas y simultáneas al proceso principal se regula en el art. 771 LEC con una notable simplicidad. El cónyuge que se proponga demandar la nulidad, separación o divorcio de su matrimonio puede solicitar los efectos y medidas a que se refieren los arts. 102 y 103 CC ante el tribunal de su domicilio.

Es posible, por lo tanto, que el tribunal que decida las medidas provisionales previas sea distinto del que tenga que conocer del pleito principal.

La solicitud inicial de medidas provisionales previas no requiere intervención de Abogado ni Procurador, pero sí cualquier actuación posterior.

El procedimiento se concentra en una comparecencia que se ha de celebrar en los diez días siguientes a la que el tribunal mandará citar a los cónyuges y, si procediere, al Ministerio Fiscal.

En la misma resolución en la que el Juez convoque la comparecencia puede acordar de inmediato, si la urgencia del caso lo requiere, los efectos del art. 102 y las medidas que estime procedentes en relación con la custodia de los hijos y el uso de la vivienda y del ajuar familiares. Se impone así la máxima flexibilidad en la adopción de medidas que pueden ser acordadas de una manera inmediata e inaudita parte en función de las necesidades perentorias de protección del cónyuge solicitante y de los hijos del matrimonio que en cada caso concreto puedan plantearse.

En la comparecencia de medidas provisionales se pueden presentar acuerdos de los cónyuges sobre las medidas a adoptar, se formulan alegaciones y se propone y practica en el acto la prueba procedente. Si alguna prueba no se puede practicar, se celebra en los diez días siguientes en unidad de acto.

Al igual que sucede en la vista del procedimiento principal, la presencia del Fiscal en esta comparecencia es muy importante, porque las partes pueden acudir con acuerdos conyugales que afecten de manera directa al interés público que la Ley pone a resguardo de la autoridad del Fiscal y porque en todo caso debe adquirir un conocimiento directo del

resultado de la prueba, que ha de orientarse a la búsqueda de la verdad material trascendiendo los meros intereses particulares de los cónyuges litigantes.

El auto del tribunal en materia de medidas provisionales previas se dicta en el término de tres días desde la comparecencia o acto de prueba ulterior, y no es susceptible de recurso alguno, si bien la pervivencia de las medidas se condiciona a la presentación de la demanda de nulidad, separación o divorcio en el plazo de un mes.

La LEC no prevé un trámite incidental de oposición al auto como hacía el art. 1900 LEC 1881, por lo que las medidas acordadas no pueden ser modificadas a instancia de parte en tanto no concluya el proceso por sentencia.

El demandante no puede solicitar la modificación de las medidas, pues de acuerdo con el art. 773.1 LEC podrá pedir en la demanda lo que considere oportuno sobre las medidas provisionales a adoptar sólo si no se hubieren adoptado con anterioridad.

Tampoco puede instar modificación el demandado, pues en la contestación a la demanda sólo se puede incluir solicitud de medidas provisionales si no se hubieren adoptado con anterioridad -art. 773 LEC-.

El auto regulador de medidas provisionales -se adopten previa o simultáneamente al proceso principal- deviene único, simplificando extraordinariamente la complejidad que caracterizaba la regulación derogada, que permitía el pronunciamiento sucesivo de autos de medidas provisionales e incluso su modificación en segunda instancia a través del incidente de oposición.

Conforme al art. 772.2 LEC, sólo es posible la modificación de las medias provisionales cuando se adoptan como previas si el tribunal ante el que se ha presentado la demanda considera que procede completar o modificar las mismas, para lo cual ha de convocar a las partes a una comparecencia que se sustanciará con arreglo al art. 771.

El art. 772.1 indica que cuando se hubieren adoptado medidas con anterioridad a la demanda, admitida ésta, se unirán las actuaciones sobre adopción de dichas medidas a los autos del proceso de nulidad, separación o divorcio, solicitándose testimonio si las medidas se hubieren adoptado por otro tribunal distinto del que conozca la demanda.

Dar al tribunal la posibilidad de abrir un nuevo debate para la modificación o integración de las medidas provisionales previas tiene una justificación fácilmente comprensible cuando ha sido otro tribunal distinto quien las ha adoptado. La eventual diferencia de criterio entre los órganos jurisdiccionales encuentra así una vía de superación salvaguardando el derecho de las partes a debatir la cuestión.

La Ley, sin embargo, no circunscribe esta posibilidad a los casos de rectificación por un tribunal de lo resuelto por otro. No hay obstáculo legal para que sea el propio tribunal que adoptó las medidas como previas quien convoque nueva comparecencia de las partes y del Fiscal para debatir su modificación o complemento.

Es claro que si el tribunal acuerda una actuación de oficio de este tipo es para la defensa de intereses de alcance general y público, y no en relación con materias que estén sujetas a la

libre disposición de las partes de acuerdo con la legislación civil aplicable, como pueden ser las medidas de contenido puramente patrimonial.

La actuación de oficio se justifica cuando alguna de las medidas aprobadas se representa perjudicial a los intereses de los hijos menores, incapacitados o ausentes, o contraria al interés más digno de protección. Esta nueva percepción de los términos del debate puede provenir de datos nuevos o no contrastados debidamente en el procedimiento previo, aunque no pueden descartarse otras situaciones.

En la medida en que el Fiscal, en el ámbito funcional que le es propio, actúa en defensa de los mismos intereses, una interpretación finalista de la norma, acorde además, desde un punto de vista sistemático, con los presupuestos legales de la intervención del Ministerio Público en los procesos especiales -art. 749 LEC- le autorizaría a promover ante el tribunal que ha admitido la demanda de separación, nulidad o divorcio la convocatoria de nueva comparecencia para la modificación de las medidas provisionales previas o para instar la adopción de nuevas medidas que no hubieran sido previstas en el anterior auto y que se estimasen necesarias en bien del interés público implicado en el proceso.

Significa esto que el Fiscal, en determinados casos, podría promover la reforma de las medidas previas en uso de la facultad legal del art. 772.2 LEC, pues, desaparecida la posibilidad de formular oposición al auto de medidas, ésta sería la única vía factible para lograr una revisión de las medidas provisionales antes de la sentencia definitiva, revisión cuya necesidad se impone si el auto de medidas previas no satisface a juicio del Fiscal las necesidades mínimas de protección de los intereses de los hijos menores o incapacitados, o si afloran datos nuevos cuyo conocimiento revela exigencias distintas en el tratamiento de la situación familiar de estos hijos.

Esta solicitud se formularía antes de la contestación de la demanda, tan pronto se tenga conocimiento de su admisión a trámite, sin suspensión del plazo de 20 días para la contestación.

En los casos en que no se hayan adoptado medidas provisionales previas, se pueden solicitar medidas provisionales simultáneas en la demanda de nulidad, separación o divorcio. El tribunal al admitir a trámite la demanda convoca a las partes y, si procede, al Fiscal a una comparecencia que se tramitará conforme a lo dispuesto en el art. 771 LEC.

También el cónyuge demandado, al contestar ala demanda, puede solicitar la adopción de medidas provisionales simultáneas, debatiéndose la cuestión en la misma vista del pleito principal si se celebra dentro de los diez días siguientes a la contestación. Si ello no es posible, se convoca comparecencia dentro de dicho plazo.

En todo caso, el auto de medidas provisionales simultáneas es irrecurrible.

VII.4.D.- Medidas definitivas, adopción y modificación

Los efectos personales y patrimoniales derivados de la declaración de nulidad, separación o divorcio -arts. 91 y ss. CC- se determinan en la sentencia de instancia, que puede mantener o modificar las medidas provisionales en función del resultado de la prueba practicada en el proceso matrimonial.

En el proceso matrimonial contencioso es posible que los cónyuges presenten en el acto de la vista acuerdos destinados a regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio -art. 774.1 LEC-. Estos acuerdos no vinculan al tribunal en las materias que no están sujetas a la libre disposición de las partes con arreglo a la legislación civil aplicable. El Fiscal impugnará en la vista cuantos acuerdos conyugales resulten perjudiciales o incompatibles con el superior interés de los hijos menores o incapacitados y si es preciso propondrá la prueba oportuna para clarificar las necesidades a las que se debe atender.

El párrafo 4 del art. 774 LEC prevé un elenco de materias sobre las que el tribunal se pronunciará obligatoriamente en sentencia: se trata de las medidas relativas a los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, disolución del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas.

En relación con los hijos del matrimonio, los aspectos más relevantes se referirán a la atribución de la patria potestad, guarda y custodia, uso de la vivienda y ajuar familiar y pago de alimentos para su atención personal y educación. Los acuerdos conyugales en estas materias no podrán redundar nunca en perjuicio de ellos, y por el Ministerio Fiscal se propondrá la prueba pericial psicológica que se estime precisa para determinar la salida más adecuada para el correcto desarrollo del menor o incapacitado.

Una vez fijadas en sentencia las medidas definitivas, su eficacia no se suspenderá aunque se recurra la decisión judicial -art. 774.5 LEC- y no podrá instarse su modificación si no se produce una alteración sustancial en las circunstancias que se tomaron en consideración para su adopción.

Están legitimados activamente para solicitar la modificación de las medidas definitivas el Ministerio Fiscal, si afectan a hijos menores o incapacitados, y los cónyuges. Hay que entender que el tribunal competente es el mismo que adoptó en su día las medidas definitivas, aunque la Ley nada dice al respecto.

La petición se tramitará de modo diverso según exista o no acuerdo de los cónyuges plasmado en convenio regulador. Si no hay acuerdo, se sigue el trámite del art. 771 LEC. Si hay acuerdo y convenio regulador, se sigue el trámite del art. 777 LEC.

El auto que se dicte de acuerdo con el trámite del art. 771 LEC no será susceptible de recurso, con lo que se niega la segunda instancia a la parte que se sienta perjudicada por una decisión adversa a sus intereses. No hay que perder de vista que la petición de modificación, si tiene éxito, podrá alterar el contenido de las medidas fijadas en sentencia y acordar medidas nuevas. La imposibilidad de recurrir el auto del tribunal de instancia se hará más difícil de comprender si resulta que la medida reformada fue adoptada por la Audiencia Provincial al conocer del recurso de apelación contra la sentencia.

La petición formulada de común acuerdo por los cónyuges acompañada de convenio regulador concluye por el contrario con el pronunciamiento de una sentencia, recurrible en apelación con libertad de criterio por el Ministerio Fiscal y limitadamente por los cónyuges en aquellos aspectos en que la decisión judicial se hubiere apartado de lo convenido -art. 777.8 LEC-.

Así lo hemos de entender ala luz de la remisión que hace el art. 775.2 cuando declara que «si la petición se hiciera por ambos cónyuges de común acuerdo o por uno con el consentimiento del otro y acompañando propuesta de convenio regulador, se seguirá el procedimiento establecido en el artículo siguiente», aunque esta remisión sea fruto de un evidente error, pues el trámite del proceso matrimonial de común acuerdo está recogido en el art. 777, no en el 776, que regula las especialidades de la ejecución forzosa de los pronunciamientos sobre medidas.

La asimetría que presenta el trámite de modificación de medidas definitivas, según sea contencioso o de común acuerdo, resulta sumamente perturbador y exige algún tipo de interpretación que faculte, al menos, el acceso a la segunda instancia de los autos dictados conforme al art. 771 LEC.

Resulta llamativo que la petición contenciosa de modificación de medidas definitivas se ventile en un proceso tan simplificado y expeditivo como es el previsto en el art. 771 para la adopción de medidas provisionales previas. Hubiera sido más lógico remitirse al procedimiento del art. 770 LEC como hacía el anteproyecto de LEC.

Quizá no se deba descartar por ello la conveniencia de promover, si se estima pertinente, el recurso de apelación contra el auto de modificación de las medidas definitivas pronunciado en el procedimiento contencioso del art. 771 LEC, aunque este es un asunto de muy dudosa resolución, dados los términos en que se halla redactada la LEC y la naturaleza imperativa de toda norma procesal.

La armonía del sistema, sin embargo, apunta en esta dirección, pues el mantenimiento de esta asimetría en el desenvolvimiento de los procedimientos resultaría sumamente contraproducente.

El art. 775.3 LEC autoriza a las partes a solicitar la modificación provisional de las medidas definitivas en la demanda o contestación. Estas medidas provisionales se adoptarían con arreglo al art. 773 LEC, cuyo párrafo 3 remite al art. 771 LEC. Debe celebrarse una comparecencia en el plazo de 10 días a la que se convoca al Ministerio Fiscal, si procede, y a las partes.

Lo peculiar de este trámite de modificación provisional de medidas es que, en los procedimientos contenciosos, pierde toda su utilidad, porque es el mismo que el previsto para resolver la solicitud de modificación de medidas definitivas, por lo que, previsiblemente, se acudirá directamente a discutir dicha modificación sin pretender una previa modificación provisional.

VII.4.E.- Procedimiento consensual

El art. 777 regula el procedimiento de separación y divorcio de común acuerdo el cual no presenta especialidades muy relevantes en relación con la regulación anterior contenida en la Disposición Adicional sexta de la Ley 30/1981.

La competencia territorial se regula en el art. 769.1 y 2 LEC produciéndose un extraño solapamiento de ambos párrafos. Según el párrafo 1, es competente el Juez de 1ª Instancia del lugar del domicilio conyugal y en caso de residir los cónyuges en distintos partidos

judiciales, a elección de los cónyuges que soliciten la separación o divorcio de común acuerdo, el del último domicilio del matrimonio, o el de residencia del demandado. Huelga decir que en un procedimiento de común acuerdo no existe propiamente demandado, pues la demanda se presenta de consuno por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro.

Hemos de entender por ello que el foro de competencia territorial específico de este tipo de procedimientos es el previsto en el art. 769.2: conocerá del asunto el Juez del último domicilio conyugal, o el del domicilio de cualquiera de los solicitantes.

El procedimiento principia por un escrito presentado de común acuerdo por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro, al que obligatoriamente deben acompañar el convenio regulador previsto en la legislación civil -art. 90 CC-.

También cabe la transformación del procedimiento contencioso de separación o divorcio en procedimiento de común acuerdo si las partes lo solicitan concurriendo los requisitos del art. 777 LEC -art. 770.5ª LEC-.

Los cónyuges ratifican por separado la solicitud y tras completarse la documentación presentada, si estuviere incompleta, se practica la prueba necesaria.

Si hubiere hijos menores o incapacitados el tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio regulador relativos a los mismos y les dará audiencia si tuvieren suficiente juicio, y en todo caso si hubieren cumplido los doce años -art. 777.5 LEC-.

El procedimiento termina por sentencia, concediendo o denegando la separación o divorcio, y pronunciándose sobre el convenio regulador. Contra la sentencia que deniegue la separación o divorcio, o contra el auto que establezca medidas diferentes de las convenidas por los cónyuges, podrán recurrir éstos en apelación. No es recurrible por los cónyuges la sentencia que acuerda la separación o el divorcio, y que aprueba el convenio regulador propuesto.

El Ministerio Fiscal, por el contrario, goza de una amplia legitimación activa para recurrir en apelación en defensa del interés público, por lo que puede impugnar la decisión judicial que se conforme con la propuesta de convenio de los cónyuges si estima que resulta perjudicial para los hijos menores o incapacitados -art. 777.8.2 LEC-. Los actos de impugnación del Fiscal deberán fundarse en motivos serios y meditados que le impidan aceptar los términos del convenio judicialmente homologado cuando los estime verdaderamente incompatibles con el interés público.

En materia de modificación de las medidas definitivas acordadas en sentencia o auto, el párrafo 9 establece la misma duplicidad de procedimientos ya señalada: si hay acuerdo de las partes, se sigue el trámite consensual del art. 777, en un procedimiento que termina por sentencia recurrible en apelación. Si no hay acuerdo de las partes, el procedimiento que se sigue es el del art. 771, que finaliza por auto. Entendemos que este auto debe ser susceptible de recurso de apelación con base en las consideraciones ya referidas.

VII.4.F.- Reconocimiento de efectos civiles a las sentencias canónicas de nulidad y a las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado

El párrafo 1 del art. 778 LEC instituye un verdadero proceso especial en el que se sustancian las demandas en solicitud de eficacia civil de las resoluciones dictadas por tribunales eclesiásticos sobre nulidad del matrimonio católico o sobre las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado. Se trata de un proceso especial y sumario ya que, presentada la demanda, el tribunal competente da audiencia por plazo de diez días al otro cónyuge y al Ministerio Fiscal para que aleguen frente a la demanda lo que estimen procedente, resolviendo el tribunal la cuestión mediante Auto.

Este procedimiento especial es autónomo y autosuficiente, de ratio limitada, y puede llevar aparejada la solicitud de adopción o modificación de medidas. Cuando además de la pretensión de eficacia civil de las resoluciones eclesiásticas se insta la adopción de medidas, el párrafo 2 del art. 778 no crea otro procedimiento distinto, sino que manteniendo la sumariedad esquemática del párrafo primero, inserta en el mismo, a modo de incidente, de la misma manera que en otros procesos regulados en el Capítulo IV del Título I del Libro IV LEC, el trámite para solventar la petición de modificación o adopción de medidas.

El texto original de la LEC remitía en realidad al art. 770, pero la corrección de errores publicada en el BOE nº 90, de 14 de abril de 2000 alteró la remisión legal, mejorando la sistemática, pues la primitiva referencia al art. 770 resultaba errónea en la medida en que este artículo regula el procedimiento principal para la sustanciación de las demandas de separación y divorcio, lo cual no encaja con la pretensión procesal que previene el art. 778. En cambio la cita al art. 775 es mucho más coherente y sistemática, ya que manteniéndose el esquema sumario del procedimiento creado en el párrafo 1 del art. 778, se rellena con la remisión al art. 775 la necesidad de proveer a la adopción de medidas o su modificación, ya que este precepto sí que está diseñado para la materia propia del tratamiento de las medidas.

VII.4.G.- Procesos relacionados con hijos no matrimoniales

El Capítulo IV del Título I del Libro IV LEC introduce una previsión específica para la regulación de los procesos que versen exclusivamente sobre guardia y custodia de los hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor al otro en su nombre. Aunque no se puede descartar a priori que entre cónyuges se pueda plantear una acción de este tipo que no pretenda afectar al vínculo matrimonial, en la mayor parte de los casos esta vía procesal atenderá a la regulación de los efectos que la extinción de una unión more uxorio pueda producir sobre los hijos habidos en la misma y alas medidas que se soliciten en relación con hijos extramatrimoniales habidos en relaciones ocasionales, asimilando su trámite al de los procesos matrimoniales.

El art. 770.6ª LEC dice que para la adopción de las medidas cautelares que sean adecuadas a dichos procesos se seguirán los trámites establecidos en esta Ley para la adopción de medidas previas, simultáneas o definitivas en los procesos de nulidad, separación o divorcio.

El proceso que tenga por objeto exclusivo la adopción en sentencia de medidas definitivas sobre guardia y custodia y la fijación de alimentos para los hijos menores, con exclusión de cualquier otra pretensión -división de bienes comunes, acciones reivindicatorias, de enriquecimiento injusto, o de cualquier otra naturaleza-, se acomodará a los trámites del proceso matrimonial correspondiente -consensual o contradictorio-, con idénticas facultades para acordar medidas provisionales previas y simultáneas.

Juez competente será el de 1ª Instancia del lugar del último domicilio común de los progenitores, y en el caso de residir los progenitores en partidos judiciales diferentes, a elección del demandante, el del domicilio del demandado o el de la residencia del menor.

La intervención del Fiscal es necesaria por aplicación de lo dispuesto en el art. 749.2 LEC, en defensa del interés de los menores.

VII.5. Procesos especiales relativos a menores

La nueva LEC regula como procesos especiales, en el Capítulo V del Título I de su Libro IV, dos procesos que tienen como característica común la de referirse al ámbito de las resoluciones adoptadas en materia de protección de menores. Asimismo, el art. 799 LEC determina las reglas de competencia territorial para otros dos procesos en materia de adopción, pero sin hacer más adelante ninguna otra mención relativa a los mismos.

Hay que tener presente que en estos procesos la intervención del Ministerio Fiscal, además de resultar necesaria por imperativo del art. 749 LEC, cobra una especial trascendencia por afectar ala tutela o guarda de los menores, respecto de las cuales la Ley le atribuye la superior vigilancia (art. 174 CC). En todos los procesos que afecten a menores, el Fiscal deberá orientar su actuación conforme a los principios recogidos en el art. 11.2 de la LO 1/1996, de Protección jurídica del menor, primando siempre el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir (art. 2 de la LO 1/1996). De manera particular velará para que se respete el derecho del menor a ser oído en el procedimiento, en los términos previstos en el art. 9 de la citada Ley.

La intervención del Fiscal en los procesos relativos a los menores debe, por tanto, ser especialmente vigilante, lo que incluye, en aquellos supuestos en que la previsible duración excesiva del proceso sea incompatible con la rapidez deseable en la adopción de medidas necesarias para proveer a las necesidades actuales y concretas del menor, la propuesta de adopción de las medidas cautelares pertinentes, para lo que está legitimado expresamente por el art. 158 CC, que autoriza al Juez para adoptar dentro de cualquier proceso (civil o penal) «las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guardia», y «en general, las demás disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios». El art. 216 CC añade que las medidas previstas en el art. 158 CC podrán ser acordadas por el Juez, de oficio o a instancia de cualquier interesado, en todos los supuestos de tutela o guarda, de hecho o de derecho, de menores, en cuanto lo requiera el interés de éstos.

VII.5.A.- La oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores

Corresponde a las entidades administrativas competentes en materia de protección de menores, conforme al art. 172 CC, apreciar la situación de desamparo con la consiguiente asunción de la tutela automática sobre el menor, así como adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda.

La declaración de la tutela automática produce tan sólo la suspensión del ejercicio de las facultades de naturaleza personal (no patrimoniales) inherentes a la patria potestad o tutela (párrafo 3º del art. 172.1 CC). Por este motivo, la Ley establece la obligación, a la entidad pública que adopte alguna de las medidas previstas en el art. 172.1 CC, de notificarlas en legal forma a los padres, tutores o guardadores, en un plazo de 48 horas; además, siempre que sea posible, en el momento de la notificación se les habrá de informar de forma presencial y de modo claro y comprensible de las causas que dieron lugar ala intervención de la Administración y de los posibles efectos de la decisión adoptada. En la misma notificación, se deberá instruir a los padres o tutores que se ven suspendidos en la patria potestad o tutela del recurso que cabe interponer contra la decisión adoptada o medio de que disponen para impugnarla, que es precisamente el proceso especial regulado en el art. 780 LEC. Asimismo, deberán ser informados del órgano competente para conocer del recurso y del plazo para interponer el mismo (art. 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre). No fijando la ley plazo alguno para la presentación de la reclamación ante el Juez, hay que entender que podrá presentarse en cualquier momento.

La previsión específica de que las decisiones administrativas de declaración de desamparo y asunción de tutela automática son recurribles ante la jurisdicción civil, sin necesidad de reclamación administrativa previa, ya estaba contenida en el art. 172.6 CC. Esta previsión se completaba con lo establecido en los números 2º y 3º de la Disposición Adicional 1ª de la LO 1/1996, con arreglo a la cual procedía aplicar las normas de la jurisdicción voluntaria para adoptar las medidas contra las resoluciones que declarasen el desamparo y la asunción de tutela automática, y en general para cualesquiera otras reclamaciones frente a resoluciones de las entidades públicas dictadas en el ejercicio de sus competencias en materia de menores. Esto, aun añadiendo que «quedará siempre a salvo el ejercicio de las acciones en la vía judicial ordinaria», se cohonestaba muy difícilmente con la naturaleza del procedimiento, que -al menos en el caso de impugnación de la tutela automática- era desde su origen indudablemente contencioso, ya que en él se introducían como pretensiones claramente enfrentadas la de la entidad administrativa y la de los padres o tutores.

La actual previsión del art. 780 LEC viene por tanto a introducir cierta coherencia en el tratamiento procesal de la materia. La aplicación de las normas de la jurisdicción voluntaria a los números 2º y 3º de la citada Disposición Adicional 1ª de la LO 1/1996 se debe entender derogada por la nueva LEC aun a falta de mención expresa, en la medida en que es totalmente incompatible con la vigencia del nuevo proceso especial (apartado 3 de la Disposición Derogatoria única de la LEC; téngase presente además que las Disposiciones Adicionales de la LO 1/1996 tienen, con arreglo a la Disposición Final 23ª, carácter de Ley ordinaria).

Sin embargo, aunque haya que entender derogada la referencia al procedimiento de jurisdicción voluntaria para su adopción, sí hay que considerar vigente la delimitación que en términos amplísimos establece la citada Disposición Adicional del ámbito de las resoluciones administrativas impugnables ante la jurisdicción civil. El proceso especial será el cauce procesal, por tanto, no sólo para la impugnación de las resoluciones que aprecien el desamparo y declaren la asunción de la tutela ministerio legis (objeto expresamente reconocido en el art. 172.6 CC), sino que se extenderá con carácter general a todas «las resoluciones administrativas en materia de protección de menores» (art. 780.1 LEC), o, como dice el nº 2º de la citada Disposición Adicional, a «cualesquiera otras reclamaciones frente a las resoluciones de las entidades públicas que surjan con motivo del ejercicio de sus

funciones en materia de tutela o guarda de menores», resoluciones cuyo contenido puede ser muy variado, dadas las amplias facultades que las autoridades administrativas tienen reconocidas en esta materia. Por otra parte, nada permite deducir que la voluntad de la nueva LEC es limitar las posibilidades hasta ahora existentes de impugnación directa ante la jurisdicción civil de todas las resoluciones administrativas dictadas en esta materia.

La competencia objetiva corresponde a los Juzgados de Primera Instancia y, entre éstos, allá donde existan, a aquéllos que en virtud de la especialización prevista en el art. 98 LOPJ y 46 LEC les haya sido atribuido el conocimiento de estas materias (ordinariamente, los Juzgados de Familia).

La competencia territorial la atribuye el art. 779 LEC al Juzgado del domicilio de la entidad protectora. De conformidad con lo establecido en la Disposición Final 22ª de la LO 1/1996, las entidades públicas protectoras son las designadas por las Comunidades Autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla, de acuerdo con sus respectivas normas de organización. Es decir, el fuero aplicable es el del domicilio del órgano que, en virtud de las normas autonómicas de atribución de competencias, haya dictado la resolución recurrida. La entidad pública, cuyo domicilio determina la competencia, puede ser por tanto una Consejería del Gobierno correspondiente, una Dirección General u órgano inferior, o un órgano con competencia restringida a un determinado territorio dentro de la Comunidad Autónoma, como puede ser el caso de una Delegación Provincial de la Consejería competente. No habrá lugar a aplicar en este proceso el fuero supletorio que el art. 779 LEC introduce con la expresión «y, en su defecto», ya que necesariamente, si se está impugnando una resolución administrativa, alguna tiene que haber sido la entidad pública que la haya adoptado; la previsión de un fuero supletorio sí tiene sentido en la todavía vigente regla 16 del art. 63 LEC 1881 (cuyo texto reproduce de manera redundante el citado inciso del art. 779 LEC), porque se refiere a todas las actuaciones judiciales sobre acogimiento y adopción, y en estas últimas sí es posible que no haya intervenido la entidad pública (supuestos excepcionales del art. 176.2 CC).

Respecto a la legitimación, teniendo en cuenta que la ley utiliza la expresión «quien pretenda oponerse a una resolución...», habrá de reconocérsela a cualquiera que ostente un derecho o interés legítimo, de manera análoga a lo previsto en el art. 19.1.a) de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y en todo caso al Ministerio Fiscal.

La analogía con el proceso contencioso-administrativo no se limita tan solo al aspecto de la legitimación, sino que resulta patente en la primera fase de tramitación del procedimiento especial, que comienza con la presentación de un escrito en el cual el recurrente se limita a expresar sucintamente su pretensión y la resolución a la que se opone. Reclamado por el Juez el expediente completo de la entidad administrativa, y aportado por ésta en el plazo de veinte días, se emplaza al actor por otros veinte días para que presente la demanda, la cual ya se tramitará a partir de este momento conforme al proceso especial regulado en el art. 753 LEC.

Por último, conviene recordar la vigencia de la Disposición Final 20ª de la LO 1/1996, que impone al Fiscal el deber de procurar que, incoado un procedimiento sobre reclamación frente a las resoluciones de las entidades públicas en materia de menores, se resuelvan en el mismo expediente todas las acciones e incidencias que afecten a un mismo menor. A pesar de que esto fue pensado y resultaría sin duda más fácil con arreglo a la legislación anterior,

conforme a la cual tales reclamaciones, acciones e incidencias se tramitaban en expedientes de jurisdicción voluntaria, no se debe excluir a priori que en algún caso el Fiscal pueda, como dice la norma, promover ante los órganos jurisdiccionales las actuaciones previstas en la legislación procesal, es decir, solicite en su caso la correspondiente acumulación de acciones o de procesos.

VII.5.B.- Procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción

El art. 177.2.2º CC dispone que deberán asentir a la adopción «los padres del adoptando que no se hallare emancipado, a menos que estuvieren privados de la patria potestad por sentencia firme o incursos en causa legal para tal privación». Varias son las observaciones que hay que hacer acerca de este precepto.

En primer lugar, que la expresión «incursos en causa legal» no ha de ser interpretada en términos procesales, es decir, como existencia de un procedimiento incoado y en el que se esté ejercitando la acción para privarles de la patria potestad, sino en términos meramente materiales, es decir, como constatación de la concurrencia de un motivo que con arreglo a la ley sea causa para privarles de la patria potestad, lo cual deberá haberse reflejado en la propuesta elevada por al entidad pública al Juez competente para tramitar el expediente de adopción, el cual habrá de comunicar esta circunstancia a los padres en la notificación en que se les cite para recabar su audiencia en lugar del asentimiento.

Por otra parte, para abordar correctamente la materia, no está de más recordar la diferencia que existe entre consentimiento, asentimiento y audiencia. El consentimiento es la declaración de voluntad expresada con la finalidad de dar vida a un negocio jurídico por quienes son partes en el mismo, y por tanto en la adopción únicamente pueden prestar consentimiento stricto sensu el adoptante y el adoptando al que se presume un capacidad mínima para comprender el sentido del negocio y obligarse en el mismo, capacidad mínima que la Ley ha cifrado en los doce años. El contenido de la declaración prestada por quien tiene que ser simplemente oído tiene como nota característica, por el contrario, la de no ser vinculante para la creación del negocio jurídico. Entre consentimiento y audiencia, se sitúa como tertium genus el asentimiento, que comparte con el consentimiento su carácter de declaración de voluntad vinculante y necesaria para constituir el negocio jurídico, y que comparte con la audiencia la característica de ser emitido por quien permanece ajeno al negocio jurídico que se constituye. De lo anterior, se deduce la trascendencia que tiene considerar que basta con la audiencia de los padres y no con su mero asentimiento, porque si fuese preciso este último la adopción no se podría constituir sin la aquiescencia o conformidad de los progenitores.

Asimismo, hay que tener presente que el CC no contiene una relación de «causas legales» para la privación de la patria potestad, sino que se limita en su art. 170 a establecer que se podrá privar de la patria potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, o en causa penal o matrimonial. Por tanto, el Juez puede prescindir del asentimiento de los padres cuando estime que éstos están incumpliendo sus deberes como padres, pero para ello es preciso, como el art. 177.2.2º CC establece, que tal situación se aprecie en un procedimiento judicial contradictorio, y añade que éste podrá tramitarse como dispone el art. 1827 LEC 1881, lo cual ya no es posible dado que dicho artículo ha sido derogado por la nueva LEC (párrafo 1.1ª de la Disposición Derogatoria única). El procedimiento contradictorio en el cual el Juez que esté tramitando la adopción habrá de

apreciar si los padres se hallan incursos o no en causa para privarles de la patria potestad es, por tanto, precisamente el regulado en el art. 781 LEC.

La lectura del art. 781 LEC, que dice que los padres que pretendan que se reconozca la necesidad de su asentimiento para la adopción podrán comparecer ante el Juez y manifestarlo así, plantea la duda de si el proceso contradictorio ha de desarrollarse en todo caso con carácter previo a la decisión del Juez de prescindir del asentimiento, como parece afirmar el art. 177.2.2º CC, o sólo si alguno de los padres o ambos optan expresamente por oponerse, como parece desprenderse de la dicción del art. 781 LEC. Tal como se configura el proceso especial, en el cual el progenitor que pretenda que se recabe su asentimiento adopta la posición de demandante, resulta claro que es precisa su iniciativa, y que el Juez que, sobre la base de la propuesta formulada por la entidad pública, considere que es suficiente la audiencia del progenitor en el expediente, debe citarle para la práctica de tal trámite, que será precisamente el momento en el que se podrá manifestar la oposición a la adopción, lo que en términos técnicos se traduce como pretensión de que se reconozca la necesidad de su asentimiento para la adopción. En ese momento, el Juez deberá suspender el expediente de adopción y, conforme al art. 781.1 LEC, fijar un plazo entre 20 y 40 días para la presentación de la demanda; presentada ésta, se tramitará conforme a las normas generales del art. 753 LEC. Si no se presenta la demanda en el plazo, se levantará mediante auto la suspensión del expediente de adopción y ya no se admitirá que el mismo sujeto formule más adelante idéntica pretensión (art. 781.2). Aunque el progenitor citado para audiencia no manifieste expresamente su oposición a la adopción, también en este caso se le debe instruir igualmente del derecho a formular oposición por considerar que es preciso su asentimiento, fijándole el mismo plazo de entre 20 y 40 días para que en su caso presente la oportuna demanda; transcurrido el plazo sin haber sido presentada, el expediente de adopción podrá seguir su curso, considerándose que de este modo también se ha cumplido, como preceptúa el art. 177.2.2º CC, con la exigencia de valorar la concurrencia de una causa para la privación de la patria potestad en un procedimiento judicial contradictorio.

La competencia territorial corresponde al Juzgado de Primera instancia del domicilio de la entidad protectora o en su defecto -supuestos en que conforme al art. 176.2 CC no es precisa la propuesta previa de la entidad para la adopción- del domicilio del adoptante, que coincidirán en todo caso con el Juzgado competente para tramitar el expediente de adopción (regla 16 del art. 63. LEC 1881, que sigue vigente). Más sencillo hubiese resultado, para evitar cualquier posible duda de competencia entre Juzgados en aquellos casos en que haya más de un Juzgado en la localidad y se deba acudir a las normas de reparto, atribuir la competencia al mismo Juzgado que esté tramitando la adopción. Ésta puede deducirse al menos que es la voluntad clara de la Ley, que atribuye al mismo Juez que tramita la adopción la competencia para fijar el plazo de presentación de la demanda y para en su caso dictar auto alzando la suspensión del expediente de adopción, lo que parece indicar que es ante él ante quien necesariamente ha de presentarse la demanda.

VII.5.C.- Los procesos relativos a la adopción de los arts. 179 y 180 CC

Se trata de los procesos para excluir al adoptante de los derechos y deberes derivados de la adopción, de manera análoga y por las mismas causas previstas para la privación de la patria potestad (art. 179), y del proceso de extinción de la adopción a petición del progenitor que sin culpa suya no hubiese intervenido en el expediente de adopción (art. 180).

El art. 779 LEC se limita a decir que la competencia en estos procesos corresponderá al Juzgado del domicilio del adoptante, es decir, del demandado, coincidiendo de esta manera con el fuero general establecido por la LEC en su art. 50. No dice que se hayan de tramitar por las normas del proceso especial, ni menciona ninguna peculiaridad del procedimiento, por lo que no alcanza a comprenderse bien la inclusión de ese inciso en el art. 779 LEC, máxime si se tiene en cuenta que es mera reproducción literal del contenido de la regla 16 del art. 63 de la LEC 1881, que sigue vigente. La única finalidad de la introducción de este inciso parece haber sido conservar la norma competencial de la LEC 1881 en caso de una eventual derogación de la misma cuando se produzca la entrada en vigor de la proyectada Ley sobre Jurisdicción Voluntaria (apartado 1.1ª de la Disposición Derogatoria única de la LEC), dado que se trata de procesos contenciosos que no van a ser regulados en dicha Ley. Nada permite suponer, sin embargo, que se ha pretendido dar estos procesos la misma tramitación que a los procesos regulados expresamente en los arts. 780 y 781 LEC.

Por otra parte, si se hubiese querido que estos procesos se tramitasen por las reglas del proceso especial, así debería haberse indicado en la relación de procesos del art. 748 LEC. Ni siquiera a través de los números 4º ó 7º de este artículo cabe incardinarlos en el ámbito del proceso especial. Por un lado, de ninguno de ambos procesos se puede decir que verse exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores (nº 4º del art. 748), ya que ambos pueden producir efectos patrimoniales al influir sobre los derechos hereditarios recíprocos (del adoptante en la herencia del adoptado en el caso del art. 179 CC, del adoptado en la herencia del adoptante en el caso del art. 180 CC). Por otro lado, el objeto específico del proceso del art. 180 CC puede ser ciertamente que los padres no hayan sido citados para prestar el asentimiento sin culpa suya, lo que podría tener quizás cabida en el nº 7º del art. 748, pero también puede serlo el que no hayan sido citados siquiera para el trámite de audiencia, lo cual excede la literalidad del citado precepto.

La conveniencia, en el caso del art. 179 CC, de que se siga un procedimiento análogo al que se ha de seguir para la privación de la patria potestad (art. 170 CC), y en ambos casos la trascendencia de los efectos que la resolución recaída en estos procesos va a tener, en particular sobre la persona del menor, aconsejan extremar las garantías procesales. Por lo tanto, no existiendo disposición expresa en contrario, conforme a la regla del art. 249.2 LEC, ambos procesos deberán seguirse, al igual que el juicio para privación de la patria potestad, por los trámites del juicio declarativo ordinario.

VIII. PROTECCIÓN JURISDICCIONAL CIVIL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

VIII.1. Introducción

La nueva LEC viene a simplificar, desde el punto de vista procesal, la protección civil de los derechos fundamentales disponiendo un tratamiento unitario para recabar la tutela jurisdiccional de tales derechos.

De un lado, el art. 249.1.2ª establece que se decidirán en juicio ordinario, cualquiera que sea su cuantía, «las demandas que pretendan la tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la

propia imagen, y las que pidan la tutela judicial civil de cualquier otro derecho fundamental, salvo las que se refieran al derecho de rectificación».

De otro, la Disposición Derogatoria única en su punto 2.3ª deroga, de forma expresa, los arts. 11 a 15 de la Ley 62/1978 de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales que configuraban hasta ahora la garantía jurisdiccional civil de tales derechos.

Por consiguiente, en la actualidad, el único cauce procesal adecuado para recabar la protección jurisdiccional civil de los derechos fundamentales es el del proceso declarativo ordinario cuya regulación se recoge en los arts. 399 y ss. LEC. Ello implica, en definitiva, que la mención que el art. 9.1 de la LO 1/1982 hace de las vías procesales ordinarias y del procedimiento previsto en el art. 53.2 de la Constitución para recabar la tutela judicial de los derechos comprendidos en el ámbito de aplicación de dicha ley, debe de ser reinterpretada, entendiéndola referida, al proceso declarativo ordinario que regula la nueva LEC, quedando sin efecto, asimismo, la remisión que su Disposición Transitoria segunda efectuaba a la Ley 62/1978, que, como se acaba de exponer, ha sido derogada.

VIII.2. Naturaleza y ámbito del procedimiento

El propósito del legislador ha sido el de cumplir, por fin, en el orden civil, con el mandato contenido en el art. 53.2 de la Constitución, lo que convierte al proceso declarativo ordinario de tutela de los derechos fundamentales en la vía judicial previa a la interposición del recurso de amparo en dicho orden jurisdiccional. En acatamiento a los principios consagrados en el citado precepto constitucional, la LEC reviste este proceso de tutela de los derechos fundamentales de unas especialidades propias que le singularizan respecto del juicio ordinario común.

La concepción, desde el prisma de la LEC, de este proceso como el amparo judicial ordinario se traduce en la necesaria coincidencia entre su ámbito de aplicación y los derechos consagrados en el art. 53.2 de la Constitución. Por ello, sólo tienen cabida en este cauce procesal aquellas pretensiones que tengan por finalidad la tutela de alguno de los derechos fundamentales y libertades públicas contempladas en el citado precepto constitucional, esto es, las consagradas en los arts. 14 a 30 de la Constitución, éste último en lo relativo a la objeción de conciencia, quedando fuera del mismo la invocación de la infracción de derechos o preceptos constitucionales distintos de los antes enunciados.

Esta regla tiene, a su vez, dos excepciones: a) El derecho de rectificación, excluido expresamente por el art. 249.1.2º, cuya tutela se recabará, sin la intervención del Fiscal, a través del juicio verbal conforme a los arts. 250.1.9º LEC y 6 LO 2/1984; b) los derechos fundamentales que, en sí mismos, consisten en derechos y garantías procesales que, por su sustancia y contenido, solo pueden ser violados en el seno de un proceso. El logro de la finalidad de procurar una rápida protección de estos derechos que pretende la LEC se canaliza entendiendo que las posibles infracciones de los mismos, que no son otros que los consagrados en el art. 24 de la Constitución, habrán de remediarse en el seno del proceso en el que se han producido, sin que sea lícita su invocación autónoma en un nuevo proceso declarativo ordinario, respondiendo, a tal fin, según la Exposición de Motivos, múltiples disposiciones de la Ley.

En este punto, deberá recordarse que respecto de los derechos al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, que constituyen uno de los principales exponentes de la pretensión civil de tutela de derechos fundamentales, existen una serie de especialidades reguladas en la LO 1/1982, de 5 de mayo que mantienen su vigencia al no resultar afectadas por la nueva LEC, sin que, por ello, hayan sufrido modificación su interpretación y aplicación.

Además, la búsqueda de una inmediata y pronta respuesta judicial se plasma en el carácter preferente que el citado art. 249.1.2º atribuye a la tramitación de tales procesos y que se extiende, asimismo, a la ejecución provisional de las sentencias que en ellos se dicten (art. 524.5). Preferencia que ha de ser entendida como sinónimo de prioridad en su tramitación respecto de los restantes procesos declarativos ordinarios, de manera que se antepongan temporalmente al resto, saltándose el orden de antigüedad establecido, pues, sólo así, podrá otorgarse la tutela judicial rápida que toda violación de un derecho fundamental reclama, y que proclama el art. 53.2 de la Constitución.

Las especialidades expuestas que vertebran la protección civil de los derechos fundamentales habrán de ser tenidas en cuenta por los Sres. Fiscales quienes velarán por su cumplimiento en el despacho de los asuntos que les correspondan.

VIII.3. Intervención del Fiscal

La función constitucional que el art. 124 de la Constitución asigna al Fiscal tiene su reflejo en el art. 249.1.2º LEC, a tenor del cual «en estos procesos será siempre parte el Ministerio Fiscal» , afirmación que encuentra su razón de ser en el interés público que dimana de las pretensiones que en este proceso se ejercitan. Ello se traduce en la intervención del Fiscal en todos los trámites del proceso, debiendo ser notificado de cuantas resoluciones se dicten en su seno y recibir traslado de cuantos escritos presenten las partes. Tal conclusión no se ve enervada por el hecho de que en los preceptos que regulan el juicio declarativo ordinario no aparezca ninguna mención al Fiscal, pues ello no es más que la consecuencia del tratamiento común que la ley otorga a dicho proceso, apto para ventilar y decidir diversos tipos de contiendas judiciales, en la mayoría de las cuales no está prevista legalmente la intervención del Ministerio Público, a diferencia de lo que ocurre, precisamente, con la tutela de los derechos fundamentales. En este caso, la condición de parte que ostenta el Fiscal aparece consagrada, sin lugar a dudas, por la previsión específica contenida en los arts. 249.1.2º y 6.1.6º LEC, que constituye la concreción, en el ámbito de este proceso, de la función de intervención en los procesos judiciales de amparo que el art. 3.12 EOMF atribuye expresamente al Fiscal.

VIII.4. Competencia objetiva

La competencia objetiva corresponde a los Juzgados de Primera Instancia y la territorial se atribuye, a tenor del art. 52.1.6º, al «Tribunal del domicilio del demandante, y cuando no lo tuviere en territorio español, al tribunal del lugar donde se hubiera producido el hecho que vulnere el derecho fundamental de que se trate». Esta regla modifica el fuero territorial que establecía el derogado art. 11.1 de la Ley 62/1978 en favor de «la localidad donde se haya

producido el hecho» y que había originado una constante línea jurisprudencial de atribución de la competencia territorial al Juzgado de Primera Instancia del lugar donde se efectúo la edición y distribución de la correspondiente publicación, en aquellas transgresiones atentatorias del derecho al honor cometidas a través de la prensa escrita.

En la actualidad, el fuero legal imperativo principal es el del domicilio del actor, y el lugar donde se ha producido el hecho vulnerante del derecho fundamental actúa, únicamente, como fuero legal imperativo subsidiario, para aquellos casos en los que el demandante tuviera su domicilio en el extranjero.

VIII.5. Legitimación

En cuanto a la legitimación activa, dado el silencio de la LEC, que implica una remisión a las normas generales sobre la capacidad para ser parte, y por el juego de los arts 6 y 249.1.2º de la LEC, y 24.1 y 162.1.b de la Constitución, ha de entenderse que la ostentan quienes sean titulares de un interés legítimo en el restablecimiento del derecho fundamental vulnerado, superando, de esta forma, el estrecho marco que consagraba el derogado art. 12.1 de la Ley 62/1978 al atribuir la legitimación a los titulares del derecho subjetivo vulnerado. No resulta ocioso poner de manifiesto que la inclusión en el art. 6.1.5º de las entidades sin personalidad jurídica, supone reconocer a tales entes legitimación activa, plasmando la doctrina del Tribunal Constitucional de conceder tal legitimación a miembros de etnias, colectividades de extranjeros, etc., surgida a raíz de la sentencia 214/1991.

Respecto del Fiscal, goza de legitimación activa originaria, con carácter general, por mor de los arts. 6.1.6º y 249.1.2º , lo que ya había sido reconocido en el desaparecido art. 12.1 de la Ley 62/1978. No obstante, tratándose de los derechos al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, únicamente podrá ejercitar las acciones en defensa de la persona fallecida en los supuestos del art. 4.3 de la LO 1/1982. Además, ostenta legitimación activa por sustitución en los casos de menores o de incapaces respecto de los cuales se produzca la violación de un derecho fundamental. Por último, su legitimación pasiva aparece consagrada por el citado art. 249.1.2º, tal y como ya se ha expuesto.

VIII.6. Otras cuestiones relativas al procedimiento

En cuanto al procedimiento, el diseño del proceso declarativo ordinario contemplado en la LEC permite distinguir, fundamentalmente, varias fases: una primera de alegaciones, escrita, compuesta, esencialmente, de los escritos de demanda (art. 399) y de contestación a la demanda (art. 405), donde las partes fijan los términos de la contienda. Y dos fases posteriores orales, donde predominan los principios de inmediación y concentración que inspiran la filosofía de la nueva LEC, la audiencia previa (art. 414), en la que, a falta de acuerdo o transacción entre las partes que evite el proceso, se procede al examen y resolución de las cuestiones procesales planteadas (art. 416), se fijan de forma definitiva cuáles son los hechos controvertidos y en cuáles otros las partes están de acuerdo (art. 428) y, por último, se propone y admite, en su caso, la prueba (art. 429). Y el juicio, que tiene

por objeto la práctica de las pruebas y la formulación por las partes de sus conclusiones (art. 431).

En este proceso la actuación del Fiscal debe estar orientada a la defensa de los derechos de los ciudadanos y del interés público que le encomiendan los arts. 124 de la Constitución y 3.3 del EOMF. Tal finalidad no debe verse obstaculizada por la existencia de eventuales disfunciones procesales que puedan originar un cierto menoscabo en el fiel desempeño de la tarea constitucionalmente impuesta, como pudiera ocurrir en aquellos supuestos en los que al Fiscal se le exigiese informar por escrito u oralmente sin conocer la postura sostenida por cada una de las partes en litigio.

No conviene olvidar que la contienda jurisdiccional planteada no deja de ser una contienda entre partes privadas, donde lo que está en juego son intereses particulares, sin perjuicio del interés público que trasciende al particular de los litigantes y que es el que justifica la intervención del Fiscal, por lo que no resulta irrazonable que pueda éste disponer de los escritos y documentos o conocer las conclusiones de ambos contendientes antes de evacuar los distintos trámites procesales.

En este sentido, la contestación a la demanda por el Fiscal debería efectuarse, tal y como ya se ha expuesto en la Introducción, al hablar de la posición del Fiscal en los procesos civiles, con conocimiento de lo alegado por el demandado. Además de las razones que, con carácter general, allí se adujeron, dicha tesis encuentra, también, su apoyo, en otra serie de consideraciones que cabe extraer del propio diseño del proceso declarativo ordinario.

En efecto, es en la contestación a la demanda donde las partes deben aportar los documentos, dictámenes periciales e informes en que funden sus pretensiones (art. 265) y donde deben aducir las excepciones procesales que puedan impedir la prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo (art. 405.3), por lo que el Fiscal, de contestar simultáneamente la demanda, desconocería tal documentación e, incluso, su facultad de aportar documentos o de aducir excepciones procesales podría resultar obstaculizada, si sólo conoce parte de la contienda.

Además, la posibilidad de dictar sentencia sin necesidad de celebración del juicio se encuentra expresamente prevista, fuera del supuesto de acuerdo entre las partes, en otras dos ocasiones: si durante la celebración de la audiencia previa se llega a una conformidad sobre los hechos y la discrepancia queda reducida a cuestiones jurídicas (art. 428.3), o cuando la única prueba admitida es la de documentos ya aportados al proceso y no impugnados, o informes periciales cuya ratificación en el juicio no se solicite (art. 429.8). En tales casos, el Fiscal no se habrá pronunciado, en realidad, sobre el fondo, al haberse limitado a una contestación formularia.

Por ello, de darse un traslado simultaneo, los Sres. Fiscales formularán el escrito de contestación a la demanda, como ya se ha señalado en la Introducción, abordando las cuestiones procesales y, tras poner de manifiesto la dificultad de pronunciarse sobre el fondo al desconocer la postura del demandado, interesando un nuevo traslado con la contestación de éste.

Ahora bien, cuando, pese a lo que se acaba de exponer, el escrito de contestación del Fiscal haya sido formulario, y concurra, además, alguno de los supuestos, ya señalados, de posible

sentencia inmediata, los Sres. Fiscales deberán manifestar en la audiencia previa, donde ya tendrán a su disposición la contestación y documentos presentados por el demandado, su postura sobre el fondo del asunto. Para ello harán constar la misma, bien en el trámite de fijación de los hechos cuando exista conformidad de las partes sobre los mismos (art. 428.1 y 3), bien en el trámite de proposición de prueba cuando la propuesta reúna los requisitos del art. 429.8.

Los anteriores criterios deben servir igualmente de pauta a la hora de pronunciarse acerca del orden de intervención del Fiscal en los actos procesales de carácter oral. Sobre este extremo nada dice la LEC, si bien la posición especial que ostenta el Fiscal en el cumplimiento de su misión constitucional de defensa de los derechos fundamentales y del interés público aconseja, también, que intervenga en último lugar, tanto en los distintos trámites de la audiencia previa como en el juicio. En el desarrollo del juicio entrará, además, en juego otra de las novedades de la LEC, la desaparición de la tradicional confesión de las partes, que ha sido sustituida por una declaración que versará sobre las preguntas formuladas en un interrogatorio libre (art. 302), lo que refuerza la posición que se preconiza de intervención del Fiscal tras los litigantes. Es por ello que los Sres. Fiscales procurarán llevar al convencimiento de los integrantes de los distintos órganos jurisdiccionales la conveniencia de que así sea.

Finalmente, en consonancia con su condición de vía judicial previa al amparo, en estos procesos queda abierto el acceso al recurso de casación que el art. 477.2.1º LEC permite respecto de las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales.

IX. ACERCA DE LA PREPARACIÓN E INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN POR EL MINISTERIO FISCAL

Una de las numerosas novedades que el recurso de casación presenta en la LEC estriba en el hecho de que la preparación del recurso y, ahora también, la interposición se han de efectuar ante el Tribunal a quo. En consecuencia, los Fiscales de las Audiencias Provinciales habrán de formalizar los trámites de preparación e interposición del recurso de casación, pese a que, posteriormente, el recurso se sustanciará ante la Sala 1a del Tribunal Supremo y, por tanto, sean los Fiscales de dicho Tribunal quienes intervengan en la casación.

Al objeto de evitar la descoordinación y, en definitiva, en aras de lograr la unidad de criterio, evitando que se produzcan disparidades en la postura mantenida por el Fiscal que prepara e interpone el recurso y el Fiscal del Tribunal Supremo que ha de sustanciarlo, se hace preciso que se articulen mecanismos de comunicación entre tales Fiscalías.

En este sentido, los Sres. Fiscales antes de la preparación del recurso si ello fuere posible y, en todo caso, en el plazo desde la preparación hasta la interposición del recurso comunicarán con la Fiscalía de lo Civil del Tribunal Supremo, por el medio más rápido posible -inclusive por vía telefónica-, y remitirán los antecedentes documentales necesarios.

La solución apuntada no es nueva. Así, respecto del planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad, la Circular 1/1986 de la Fiscalía General (completada por la Circular

2/1999) ya indicaba la necesaria comunicación y consulta, con remisión de antecedentes a la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional.

En todo caso, conviene sentar algunos criterios sobre la preparación e interposición de los recursos.

El recurso de casación sólo cabe contra las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales que encajen en alguno de los tres supuestos que enumera el art. 477.2 LEC: las dictadas en juicio ordinario (art. 249.1.2º) para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, salvo el de rectificación; las dictadas en juicio ordinario en relación con demandas de cuantía superior a 25 millones de ptas.; y, finalmente, las sentencias en que la resolución del recurso presente interés casacional. Como quiera que tales supuestos son excluyentes el Fiscal deberá solicitar en su escrito la preparación al amparo de uno de ellos, dado que el Tribunal no puede reconducir a otro distinto del invocado por la parte.

El concepto de «interés casacional», recogido en el art. 477.3 LEC, será la única vía de interposición del recurso en muchos de los supuestos en que está prevista la intervención del Ministerio Fiscal. Así, excepto en los procesos de tutela de derechos fundamentales, existen una serie de materias (capacidad, filiación, alimentos, matrimonio, etc.) en las que no siendo posible establecer su cuantificación (arts. 251 y ss.) o resultando difícil alcanzar el límite establecido ahora por la LEC, sólo podrán llegar a conocimiento del Tribunal Supremo en caso de que concurra el aludido «interés casacional».

A tal efecto, es de señalar que cuando se invoque interés casacional, deberán observarse en los escritos de preparación e interposición una serie de formalidades que, a tenor de los criterios adoptados en diciembre de 2000 por la Junta General de los Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo, pueden reseñarse del modo siguiente.

En el escrito de preparación del recurso, a fin de evitar la inadmisibilidad por haber incurrido en defecto de forma (art. 483.2.1º), deberán los Sres. Fiscales expresar una serie de circunstancias que varían en función de la concreta causa en que se apoye dicho interés casacional. Así:

- En los casos en que se invoque oposición de la sentencia recurrida a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, es preciso citar dos sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo que conformen la doctrina jurisprudencial contrariada por la sentencia recurrida, y, asimismo, razonar en qué consiste dicha vulneración.

- Si se argumenta la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre puntos y cuestiones resueltas en la sentencia que se pretende recurrir, habrán de citarse sentencias firmes de Audiencias Provinciales, dos de un mismo órgano jurisdiccional y otras dos de sentido contrario de otro órgano diferente. En definitiva, han de señalarse cuatro por cada punto de discusión, evitando la invocación masiva y asistemática de sentencias. Deberá, además, razonarse acerca de la identidad de supuestos entre las sentencias y la disparidad de criterios entre éstas.

- El interés casacional fundado en la existencia de normas con vigencia inferior a cinco años determinará que en el escrito se haya de identificar la disposición legal e indicar la

inexistencia de un lapso superior de tiempo entre la entrada en vigor de la norma y la fecha de la sentencia recurrida.

En el escrito de interposición, igualmente para evitar la inadmisión del recurso por incumplimiento de los requisitos establecidos para tal escrito (art. 483.2.2º), habrán de hacer constar los Sres. Fiscales los siguientes datos en relación con el interés casacional cuando sea ésta la vía invocada para sostener la recurribilidad de una sentencia determinada: se habrá de acompañar certificación de la sentencia impugnada y el texto completo de las sentencias de las Audiencias Provinciales que se aduzcan como fundamento del interés casacional, con expresión de su firmeza (art. 481.2), y, de otra parte, habrá de expresarse razonadamente cuanto se refiere al tiempo de vigencia de la norma y a la inexistencia de doctrina jurisprudencial relativa a la norma que se estime infringida (art. 481.3).

En tanto no se modifique la LOPJ el recurso extraordinario por infracción procesal se adecuará a las previsiones que establece la Disposición Final decimosexta de la LEC.

Ante la inexistencia de previsión legal acerca de la legitimación del Fiscal en este recurso, el Ministerio Fiscal sólo intervendrá en los recursos extraordinarios por infracción procesal que se sustancien en aquellos procesos en los que haya intervenido como parte. En los procesos en que no sea parte, pese a la invocación como posibles motivos del recurso extraordinario de la infracción de normas sobre jurisdicción y competencia (art. 469.1.1º) o la vulneración de alguno de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la CE (art. 469.1.4º) el Fiscal, por decisión del legislador, no tendrá intervención.

Únicamente serán recurribles extraordinariamente por infracción procesal, por los motivos establecidos en el art. 469, las resoluciones señaladas en el art. 477 como susceptibles de acceso al recurso de casación. Y el recurso extraordinario por infracción procesal, sin interposición conjunta de recurso de casación, sólo será admisible, contra las resoluciones señaladas en los apartados 1º y 2º del art. 477 LEC (derechos fundamentales o cuantía superior a 25 millones de ptas.).

En el escrito preparatorio de este tipo de recurso habrá de cuidarse de expresar cómo y en qué momento se efectuó la denuncia y se pidió la subsanación de la infracción procesal o violación de derecho fundamental del art. 24 de la Constitución (art. 470.2 en relación con el art. 469.2). En el escrito de preparación (art. 471) se expondrá razonadamente la infracción o vulneración cometida y se expresará de qué manera influyeron en el resultado del proceso.

Por último es de señalar que, a tenor del punto 2 de la Disposición Final decimosexta, los arts. 490 a 493 que contienen la regulación del recurso en interés de la ley no serán de aplicación en tanto las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia carezcan de competencia para conocer, con carácter general, de los recursos extraordinarios por infracción procesal.

Llegado ese momento parece oportuno que los Fiscales de los Tribunales Superiores de Justicia remitan copia a la Fiscalía de lo Civil del Tribunal Supremo de cuantas sentencias se dicten por tales Tribunales en resolución del recurso extraordinario por infracción procesal, facilitando de ese modo el conocimiento de tales sentencias por la Fiscalía del Tribunal

Supremo en orden al ejercicio de la legitimación activa para la interposición del recurso en interés de la ley ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

X. ALGUNOS EFECTOS DE LA LEC EN EL PROCESO PENAL

La regulación contenida en la LEC no agota sus efectos en el orden jurisdiccional civil sino que los extiende más allá, alcanzando a otros órdenes jurisdiccionales.

En el proceso penal, dicha incidencia se produce por una triple vía.

En primer lugar, algunos preceptos de la LECrim han sido reformados por la LEC en la Disposición Final 12ª. Así, el art. 201 de la LECrim, que ajusta su redacción al tenor del art. 184.1 LOPJ, señalando que «todos los días y horas del año serán hábiles para la instrucción de las causas criminales, sin necesidad de habilitación especial». Igualmente, el art. 852 LECrim que señala, en parecidos términos que el art. 5.4 LOPJ, que «En todo caso, el recurso de casación podrá interponerse fundándose en la infracción de precepto constitucional». Finalmente, la modificación operada en los arts. 54, 56, 63 y 68 de la LECrim, referidos a la abstención y recusación, que se halla pendiente de la anunciada reforma de la LOPJ para su entrada en vigor, según establece la Disposición Final 17ª.

En segundo lugar, las frecuentes remisiones que en la LECrim se efectúan a la LEC han de entenderse ahora hechas respecto del contenido de la nueva Ley, sin que pueda interpretarse que la derogada LEC de 1881 goza de ultraactividad a estos solos efectos.

En este sentido, las referencias que se hacen en los arts. 245, 536 o 613 de la LECrim a la vía de apremio, antes regulada en los arts. 1481 a 1531 LEC 1881, se han de entender ahora hechas a los arts. 634 a 680 LEC. Igualmente, la remisión del art. 598 LECrim en materia de embargo de los bienes del procesado debe entenderse hecha ahora a los arts. 592, 606 y 607 LEC. De otra parte, la remisión del art. 258 LECrim a los arts. 437 a 459 de la LEC 1881 en materia de correcciones disciplinarias ha de entenderse que alcanza ahora a las importantes previsiones que contienen los arts. 183.5, 247 y 288 LEC en materia disciplinaria, sin perjuicio de las contenidas además en la LOPJ. En cuanto a las tercerías de dominio o de mejor derecho que se susciten en la fase de ejecución de un proceso penal, el art. 996 LECrim remite a la LEC, debiendo entenderse aplicables los arts. 593 y ss. y 613 y ss. de la nueva LEC; y subsistentes los criterios de la Fiscalía General expresados en la Consulta 2/1972 y en la Circular de 31 de marzo de 1989 sobre la competencia del juez civil para conocer de las mismas. Por último, la remisión del art. 989 LECrim al art. 385 LEC 1881 en materia de ejecución provisional de resoluciones penales sobre responsabilidad civil ha de entenderse referida a los arts. 524 a 537 LEC.

En tercer lugar, la LEC es de aplicación supletoria en aquellas materias no reguladas en la LECrim, por imperativo de los dispuesto en su art. 4. Es sin duda ésta la vía por la que se produce la principal incidencia de la LEC en el proceso penal, habida cuenta de que bastantes cuestiones resueltas en la nueva LEC son extrapolables al proceso penal. Hemos de mencionar seguidamente algunas de ellas.

En materia de comunicaciones procesales, serán de aplicación en el proceso penal lo dispuesto en los arts. 135.5 y 162 respecto de la presentación o recepción de escritos por las partes -lo que alcanza indudablemente al Ministerio Fiscal- a través de medios electrónicos, telemáticos, de infotelecomunicaciones o de otra clase semejante. Se abre, por tanto, un amplio campo a la agilización de las comunicaciones del Fiscal con el órgano judicial.

El orden de preferencias en caso de coincidencia de señalamientos judiciales se ha visto alterado en la LEC. En el art. 188.6º se establece la preferencia de las causas criminales con preso sobre el resto de los señalamientos. No existiendo ninguna causa con preso o tratándose las coincidentes de dos causas con preso, el nuevo criterio sentado se aleja del dato del rango jerárquico del órgano judicial ante el que ha de celebrarse la vista, atendiendo al criterio cronológico de la fecha del señalamiento y, a igual fecha, a la antigüedad del procedimiento.

En materia de prueba acaso convenga citar, por su especial importancia práctica en el proceso penal, la previsión del art. 370 LEC que establece la figura del testigo-perito, al admitir que el testigo que además posea conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos pueda ser interrogado acerca de los mismos.

Por último, merece especial atención las consecuencias derivadas de la infracción de las normas de reparto en el orden jurisdiccional penal tras la regulación del reparto de asuntos en la LEC.

La LEC ha regulado las normas de reparto en los arts. 68 a 70, completando las disposiciones contenidas en el art. 167 LOPJ y en los arts. 24 a 28 del Reglamento 5/1995, de 7 de junio, del Consejo General del Poder Judicial, sobre aspectos accesorios de las actuaciones judiciales.

El art. 68 establece en sus apartados 3 y 4 lo siguiente:

«3. Contra las decisiones relativas al reparto no procederá la declinatoria, pero cualquiera de los litigantes podrá impugnar la infracción de las normas de reparto vigentes en el momento de la presentación del escrito o de la solicitud de incoación de actuaciones.

4. Las resoluciones dictadas por tribunales distintos de aquel o aquellos a los que correspondiese conocer según las normas de reparto se declararán nulas a instancia de la parte a quien perjudicaren, siempre que la nulidad se hubiese instado en el trámite procesal inmediatamente posterior al momento en que la parte hubiere tenido conocimiento de la infracción de las normas de reparto y dicha infracción no se hubiese corregido conforme a lo previsto en el apartado anteriores».

Se establece, por tanto, un régimen en el caso de vulneración de las normas de reparto que permite la declaración de nulidad, a instancia de parte perjudicada, de lo actuado por el Tribunal distinto de aquel a quien le correspondiere conocer con arreglo al reparto.

Surge la cuestión acerca de la aplicabilidad de tal precepto al orden jurisdiccional penal.

En principio, la supletoriedad proclamada en el art. 4 LEC lleva a una respuesta afirmativa. Sin embargo, dicha solución ha de ser examinada más detenidamente habida cuenta de los

caracteres propios que presenta el proceso penal. Y en este sentido, varios argumentos militan a favor de la postura contraria.

De una parte, el art. 68 comienza circunscribiendo expresamente el reparto a «todos los asuntos civiles», sin que en otras normas que disciplinan determinadas materias se establezca dicha mención a lo civil cuando claramente afectan a otros órdenes jurisdiccionales. Y en este sentido la Exposición de Motivos de la LEC al justificar la solución acogida en materia de reparto alude en todo momento a la justicia civil.

En el proceso penal los presupuestos procesales relativos a la competencia no quedan, en ningún caso, a la libre voluntad de las partes. A diferencia del proceso civil en el que es posible, en determinados supuestos, que se altere la competencia territorial a través del instituto de la sumisión (arts. 56 y 57), en el proceso penal todas las competencias, también la territorial, han de ser revisadas de oficio, sin que las partes puedan alterarla. Ahora bien, junto a esa regla, la alteración de la competencia territorial no determina, en virtud del principio de conservación de los actos procesales, que lo actuado hasta entonces por el órgano judicial penal -objetiva y funcionalmente competente- sea nulo. Por ello, el sistema que instaura el art. 68 para el caso de infracción de las normas de reparto, en tanto basado en la iniciativa procesal de parte y sujeto a un plazo preclusivo para que la petición de nulidad de lo actuado pueda ser atendida, se compadece muy mal con el sistema que regula la competencia en materia penal. Las actuaciones penales llevadas a cabo por un órgano penal territorialmente incompetente se estiman válidas, por lo que resulta desmesurado e incongruente que la infracción de normas de reparto determine una solución más drástica, la de la nulidad, y, en todo caso, dependiente exclusivamente de la iniciativa de la parte perjudicada. Los principios dispositivo y de verdad formal que imperan en el proceso civil permiten acoger la solución ofrecida por el art. 68 LEC, pero la misma se ve rechazada en el orden jurisdiccional penal por los principios de verdad material y de oficialidad propios del proceso penal.

Varios pronunciamientos jurisprudenciales, si bien dictados antes de la vigencia de la LEC, han venido a señalar que la infracción de normas de reparto en el orden penal no comportan la nulidad sino la necesidad de que se siga la tramitación por el órgano adecuado. Así, la STS 906/1997, de 10 de septiembre, señala que «de existir infracción de las normas de reparto, ello no afectaba a la competencia de los Juzgados de Barcelona, puesto que el reparto sólo supone una distribución de asuntos entre aquellos, que no puede afectar a su competencia objetiva y territorial, y en ningún caso, trascendería a un derecho fundamental, de tal modo que supusiera una vulneración del derecho al Juez ordinario a que se refiere el texto constitucional, sin que ello suponga tampoco menoscabo alguno del derecho de defensa de los recurrentes». Los AATC 652/1986, 13/1989 y 113/1999 han señalado que la norma atinente al reparto de asuntos es de orden interno u organizativo y ajena al contenido constitucional del derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley, salvo que el reparto se hubiere realizado de modo tal que suponga la designación de un Juez ad hoc.

En conclusión, la previsión del art. 68 LEC se entiende que no alcanza, por la vía del art. 4, a la infracción de las normas sobre el reparto de asuntos en el orden jurisdiccional penal.