

ses por 30 días. Lo único que podría oponerse a esta interpretación es que el sentenciado como autor de un delito a la pena de un año, representativo de 365 días, no sería beneficiario de la libertad condicional, derecho que sí se otorgaría a quien fuera sentenciado por dos delitos a sendas penas de seis meses y un día que materialmente considerados suman 362 días, pero es lo cierto que si ponderamos los meses se trataría de 12 meses y 2 días, cifra superior a los 12 meses que forman el año.

## **ACTUACION DEL MINISTERIO FISCAL EN LOS PROCEDIMIENTOS PROMOVIDOS PARA OBTENER EL DERECHO A JUSTICIA GRATUITA Y EN LOS PROCESOS CIVILES QUE PUEDAN SUBSEGUIR**

— Consulta número 10/1985, de 10 de noviembre —

— I —

La Consulta formulada se refiere a la intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos iniciados para obtener el derecho a justicia gratuita que regula la Ley 34/1984, de 6 de agosto, sobre reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y, más en concreto, a si es parte directa en tales procesos o si sólo lo será como consecuencia de la delegación que, en su favor, pueda hacer el Abogado del Estado. La opinión que se sustenta es la de que el Ministerio Fiscal, por derecho propio, es parte, y ello a pesar de que el nuevo artículo 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exprese que la solicitud por la que se inste el beneficio de justicia gratuita se sustanciará *con audiencia de las demás partes y del Abogado del Estado*. Este precepto, se agrega, no debe interpretarse aisladamente, sino a través de otros, ordenadores también de esta materia, de los cuales se concluye que el Ministerio Fiscal es parte. En este sentido se citan el artículo 28 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto establece que, asegurado el pago de las eventuales costas, la parte a quien interese puede promover un nuevo incidente para obtener la justicia gratuita o para extinguir el beneficio, si durante la tramitación del proceso principal se modificaran las circunstancias antes tenidas en cuenta, y también el artículo 29 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al señalar por su parte que están exentos de la prestación de fianza a que se refiere el artículo anterior, el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal. Añadiéndose que no sólo se menciona al Ministerio Fiscal en el procedimiento para obtener la justicia gratuita, sino que al tratar de los efectos que se originan una vez concedidos aquellos beneficios, la Ley de Enjuiciamiento Civil le vuelve a dar intervención con su preceptivo dictamen (artículos 39 y 40) acerca de si es o no sostenible en juicio la pretensión principal cuando el Abogado designado de oficio y el Colegio de Abogados se hubieren pronunciado negativamente.

La conclusión a que, en definitiva, llega el Fiscal en su Consulta, es la de la inexcusabilidad de la intervención del Ministerio Fiscal en estos procedimientos por vía directa y no por la delegación que pueda hacer el Abogado del Estado.

— II —

En la ordenación que la Ley de Enjuiciamiento Civil hace de los procedimientos relacionados con el reconocimiento del derecho a justicia gratuita la intervención del Ministerio Fiscal está sujeta a distinto tratamiento. Deben, pues, aunque no se haga así en la Consulta distinguirse dos momentos cronológica y procesalmente diferentes. Uno es el de la intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento cuyo fin único es la obtención del beneficio de justicia gratuita, y otro el de la participación del Ministerio Fiscal en el proceso principal una vez que se haya concedido el beneficio.

1. *Intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento para obtener el beneficio procesal de justicia gratuita.* El derecho a litigar gratuitamente se reconoce para cualquier tipo de proceso (jurisdicción contenciosa o voluntaria), se extiende a todos los incidentes y recursos (artículo 32 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y pueden ejercitarlo quienes vayan a asumir la posición jurídica de actor en el juicio principal (artículo 20), así como cualesquiera de las partes después de entablada la demanda, ya sea en primera instancia (artículo 25), en apelación (artículo 26) o en casación (artículos 26, párrafo segundo y 1.708). En todos los casos se considera como un incidente del negocio principal y se sigue por los trámites del juicio verbal (artículo 22 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para los procesos regulados en esta ley y artículo 66 del Decreto de 21 de noviembre de 1952 para los juicios de cognición); *intervienen en este incidente, junto a su promotor "las demás partes y el Abogado del Estado"* (artículo 22), con la particularidad de que cuando se solicite el beneficio de justicia gratuita para litigar en juicios verbales, se debe oír "al Abogado del Estado o al Fiscal por su delegación" (artículo 740).

La concesión o denegación del derecho a justicia gratuita declarada en la sentencia para un negocio determinado, es provisional pues en cualquier momento de la tramitación del proceso principal, si se modifican las circunstancias, la parte a quien interese podrá instar nueva solicitud siempre que preste fianza (artículo 28). El Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal pueden promover el incidente que tiende al cambio de la situación sin necesidad de prestar fianza (artículo 29).

2. *Intervención del Ministerio Fiscal en el proceso principal después de concedido el beneficio de justicia gratuita.* Uno de los efectos de la obtención del derecho a disfrutar justicia gratuita es el nombramiento de Abogado y Procurador de oficio para que actúen en el negocio principal sin que éstos cobren sus honorarios y derechos (artículos 30,4 y 42).

Aquí la intervención del Ministerio Fiscal está prevista en dos momentos: antes de iniciarse el proceso y durante su tramitación.

a) Con la finalidad de que sea designado Abogado de oficio, el Juez o Tribunal, una vez concedido el beneficio, se dirigirá al Colegio de abogados para que designe a dos Letrados que se encuentren en turno de oficio (artículo 33, párrafo segundo), debiendo facilitar el interesado al Abogado designado en primer lugar, los datos, documentos y antecedentes necesarios para el estudio del asunto (artículo 34), antecedentes que podrán ser ampliados o aclarados a instancias del Abogado dentro de los seis días siguientes a su entrega (artículo 35); si con la ampliación, o sin ella, se estimare por el Abogado que la pretensión a deducir es insostenible, lo comunicará dentro de seis días al órgano jurisdiccional (artículo 36), quien tramitará los antecedentes al Colegio de Abogados para que, también en el plazo de seis días, emita dictamen sobre si puede sostenerse o no en juicio la pretensión (artículo 38); si este dictamen fuere negativo y por tanto conforme con el del Abogado designado en primer lugar los antecedentes pasan ya al Ministerio Fiscal para que dictamine, previa audiencia del interesado, si lo juzga necesario (artículo 39), y si estimare en su dictamen que es defendible la pretensión del interesado se entregará toda la documentación al Abogado designado en segundo lugar, para quien será obligatoria la defensa (artículo 40).

b) Las reglas anteriores se aplicarán también en el caso de ser el demandado quien se encuentre en situación de justicia gratuita, o cuando el derecho se reconozca después de contestada la demanda o en la segunda instancia (artículo 41).

Para el recurso de casación la designación de Abogado y Procurador de oficio se rige por lo dispuesto en el artículo 1.708 (artículo 44), norma que contiene reglas diferentes a las de la primera y la segunda instancia. El recurrente que gozare de justicia gratuita tiene una opción: o designar Abogado en el escrito de comparecencia o en el de interposición del recurso haciendo constar el designado su aceptación, o bien solicitar de la Sala Primera del Tribunal Supremo dentro de los diez primeros días del emplazamiento que se dirija al Colegio de Abogados para que designe a dos de ellos por turno de oficio, comunicándose las actuaciones para la interposición; si ninguno de los Abogados considerase procedente el recurso y se excusaren en el término fijado, se pasarán las actuaciones al Ministerio Fiscal para que, de estimarlo procedente, interponga el recurso, y en caso contrario las devuelva con la nota de "Visto" (artículo 1.708).

### — III —

Como puede observarse tras la exposición resumida de la normativa en vigor, el tema de la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos sobre justicia gratuita da lugar a un planteamiento más complejo que el articulado en la Consulta; y la solución que consideramos ajustada tampoco puede coincidir exactamente con la que se propone de juzgar

inexcusable en todos los casos la presencia del Ministerio Fiscal en los procedimientos aludidos. Es necesario distinguir:

1. *Hay supuestos en los que el Ministerio Fiscal es parte en el procedimiento para obtener el derecho a la justicia gratuita.* El artículo 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil expresa que la solicitud (demanda) de justicia gratuita se sustanciará por los trámites del juicio verbal y con audiencia de las demás partes y del Abogado del Estado. En él al Ministerio Fiscal no se le designa *nominatin*, pero su presencia en alguno de esos procesos está indirectamente contenida en el término "las demás partes"; así, el Ministerio Fiscal intervendrá en los procedimientos en que se pretenda la justicia gratuita cuando el proceso civil principal que después haya de sustanciarse verse sobre las cuestiones en que legalmente es preceptiva su intervención; también, cuando el negocio ulterior vaya a integrarse en cualquiera de los actos de jurisdicción voluntaria en cuya tramitación es obligado su informe (artículo 1.815 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Si la naturaleza del proceso que haya de seguir es la *condictio* para la intervención del Ministerio Fiscal en el estricto procedimiento de justicia gratuita aquél será fácilmente identificable desde un principio porque el artículo 20, apartado segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige que en la demanda solicitando la justicia gratuita se expresará la pretensión que se quiere hacer valer (en el proceso principal). Este mismo precepto justifica que en el giro "las demás partes" del artículo 22 esté incluido el Ministerio Fiscal siempre que deba ser parte en el proceso principal, dado que en la solicitud de justicia gratuita es indispensable designar "la parte o partes contrarias".

2. *Al contrario, hay otros casos en que el Ministerio Fiscal es ajeno del todo al procedimiento de justicia gratuita.* Así cuando, por razón de su naturaleza, los procesos que hayan de seguir sean de aquellos en que no interviene el Ministerio Fiscal, tampoco será parte en el dirigido a obtener justicia gratuita. El artículo 29 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no puede esgrimirse para concluir que el Ministerio Fiscal es parte en la generalidad de los procedimientos de justicia gratuita, porque la referencia que en él se hace al Ministerio Fiscal como legitimada para promover incidentes modificativos de justicia gratuita durante la tramitación del proceso principal, debe contraerse exclusivamente a aquellos procesos en que esté interviniendo como parte; sólo ostentando esta cualidad en el proceso principal se está en condiciones de conocer si ha cambiado la situación económica de las partes, pero ello es realmente imposible si no interviene en el asunto principal.

3. Si la intervención plena del Ministerio Fiscal en los procedimientos de justicia gratuita está subordinada a que ostente la cualidad de parte en el proceso principal, una vez concluidos aquéllos, su intervención en forma de dictamen anterior al asunto principal (artículo 39 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) no está sujeta a límite alguno, es incondicionada. Debe, pues, afirmarse que así como los procedimientos de justicia gratuita previos a un proceso en el que el Ministerio Fiscal no sea parte se sustancian sin su presencia, una vez que aquéllos han terminado, y si

se dan los supuestos legales, deberá intervenir en vía de dictamen informando sobre la eventual prosperabilidad de la pretensión dirigida a iniciar el proceso subsiguiente (artículos 39-40), a continuarlo (artículo 41) o incluso sobre la posibilidad de interponer directamente recursos de casación (artículos 1.708 y 1.719). Pero es siempre un dictamen posterior a la concesión de justicia gratuita que versa sobre la viabilidad de la pretensión o sobre la procedencia de los recursos a formalizar.

La Ley de Enjuiciamiento Civil no especifica si este tipo de intervención por vía de dictamen se limitará a aquellos procesos en que no haya de ser parte en el asunto principal o si debe informar siempre, esto es cualesquiera que sea la naturaleza del negocio que haya de seguir. Muy claro era el anterior artículo 48 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues, conforme a su párrafo segundo, el dictamen del Ministerio Fiscal sobre si era sostenible o no la pretensión a entablar, sólo procedía cuando no hubiere de ser parte en el proceso siguiente, añadiendo el párrafo tercero, que cuando fuere parte el Ministerio Fiscal, dará ese dictamen un Abogado que no sea de pobres, elegido por el Colegio donde lo haya, y en su defecto designado por el Juez.

La nueva Ley guarda silencio sobre este punto, pues el artículo 39 se limita a reconocer el carácter preceptivo —no meramente facultativo— y vinculante del dictamen del Ministerio Fiscal sobre si puede sostenerse o no en juicio la pretensión a ejercitar. La interpretación lógica de esta norma, que ha modificado sustancialmente la anterior, permite concluir que la función dictaminadora del Ministerio Fiscal es obligada cualesquiera sea el proceso que haya de seguir, estando su fundamento tanto en el principio de la acentuación de su intervención en materias relacionadas con la defensa de los derechos de los ciudadanos, como en el hecho de que tal dictamen en cuanto proviene del defensor de la legalidad, representará siempre una garantía para los litigantes ante supuestos, ciertamente singulares, en que los Abogados designados no quieran, sin razón, asumir la carga de la defensa de oficio.

Este mismo sistema de informar mediante dictamen, que si es positivo conlleva la obligatoriedad de la defensa, es aplicable cuando el derecho a justicia gratuita se reconozca después de contestada la demanda o en la segunda instancia (artículo 41), pero varía sensiblemente para el recurso de casación. El artículo 44 se remite a los artículos 1.708 y 1.719 en donde se establece el régimen de representación y defensa del recurrente que gozase ya de la situación legal de justicia gratuita. La particularidad estriba en que cuando los Abogados designados mostraren su parecer contrario a la interposición y se excusaren dentro de plazo, el Ministerio Fiscal no emite dictamen sino que es él mismo quien debe decidir si interpone o no el recurso.

4. La solicitud de justicia gratuita para *procesos de cognición* está sujeta al régimen expuesto, dado que el artículo 66 del Decreto de 21 de noviembre de 1952, en el marco de estos juicios y redactado según la Ley 34/1984, de 6 de agosto, dice que “el beneficio de justicia gratuita se discernirá en las condiciones y con la extensión que determinan las leyes vigentes y por el procedimiento establecido para el juicio verbal”.

Cuando el beneficio de justicia gratuita se solicite *para litigar en un juicio verbal* se seguirá el mismo procedimiento previsto para el asunto principal, pero con la especialidad que se extrae del texto del nuevo artículo 740, declarativo de que "cuando en estos juicios se solicite el beneficio de justicia gratuita, conocerá el propio Juzgado de Distrito o de Paz, oyendo al Abogado del Estado o al Fiscal por su delegación". La referencia a la intervención del Abogado del Estado se ajusta a la legalidad, porque, efectivamente, en defensa del Estado, en materia civil debe intervenir en la contestación a todas las demandas de pobreza (artículo 55, 2.ª del Reglamento del Cuerpo de Abogados del Estado, aprobado por Decreto de 27 de julio de 1943). Pero la eficacia de una incondicionada y propia delegación al Fiscal es cuestión que precisa de matización. La posibilidad de una delegación figurando como delegado el Ministerio Fiscal procede del artículo 72 del citado Decreto de 27 de julio de 1943, que dispone: "Los Abogados del Estado podrán delegar si se estimase conveniente... en el Fiscal Municipal de la localidad respectiva la representación y defensa del Estado que privativamente les corresponde ante los Tribunales y Juzgados, respecto a los juicios o asuntos de que deban conocer los Tribunales y Juzgados establecidos en poblaciones que no sean capitales de provincia". El párrafo segundo de este artículo establece que "tales delegaciones podrán hacerlas por sí en los incidentes de pobreza, tasaciones de costas o diligencias de prueba que hayan de practicarse en Juzgados de poblaciones en que no haya Audiencia". Esta delegación fue recogida en el Decreto de 21 de noviembre de 1952 cuyo artículo 23 (derogado por la Ley de 6 de agosto de 1984) refiriéndose al juicio verbal decía: "cuando en estos juicios se solicite defensa por pobre, conocerá el Juzgado Municipal en juicio verbal, oyendo al Abogado del Estado o al Fiscal Municipal, Comarcal, o de Paz por su Delegación".

La vigencia de la delegación para procesos penales contenida en el artículo 72 del Decreto de 27 de julio de 1943 y trasladada en otros términos al artículo 740 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha sido cuestionada. En la Memoria de esta Fiscalía elevada al Gobierno el 15 de septiembre de 1984, se recogía el parecer del Fiscal de La Coruña, quien decía a propósito de las delegaciones que venían haciendo los Abogados del Estado a los Fiscales de Distrito que intervenían en procedimientos orales, preparatorias y juicios de faltas, que el precepto que las autoriza, desconoce las funciones que incumben al Ministerio Fiscal como defensor de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público, cuyo ejercicio puede resultar incompatible con los intereses del Estado; de ahí, se agregaba, que aquella norma (el artículo 72 del Decreto de 27 de julio de 1943) tanto por ser anterior a la Constitución y al propio Estatuto Orgánico y chocar con sus principios como por el principio de jerarquía establecido en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (artículo 15) deba entenderse derogada.

El nuevo artículo 740 supone la confirmación de aquella delegación nacida en el ámbito de una disposición con categoría formal de Decreto, y representa la proyección de la misma en forma expresa sobre el juicio

verbal para los incidentes de pobreza. Este supuesto llama aún más la atención que el de la delegación en los procedimientos penales menores a sustanciar fuera de la capital, porque en ellos el Ministerio Fiscal es parte, actúa en el proceso, y en muchas ocasiones habrá intereses paralelos y sustancialmente coincidentes entre Abogado del Estado y Ministerio Fiscal; pero en los juicios verbales civiles la delegación se hace para intervenir en un proceso en el que el Ministerio Fiscal, si es parte, puede con esa dualidad subjetiva de intervención, dar lugar a una oposición de intereses con los del representante de la Administración, y si no es parte asume una cualidad que no está prevista en la Ley.

Una delegación absolutamente vinculante, sin más causa que la *mera facultas* emanada del Abogado del Estado, y con el importante efecto de asumir el Ministerio Fiscal la representación y defensa de la Administración, no debe admitirse. Por lo pronto los requisitos puramente técnicos inherentes al concepto de delegación son ajenos a ella, ya que cualquier delegación supone una relación de dependencia jerárquica entre delegante y delegado, y ello únicamente se produce para los miembros del Ministerio Fiscal respecto del Fiscal General del Estado. En este sentido, y como sólo es posible el nacimiento de una verdadera delegación entre órganos pertenecientes a la misma estructura jerárquica e institucional, bien puede decirse que la delegación prevista en el artículo 740 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por la que el Ministerio Fiscal, institución independiente del ejecutivo, actuaría en representación de la Administración, no es propia delegación. Sin embargo, su contenido formal podría asumirse, pero no por la eficacia del acto unilateral de delegación emitido por el Abogado del Estado, sino por el cumplimiento de una actividad de cooperación que debe mediar entre los distintos órganos del Estado cuando estén ordenados hacia la protección de intereses públicos esenciales. Y, además, tal asunción lo sería de un modo doblemente condicionado. De una parte, que la actuación del Ministerio Fiscal se acomodará siempre a la estricta legalidad, aunque de ella resultaren afectados los intereses económicos de la Administración que representa en estos procesos el Abogado del Estado; y de otra, que se acepta en cuanto sea delegación de la presencia material en el proceso, equivalente a sustitución en la actuación, pero no si se entendiera como delegación en la representación formal, con una actividad ulterior predeterminada por el contenido de las instrucciones del delegante.

En definitiva, cuando se pretenda obtener el derecho a justicia gratuita para litigar en juicios verbales, el Ministerio Fiscal puede intervenir en lugar del Abogado del Estado, pero dado que la ejecución de una delegación en sentido formal no presupone representación, el Ministerio Fiscal actuará en nombre propio, con absoluta libertad respecto al delegante y con instrucciones exclusivas de quien jerárquicamente depende; la única dependencia sustancial del Ministerio Fiscal en estos procesos es la del valor supremo que representa la justicia, por lo que el artículo 740 no debe interpretarse en modo alguno como una introducción de grietas en el principio de legalidad.