# JUSTICIA 83

**1983, número II**

Director:

JUAN MONTERO AROCA

Consejo de Redacción:

JOSÉ ALMAGRO NOSETE
VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ
JOSÉ VICENTE GIMENO SENDRA
FAUSTINO GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI
FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ
MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ



## INDICE

*Pág.*

EDITORIAL ... 261

ARTICULOS

*Juan Montero Aroca*, El principio de oralidad y su práctica en la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal ... 263

NOTAS

*Manuel Serra Domínguez*, Ineficacia de la sentencia estimatoria de la revisión a instancia de tercero de un juicio de desahucio por falta de pago ... 309
*Vicente Gimeno Sendra*, Los procedimientos contemplados por el Anteproyecto de LECRIM y sus posibles alternativas ... 320
*Hernando Devis Echandía*, La responsabilidad judicial en Colombia ... 325
*Francisco Ramos Méndez*, Eficacia ejecutiva en España de las letras de cambio extranjeras ... 340

JURISPRUDENCIA

Procesal civil, por *Manuel Ortells Ramos* ... 349
Procesal penal por *Victor M. Moreno Catena* ... 369
Procesal laboral, por *Juan L. Gómez Colomer* ... 395
Procesal administrativa, por *Julio García Casas* ... 411
El Tribunal Supremo y la Constitución (1981), por *María J. Mascarell Navarro* ... 433

AUDIENCIA PUBLICA

Protección jurisdiccional del honor de un trabajador despedido (Sentencia) ... 451

BIBLIOGRAFIA

Recensiones ... 467

INFORMACION

Legislación orgánica y procesal del Uruguay, por Dra. *Bernadette Minvielle* ... 473
Conclusiones del Tercer Congreso de la Asociación Profesional de la Magistratura ... 493
Congresos y reuniones ... 511

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

«JUSTICIA 83» se publica trimestralmente.

ADMINISTRACION (suscripciones), Librería Bosch, Ronda Universidad, 11, Barcelona (7), Teléf. (93) 3. 17. 53. 08.

DIRECCION (originales, libros para recensiones), Prof. Juan Montero Aroca, Facultad de Derecho, Paseo Blasco Ibáñez, 24, Valencia (10), España.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

# JUSTICIA 83

NUMERO II

Director:

JUAN MONTERO AROCA

Consejo de Redacción:

JOSÉ ALMAGRO NOSETE
VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ
JOSÉ VICENTE GIMENO SENDRA
FAUSTINO GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI
FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ
MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ

1983

LIBRERIA BOSCH - Ronda Universidad, 11 - BARCELONA

Depósito Legal: Z-1.271-81
ISSN: 0211 - 7754

Cometa, S. A. — Carretera Castellón, km. 3'400 — Zaragoza

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez



# EL IMPERIO DE LA LEY

*No creemos que sea casualidad que el Preámbulo de la Constitución proclame la voluntad de la Nación española de «consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular»; y no creemos que lo sea porque con la un tanto rimbombante expresión «el imperio de la ley», se está pretendiendo decir algo consustancial con la propia existencia de una sociedad, no sólo democrática, sino incluso civilizada. También en la Constitución, pero ahora en su artículo 9.3, se insiste en la misma idea, aunque revestida de ropaje técnico, cuando se garantizan los principios de legalidad, jerarquía normativa, seguridad jurídica y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.*

*Un Estado democrático se diferencia de otro dictatorial, fundamentalmente en que en aquél todos, los poderes públicos y los ciudadanos, están sometidos a la ley, mientras que en éste existen personas o grupos que se consideran* legibus soluti. *Los ciudadanos españoles hemos soportado tradicionalmente una concepción del poder, a todos los niveles, basado en la voluntad omnipotente de sus titulares. En los últimos tiempos el telex se había convertido en fuente del derecho superior a la ley. Esperemos que el cambio suponga en este aspecto ruptura de la tradición.*

*El imperio efectivo de la ley requiere algo muy simple: cumplir y hacer cumplir la ley, y ello desde la presidencia del Gobierno hasta la autoridad más modesta titular del mínimo poder. El cumplimiento debe partir, en primer lugar, del convencimiento de que no hay leyes obsoletas, pues una norma o está vigente o no lo está, y en segundo lugar de que el Derecho no es un formulismo destinado a poner obstáculos al recto gobierno, sino el medio para garantizar al ámbito de libertad de las personas, se consideren éstas administrados, justiciables o ciudadanos en general.*

*No puede admitirse que se califique de* juridicismo *la defensa que una persona hace de la aplicación de las normas jurídicas, y sobre todo de la Constitución, ni que se intente desvirtuar una argumentación tachándola de* jurídico formal. *Como contrapartida tampoco puede admitirse que se utilice el Derecho como arma arrojadiza, que se lancen artículos del Código Penal en cascada, como si*

*se pretendiera ahogar en ellos al contradictor. El Derecho no es un obstáculo ni una catapulta.*

*La función del Derecho en una sociedad democrática es recoger y garantizar los derechos y libertades de los ciudadanos; la Constitución, las leyes y el Ordenamiento Jurídico todo son medio para la libertad, y negar o desconocer ese medio es negar o desconocer la libertad misma. De igual manera el Derecho no es instrumento para desacreditar una actuación, sobre todo cuando con él se amenaza pero no se actúa.*

*En todo caso debe quedar claro que en la jerarquía de valores de una sociedad democrática lo primero no es la eficacia, sino la libertad; que el orden no es un fin en sí mismo, sino que se justifica en tanto posibilita el ejercicio de la libertad.*



ARTICULOS

# EL PRINCIPIO DE ORALIDAD Y SU PRACTICA EN LA VIGENTE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL *

JUAN MONTERO AROCA
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Valencia

SUMARIO:

I. Introducción. — II. Noción de procedimiento. — III. El principio de oralidad. — IV. Su moderna caracterización: A) Forma oral de los actos procesales; B) Inmediación; C) Concentración; D) Publicidad. — V. Aproximación al artículo 741. — VI. Actos de investigación y actos de prueba. — VII. El grave error de la práctica de nuestros tribunales. — VIII. Los orígenes históricos del error. — IX. El error en un sector de la doctrina. — X. Vulneración de principios esenciales del enjuiciamiento penal: A) Quiebra de los principios del procedimiento; B) Subversión de los principios relativos a la intervención; C) Degradación del sistema acusatorio formal. — XI. Actos de prueba en el sumario. — XII. El Tribunal Constitucional y la «mínima actividad probatoria». — XIII. La reacción de los tribunales ordinarios. — XIV. El Anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal. — XV. Propuestas concretas para una futura regulación: A) Motivación fáctica de las sentencias; B) No disposición por el tribunal del sumario. — XVI. La oralidad y las condiciones objetivas para su aplicación.

* Texto base de la conferencia pronunciada el 23 de noviembre de 1982 en el Salón de Actos de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, con ocasión de las Jornadas conmemorativas del Centenario de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, organizadas por el Departamento de Derecho Procesal.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

## I. — Introducción

Las dos leyes fundamentales del enjuiciamiento español, la Civil y la Criminal, ambas del pasado siglo y con algo más de un año de diferencia en su promulgación y entrada en vigor, responden a concepciones muy diferentes.

En ocasión anterior, al conmemorar el Centenario de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, hemos puesto de manifiesto que ésta significó la consolidación, o mejor, la petrificación de lo existente hasta el momento, de forma tal que el siglo XIX no supuso avance alguno en el proceso civil, sino simplemente mantenimiento a ultranza de una tradición jurídica, que ya entonces se había revelado como insuficiente para hacer frente a las necesidades jurídicas del momento (1). Por el contrario, la ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 significó la culminación de la evolución que en el siglo XIX se produjo en el proceso penal.

No es misión nuestra en este momento explicar cómo se pasó de un proceso penal inquisitivo, que era todavía el recogido en los textos legales de principios del siglo XIX, a un proceso penal mixto o acusatorio formal, que es el plasmado en la ley de Enjuiciamiento Criminal. Ello no se produjo en un instante, sino que fue producto de una evolución, iniciada en la Constitución de 1812, que condujo a un cambio de tal entidad que puede calificarse de revolucionario. El proceso penal de la ley debida a Manuel Alonso Martínez es básicamente distinto del medieval que se conservó hasta la Novísima Recopilación; distinto tanto en los principios relativos al proceso, como en los determinantes del procedimiento.

Sí es mi misión explicar hoy el sistema procedimental de la ley de Enjuiciamiento Criminal y específicamente con relación a la segunda fase o juicio oral, esto es, los principios relativos al procedimiento, lo que significa estudiar el principio de oralidad y sus consecuencias. Y para ello posiblemente el mejor método consista en centrar nuestra atención en un artículo básico de la Ley, comentando su sentido y la aplicación que del mismo han hecho nuestros tribunales.

Me estoy refiriendo al art. 741, en el que se dispone:

> «El Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley».

(1) Vid. mi libro *Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su centenario*, Madrid, Ed. Civitas, 1982.





Cabe incluso decir que mi comentario se va a ceñir a una frase de dicho artículo, a aquella que precisa *las pruebas practicadas en el juicio*, pues en ella, con total claridad, el legislador de 1882 plasmó una consecuencia básica del principio de oralidad implantado en el procedimiento criminal.

La correcta interpretación de esa frase me obliga a empezar mi intervención destacando lo que entiendo por procedimiento y precisando el concepto de oralidad.

## II. — Noción de procedimiento

Aunque proceso y procedimiento tienen una misma raíz etimológica, *procedere*, sus significados son diversos. Con el término procedimiento estamos resaltando, con relación a una actividad, su aspecto exterior, y con relación a la actividad judicial, «el lado externo de la actividad procesal» (2), el aspecto «meramente formal del proceso» (3). El término procedimiento no es, por tanto exclusivo del ámbito jurisdiccional, sino que es aplicable —refiriéndonos exclusivamente a su contenido jurídico— a todas las funciones del Estado, e incluso a todos los supuestos de actividad jurídica, y así cabe hablar de procedimiento legislativo o administrativo (existiendo incluso una ley que lleva el título de procedimiento administrativo).

El término proceso es exclusivo de la actividad jurisdiccional y con él se está haciendo referencia a una actividad en la que, además de su aspecto exterior, es preciso tomar en consideración la estructura y los nexos que median entre los actos, los sujetos que los realizan, la finalidad a que tienden, los principios a que responden, las condiciones de quienes los producen, las cargas que imponen y los derechos que otorgan.

Hay que reafirmar, pues, la correlación existente entre jurisdicción y proceso, en el sentido de que un juez actuando jurisdiccionalmente ha de actuar siempre a través del proceso, y de ahí que éste pueda definirse como el instrumento, el medio jurídico a través del que los órganos jurisdiccionales cumplen sus funciones (4).

(2) Prieto-Castro, *Derecho procesal civil*, I, Madrid, 1972, pág. 228.

(3) Gómez Orbaneja, *Derecho procesal civil*, I (con Herce), Madrid, 1969, pág. 13.

(4) De aquí que para nosotros sea inadmisible la concepción de Ballbé, que ha tenido entre los procesalistas más éxito del que objetivamente merecen las páginas de su separata *La esencia del proceso (El proceso y la función administrativa)*, en RGLJ, 1947, julio-agosto, ed. separata, págs. 35 y ss. De



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Lo anterior no significa menospreciar lo que supone en la práctica el procedimiento, sino todo lo contrario. El aspecto exterior del proceso, la forma, es la condición necesaria para la certeza, el precio de la seguridad (5). Los actos que conducen al pronunciamiento jurisdiccional deben ser realizados conforme al principio de legalidad; la certeza del derecho exige que el individuo que pretende pedir justicia sepa exactamente cuáles son los actos que debe realizar para obtenerla, y por ello las formas procesales —aunque otra cosa pudiera parecer— tienden a hacer más simple y más rápido el proceso, estableciendo al mismo tiempo una garantía para los derechos y libertades individuales (6).

Contribuyendo a esa importancia del procedimiento, estoy centrando y voy a dedicar mi intervención de hoy a los principios informadores de la forma (7).

## III. — El principio de oralidad

Ciñéndonos, pues, al procedimiento aparece hoy innegable que la forma, el lado externo de la actividad judicial, puede ser predominantemente oral o predominantemente escrita. Cabe, por lo tanto, afirmar, como hemos hecho en ocasiones anteriores (8), que todos los problemas del procedimiento pueden hoy resumirse en dos principios alternativos: oralidad o escritura.

Desde el inicio hay que dejar bien sentado, por evidente, la imposibilidad práctica de configurar un procedimiento de manera totalmente oral o escrita. De ahí que no se trate de exclusividades sino de prevalecimientos. Así quedó claramente establecido en el VIII Congreso Internacional de Derecho Procesal, en el que se afirmó que en la fase actual de la civilización humana, no cabe pensar en un sistema procesal en el que la forma oral domine en su absoluta pureza. «Se afirma, en otras palabras, la necesaria coexistencia de elementos

esta concepción participa parcialmente Serra, *Jurisdicción*, en «Estudios de Derecho Procesal», Barcelona, 1969, pág. 51.

De aquí el riesgo de no emplear con precisión técnica rigurosa palabras como proceso, jurisdicción, independencia, como ha destacado recientemente Prieto-Castro, *Tratado de derecho procesal civil*, I, Pamplona, 1982, pág. 55.

(5) Montesquieu, *L'esprit des lois*, VI, 2 y XXIX, 1.

(6) Calamandrei, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, I, 2.ª ed., Padova, 1943, págs. 156 y ss.

(7) Cosa distinta es, naturalmente, el formalismo, y sobre él vid. mi *Introducción al derecho procesal*, 2.ª ed., Madrid, 1979, págs. 248-251, y la bibliografía que allí cito.

(8) Fundamentalmente en *Introducción*, cit., págs. 252 y ss.





escritos y de elementos orales; por lo que el problema de la oralidad y de la escritura viene a menudo indicado como un problema de prevalecimiento o de coordinación, no de total exclusión» (9).

Resulta así que el problema de los principios de oralidad o de escritura es un problema de límites. Si en un procedimiento escrito la palabra ha de ser la forma de realización de algunos actos procesales, y si de un procedimiento oral la escritura no puede estar totalmente ausente, todo se reduce a determinar cuándo, por prevalecer una forma u otra, podemos correctamente decir que estamos ante un procedimiento oral o escrito. El tema es hoy acuciante para España, pues en el art. 120.2 de la Constitución se establece que «el procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal», con lo que se ha cerrado una discusión doctrinal —la existente entre los partidarios de la oralidad y sus contrarios— y se ha abierto otra, referida exclusivamente a establecer los límites del mandato constitucional.

Puede afirmarse que tradicionalmente el elemento base para diferenciar un procedimiento oral de otro escrito se ha centrado en la manera de aportar las partes los hechos al proceso y de formular la pretensión. Veamos dos autores fundamentales en la materia.

Para Goldschmidt «se entiende por oralidad del procedimiento el principio de que la resolución judicial puede basarse sólo en el material procesal preferido oralmente»; «el contrario del principio de la oralidad se representa por el de escritura, con arreglo al cual la resolución judicial ha de basarse sólo en el material procesal depuesto por escrito en los autos» (10). Chiovenda, partiendo de la imposibilidad de configurar un procedimiento totalmente oral, hablaba de proceso mixto, precisando que éste sería predominantemente oral o escrito atendiendo al momento de la aportación de los elementos fácticos por obra de las partes, es decir, de la interposición de la pretensión con su fundamentación correspondiente; allí donde la pretensión ha de ser presentada necesariamente en forma escrita, estamos ante un proceso escrito, aunque las partes tengan la posibilidad de ilustrar oralmente el contenido de los escritos (11).

(9) Cappelletti, *Processo orale e processo scritto nel mondo contemporaneo*, en «Giustizia e società», Milano, 1972, págs. 151-2.

(10) Goldschmidt, *Principios jurídicos y políticos del proceso penal*, 2.ª ed., Buenos Aires, 1961, págs. 138-9.

(11) Chiovenda, *Instituciones de derecho procesal civil*, III, Madrid, 1940, trad. de Gómez Orbaneja, págs. 159 y ss. De aquí la distinta manera como operan los escritos en uno y otro proceso; en el proceso escrito son la forma de las deducciones, mientras que en el proceso oral los escritos son meramente preparatorios, anuncio de las deducciones que se van a hacer en la audiencia y medio básico para poner al demandado en situación de defenderse.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Muy recientemente en España PRIETO-CASTRO ha persistido en esta línea diciendo que el principio de oralidad determina que (salvo algunas excepciones) únicamente lo que de palabra se aporte al proceso puede ser valorado por el juez y tenido en cuenta en la resolución final; y la presencia del otro principio, el de escritura, significa que tan sólo (salvo algunas excepciones) lo aportado de esta forma puede producir esos resultados, y para significarlo así se viene empleando el brocardo *quod non est in actis non est in mundo* (12).

## IV. — SU MODERNA CARACTERIZACIÓN

La doctrina que calificamos de tradicional, y especialmente CHIOVENDA, junto a lo anterior destacaron que con el término oralidad sintetizaban un conjunto de caracteres del procedimiento, un sistema completo de principios inseparables los unos de los otros, y aludían así a la inmediación, concentración y publicidad, pero en todo caso quedaba claro que la oralidad significaba en primer lugar y principalmente que la pretensión había de formularse oralmente.

En la actualidad centrar la oralidad en ese elemento como base imprescindible nos parece unilateral, y estimamos que no puede hacerse depender de él la naturaleza del procedimiento. La oralidad existirá o no atendiendo a un conjunto de principios, en los que junto a la forma oral de los actos procesales, hay que resaltar otros de tanta o mayor trascendencia. La oralidad es modo de hacer el conjunto del proceso, no la forma un único acto procesal.

### A) *Forma oral de los actos procesales*

El primero de los caracteres ha de ser, evidentemente, que la oralidad significa que en los actos procesales predomina la palabra sobre la escritura como medio de expresión y comunicación entre los diferentes sujetos que intervienen en el proceso. Este predominio de la palabra debe tener carácter general, no siendo imprescindible que se refiera a un acto concreto y determinado.

En la actualidad no cabe admitir, en contra de lo dicho por ejemplo por CALAMANDREI (13), que el momento típico para distinguir entre procedimiento oral y escrito sea el de las deducciones de las partes. Esto conduciría a que un proceso civil en el que la demanda y la contestación se realizaran por escrito, pero en el que todos los demás actos fueran orales, hubiera de calificarse de escrito. Con

(12) PRIETO-CASTRO, *Tratado*, I, cit., pág. 537.
(13) CALAMANDREI, *Oralità nel processo*, en «Opere giuridiche», I, Napoli, 1965, pág. 452.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez



relación al proceso penal español ello supondría que la mayoría de los procedimientos que hoy tenemos no merecerían la calificación de orales.

En la regulación actual los procedimientos penales habrían de ser considerados escritos, pues en todos ellos, en el ordinario (artículos 649 y 732) y en los de urgencia (arts. 790, 2.ª, y 791, 8.ª; 798 y 800, 3.ª) las calificaciones provisionales y las definitivas se formulan por escrito; incluso el denominado enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes de la ley de 11 de noviembre de 1980, dejaría en buena medida de ser oral, pues en él, si las calificaciones definitivas se formulan oralmente (art. 10, 5.ª), las provisionales se realizan por escrito (arts. 6,1 y 7,2), con lo que el único procedimiento oral sería el del juicio de faltas (14).

El predominio del acto procesal oral, no puede impedir la existencia de actos escritos, sea cual fuere el contenido de éstos, pero en todo caso lo paradójico es que este elemento es el que menos nos sirve para caracterizar un procedimiento de oral. De ahí la importancia de los siguientes.

### B) *Inmediación*

La oralidad implica, en segundo lugar, la inmediación, es decir, la exigencia de que el juzgador se haya puesto en contacto directo con las demás personas que intervienen en el proceso, sin que exista entre ellas elemento alguno interpuesto. Esta exigencia es particularmente importante con relación a las pruebas, hasta el extremo de que para CHIOVENDA la inmediación supone que «el juez que debe pronunciar la sentencia haya asistido a la práctica de las pruebas de que saca su convencimiento, y haya entrado, por lo tanto, en relación directa con las partes, con los testigos, con los peritos y con los objetos del juicio, de forma que pueda apreciar las declaraciones de tales personas y las condiciones de los sitios y cosas litigiosas, etc., fundándose en la impresión inmediata recibida de ellos y no en referencias ajenas» (15).

La inmediación se convierte así en la esencia del juicio oral (16), en su compañera necesaria (17), hasta el extremo de que puede afir-

(14) Limitándonos, de momento, al proceso penal, no hacemos mención en el texto del procedimiento oral por excelencia en materia no penal, esto es, del proceso laboral. También en éste sería dudosa su calificación de oral, pues la pretensión se ejercita en él en tres momentos distintos, y uno de ellos, la demanda, es escrita, vid. mi obra *El proceso laboral*, I, 2.ª ed., Barcelona, 1982, págs. 250-1.
(15) CHIOVENDA, *Instituciones*, III, cit., págs. 162-3.
(16) CHIOVENDA, Op. et loc. ul. cit.
(17) KLEIN y ENGEL, *Der Zivilprozess Oesterreichs*, Leipzig, 1927, pág. 220.

marse que no se trata de principios distintos o autónomos, sino dos aspectos de una misma realidad (18).

Uno de los efectos más importantes de la inmediación es la imposibilidad de que se produzcan cambios en las personas físicas que componen el órgano jurisdiccional durante la tramitación de la causa, y, sobre todo, que sólo pueden concurrir a formar la sentencia los magistrados ante los que se ha desarrollado el juicio (19). Así se desprende en nuestra ley de Enjuiciamiento Criminal de los arts. 746 y 749 y también de los arts. 154 y 164. Según el núm. 4.º del primero procederá la suspensión del juicio oral «cuando algún individuo del Tribunal... enfermare repentinamente hasta el punto de que no pueda continuar tomando parte en el juicio», complementando el artículo 749 que cuando «haya de prolongarse indefinidamente la suspensión del juicio, o por un tiempo demasiado largo, se declarará sin efecto la parte del juicio celebrada, y se citará a nuevo juicio para cuando desaparezca la causa de la suspensión o puedan ser reemplazadas las personas reemplazables» (20).

Y a la misma conclusión hay que llegar con base en los arts. 154 y 164, aun a pesar de lo que se dispone en ellos; en efecto, si alguno de los tres magistrados que asistieron al juicio no pudiera votar, se votará la causa por los no impedidos y si hubiera los votos necesarios para formar sentencia, esto es, dos votos conformes de toda conformidad en las Audiencias Provinciales (art. 153), éstos la dictarán, pero si no se logra la mayoría, si no hay conformidad entre los dos magistrados, la disposición del art. 154 de que se estará a lo ordenado para las discordias es absurda, no quedando otro remedio que el de volver a citar para juicio oral, reproduciendo éste ante tres magistrados (21).

(18) En contra GOLDSCHMIDT, *Principios jurídicos y políticos*, cit., páginas 144-5; MILLAR, *Los principios formativos del procedimiento civil*, Buenos Aires, 1945, trad. de Grossmann, págs. 169 y ss.; CAPPELLETTI, *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Proceedings*, en el volumen «Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation», Milano-New York, 1973, pág. 758, nota 304. Claramente a favor FAIRÉN, *El Tribunal de las Aguas de Valencia y su proceso*, Valencia, 1975, págs. 393-8.

(19) CHIOVENDA, *Instituciones*, III, cit., pág. 163; CALAMANDREI, en *Opere giuridiche*, I, cit., pág. 453; DE MIGUEL, *Los sistemas sobre la forma de la actividad procesal*, en Revista de Estudios Procesales, 1970, 5, pág. 5; BAUR, *Liberalización y socialización del proceso civil*, en RDProIB, 1972, 2-3, pág. 327; FAIRÉN, *El Tribunal de las Aguas*, cit., pág. 393, y el parágrafo 212 de la ZPO austriaca.

(20) Vid. mi *Introducción*, cit., págs. 257-8, y la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1888 allí recogida.

(21) Nuestra doctrina no se había planteado el problema, pero vid. mi *Introducción*, cit., pág. 258.





C) *Concentración*

Decir oralidad es también decir concentración (22), y dentro de los dos sentidos de ésta a que se refería KLEIN (23), nos interesa destacar ahora el primero de ellos, el referente a la actividad procedimental.

Con relación a la actividad procedimental la concentración supone que los actos procesales deben desarrollarse en una sola audiencia, o en todo caso en unas pocas audiencias próximas temporalmente entre sí, con el objetivo evidente de que las manifestaciones realizadas de palabra por las partes ante el juez y las pruebas, permanezcan fielmente en la memoria de éste en la hora de dictar la sentencia. El ideal de todo procedimiento es la concentración en una sola audiencia de todos los alegatos de las partes, de la proposición y práctica de la prueba e incluso de la resolución del asunto, y que si este ideal es difícilmente conseguible, la tarea del legislador y del tribunal consiste en aproximar lo más posible el procedimiento al ideal (24).

La influencia de este aspecto de la concentración sobre la forma del proceso es evidente, y de ahí que haya sido considerado la principal característica exterior del proceso oral. Al mismo tiempo se ha señalado su influencia sobre la brevedad de los pleitos, frente a la escritura que supone necesariamente dispersión de los actos procesales en el tiempo (25). De aquí que algún autor (26) haya dicho que si las mayores ventajas del procedimiento oral obedecen al principio de concentración, sería preferible hablar de proceso concentrado en vez de proceso oral.

La unidad de acto, típica de la concentración, aparece con toda claridad en la segunda fase del proceso penal español, y así el art. 744 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dice que «abierto el juicio oral, continuará durante todas las sesiones consecutivas que sean necesarias hasta su conclusión»; de aquí que la Ley haya previsto

(22) CHIOVENDA, *Instituciones*, III, cit., pág. 164.

(23) Para KLEIN y ENGEL, *Der Zivilprozess*, cit., págs. 244 y ss., la concentración debe considerarse desde dos puntos de vista complementarios. El primero de ellos, el relativo a la actividad procedimental, es el que destacamos en el texto; el segundo, el relativo al contenido del proceso, afecta a las cuestiones previas, incidentales y prejudiciales, y sobre él vid. mi *Introducción*, cit., págs. 262-4, y FAIRÉN, *Notas sobre el principio de concentración*, en «Estudios de Derecho Procesal», Madrid, 1955, págs. 281 y ss.

(24) BACH, *Oralidad y escritura*, en «Conferencias sobre la ordenanza procesal civil alemana», Buenos Aires, 1951, trad. de Krotoschin, pág. 16.

(25) CHIOVENDA, *Instituciones*, III, cit., pág. 164.

(26) Por ejemplo ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso oral y abogacía*, en «Estudios de teoría general e historia del proceso», II, México, 1974, págs. 17 y 19.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

taxativamente, en el art. 746, las causas por las cuales puede acordarse la suspensión del juicio, y de aquí también que, por ejemplo, la jurisprudencia haya indicado con reiteración que no existe indefensión cuando se deniega la prueba pedida en el acto de la vista, si su admisión supusiera la suspensión del juicio, pues debe achacarse a negligencia de la parte el no haberla pedido anticipadamente (27).

D) *Publicidad*

Por último la oralidad supone necesariamente publicidad (28), y se trata, evidentemente, del principio procedimental en el que con más claridad se descubre su carácter político.

Es ya tradicional citar las palabras de Mirabeau ante la Asamblea Constituyente: «Dadme el juez que vosotros queráis, parcial, corrompido, incluso mi enemigo si queréis; no me importa, siempre que él no pueda actuar más que ante la cara del público». Estas implicaciones políticas explican que el principio se recoja en la mayoría de las constituciones de los países europeos y americanos (29), y que figure en los textos internacionales: en el art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, en el art. 6.1 de la Convención Europea para la Salvaguarda de los derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales y en el art. 14 del Pacto Internacional relativo a los Derechos Civiles y Políticos (29 bis).

En España el art. 302 de la Constitución de Cádiz proclamó el carácter público del proceso penal desde la conclusión del sumario,

(27) Así por ejemplo sentencias del Tribunal Supremo de 27 de abril de 1963 (RA 1621 y 2606).

(28) Cuando se habla del principio de publicidad suele distinguirse entre publicidad para las partes y publicidad general, y así CHIOVENDA, *Instituciones*, III, cit., pág. 201. Con todo, en el primer caso no estamos realmente ante el principio de publicidad, sino ante la audiencia bilateral (vid. ALCALÁ-ZAMORA, *Principios técnicos y políticos de una reforma procesal*, en «Estudios de teoría general», II, cit., pág. 108, y FAIRÉN, *Ideas y textos sobre el principio de publicidad del proceso*, en «Temas del ordenamiento procesal», I, Madrid, 1969, pág. 573). La publicidad general es un principio político del procedimiento, mientras que la audiencia bilateral lo es del proceso, pues ésta no atiende tanto a la forma de los actos procesales, cuanto a la propia esencia de lo que el proceso sea; el proceso puede tener un procedimiento secreto para el público, pero sin bilateralidad no es tal proceso, sino algo distinto.

(29) FAIRÉN, *Ideas y textos sobre el principio en publicidad*, en «Temas», I, cit., págs. 580 y ss.

(29 bis) Sobre la publicidad de las actuaciones judiciales y la aplicación en España de estos textos internacionales, en virtud del art. 10.2 de la Constitución, vid. la sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de octubre de 1982 (Sala Primera, recursos de amparo 185/80 y 402/81, en B.O.E. de 17 de noviembre de 1982, suplemento al núm. 276).



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez



y en su Discurso Preliminar se hacía constar que era uno de los principios constitutivos del sistema criminal. En la actualidad el art. 120.1 de la Constitución de 1978 es categórico al respecto, y frente al secreto del sumario (art. 301 de la ley de Enjuiciamiento Criminal), el art. 680 de la misma Ley impone la publicidad de los debates del juicio oral bajo pena de nulidad.

A nosotros nos importa destacar ahora que sin oralidad no puede existir publicidad. En la ley de Enjuiciamiento Civil los arts. 313 y 570 establecen la publicidad de las diligencias de prueba y de las vistas, pero se trata de preceptos de imposible cumplimiento en la práctica en un procedimiento escrito, para lo que basta acudir a la experiencia diaria de los profesionales del derecho. Insistimos en que la publicidad sólo es posible en un procedimiento oral (30).

## V. — APROXIMACIÓN AL ARTÍCULO 741

Después de esta rápida visión de lo que significa el principio de oralidad procedimental, imprescindible para situarnos sabiendo lo que se quiso conseguir con la ley de Enjuiciamiento Criminal, e imprescindible también para comprender la práctica de nuestros tribunales, volvamos al art. 741, en torno al cual centraremos el examen de cómo se está aplicando el principio.

Recordemos lo que dispone literalmente este artículo:

> «El Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley».

En una primera aproximación al mismo cabe deducir que en él se están diciendo dos cosas distintas pero complementarias:

(30) La oralidad supone otras consecuencias, aparte de las aludidas en el texto, pero no son determinantes del fin que ahora perseguimos. Así la escritura conduce a la preclusión, y la oralidad a la elasticidad. Suele sostenerse también (en España DE MIGUEL, *Los sistemas*, en REP, cit., págs. 5-6) que la oralidad conduce al principio de libre valoración de la prueba y a la instancia única. Para nosotros los sistemas de apreciación de la prueba no dependen de la forma de los actos procesales, sino que hacen relación a los principios del proceso (en este sentido últimamente GIMENO, *Fundamentos del derecho procesal*, Madrid, 1981, págs. 213 y ss.). La situación es distinta respecto de la instancia única, pues es evidente que un procedimiento oral es difícilmente compatible con la doble instancia, a riesgo naturalmente de reproducir en la segunda todo lo realizado en la primera. Desde esta convicción la ley de Enjuiciamiento Criminal reguló un juicio oral en única instancia.

1.ª) Que frente al sistema de la prueba legal, que venía siendo el tradicional en nuestro derecho, se consagra el de la libre valoración de la prueba. Es conocido que las reglas legales de valoración de la prueba desaparecieron en primer lugar del proceso penal, principalmente por obra de la Revolución Francesa y del artículo 342 del *Code d'instruction criminelle* (31), y que el art. 741 de nuestra ley de Enjuiciamiento Criminal recogió de modo claro la libre valoración, si bien hay que tener en cuenta que prueba libre no significa que el tribunal pueda actuar discrecionalmente; de ahí que frente a la expresión del art. 741, «según su conciencia», sea preferible la del art. 717, «según las reglas del criterio racional», o la de la ley de Enjuiciamiento Civil, conforme a las reglas de la sana crítica (artículos 609, 632 y 659 de la LEC), en cuanto en ellas se destaca la racionalidad que está en la base de toda valoración.

2.ª) Que de las dos partes de que consta el proceso penal, los miembros del tribunal para formar «su conciencia», y en consecuencia para dictar la sentencia, deben basarse únicamente en las pruebas practicadas en el juicio oral. Los actos realizados en el sumario, las diligencias sumariales, no pueden ser tenidas en cuenta para formar la conciencia de los magistrados del tribunal.

Que la interpretación que se obtiene de esta primera aproximación al art. 741 es la correcta, lo confirma la Exposición de Motivos de la Ley. En ella Alonso Martínez dijo muy claramente:

> «...aceptada la idea fundamental de que en el juicio oral y público es donde ha de desarrollarse con amplitud la prueba, donde las partes deben hacer valer en igualdad de condiciones los elementos de cargo y de descargo, y donde los magistrados han de formar su convicción para pronunciar su veredicto con abstracción de la parte del sumario susceptible de ser reproducida en el juicio...».

(31) Creemos de interés recoger aquí el texto del párrafo III del art. 342 en su primera redacción: «Avant de commencer la délibération, le chef des jurés fera lecture del'instruction suivante, qui sera, en outre, affichée en gros caractères dans le lieu le plus apparent de leur chambre: 'La loi ne demande pas compte aux jurés des moyens par lesquels ils se sont convaincus; elle ne leur prescrit point de règles desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve; elle leur prescrit de s'interroger eux-mêmes dans le silence et le recueillement, et de chercher, dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont faite sur leur raison les preuves rapportées contre l'accusé et les moyens de sa défense. La loi ne leur dit point: Vous tiendrez por vrai tout fait attesté par tel ou tel nombre de témoins; elle ne leur dit pas non plus: Vous ne regarderez pas comme suffisamment établie toute preuve qui ne sera pas formée de tel procés-verbal, de telles pièces, de tant de témoins ou de tant d'indices; elle ne leur fait que cette seule question, qui referme toute la mesure de leurs devoirs: Avez-vous une intime conviction?...».





Sólo dentro de esta interpretación se comprende, por ejemplo, que el art. 715 disponga que existiendo contradicción entre lo declarado por un testigo en el sumario y en el juicio oral, sólo habrá lugar a proceder contra él por el delito de falso testimonio cuando éste se haya dado en el juicio. Insistimos: esta consecuencia sólo puede comprenderse dentro de un sistema en el que el tribunal únicamente puede atenerse para formar su convicción a los datos aportados en el juicio oral, pues «sólo en este trámite puede el testigo favorecer o perjudicar injustamente al procesado y ser leal o traidor a la sociedad y a sus deberes de ciudadano» (Exposición de Motivos) (32).

## VI. — Actos de investigación y actos de prueba

Lo anterior presupone una distinción que no siempre ha sido suficientemente destacada. Nos referimos a la distinción entre actos de investigación y actos de prueba; los primeros son típicos del sumario, mientras que los segundos sólo pueden practicarse en el juicio oral, por lo menos en general pues no cabe desconocer las excepciones a que luego aludiremos.

El concepto de prueba como actividad procesal por la que se tiende a alcanzar el convencimiento psicológico del juzgador sobre la existencia o inexistencia de datos que han sido aportados al proceso, no es válido para las diligencias que se practican en el sumario, sino que por el contrario en éste se parte de que no han sido todavía aportados datos y los actos de investigación tienden a descubrirlos. Las afirmaciones de hecho de las partes en el proceso penal se realizan en las calificaciones provisionales, y sólo a partir de este momento puede practicarse prueba; los actos de investigación tienden, entre otras cosas, a proporcionar los elementos necesarios para que puedan hacerse las afirmaciones posteriores de hechos (33). Estas diferencias sustanciales comportan diferentes regímenes jurídicos y, consecuentemente, diferentes garantías en la realización de los actos, principalmente en lo relativo a la contradicción, como veremos.

(32) El Tribunal Supremo entendió correctamente esta consecuencia desde el principio, y así declaró que no existe falso testimonio por la mera contradicción entre lo manifestado en el sumario y lo declarado en el juicio oral, por ejemplo en las sentencias de 10 de diciembre de 1886, de 28 de septiembre de 1888, de 30 de enero de 1897 y de 18 de enero de 1898.

(33) Sobre las funciones de la instrucción, Pastor López, *El proceso de persecución. Análisis del concepto, naturaleza y específicas funciones de la instrucción criminal*, Valencia, 1979.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Esta distinción acto de investigación-acto de prueba se descubre con facilidad tanto en los artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal como en la Exposición de Motivos. De la segunda cabe destacar los siguientes textos:

> «...las investigaciones del juez instructor no serán sino una simple preparación del juicio. El juicio verdadero no comienza sino con la calificación provisional y la apertura de los debates delante del Tribunal».

O bien:

> «...no permite atribuir a los datos recogidos en el sumario, para la preparación del juicio, una validez y eficacia incompatibles con la índole y la naturaleza del sistema acusatorio».

Y en el mismo sentido:

> «...el sumario es una mera preparación del juicio, siendo en éste donde deben esclarecerse todos los hechos y discutirse todas las cuestiones que jueguen en la causa...».

La distinción se descubre también en el articulado. En el Libro II, Título V («De la comprobación del delito y averiguación del delincuente»), la Ley habla normalmente de diligencias sumariales, mientras que en el Libro III, Título III se refiere al modo de practicar las pruebas en el juicio oral.

Si tuvieran el mismo valor, a los efectos de formar la convicción de los juzgadores, los actos de investigación y los de prueba, todos los problemas que suscitan los arts. 730 y 714, sobre la lectura de las diligencias sumariales, que por causas independientes de la voluntad de las partes no pueden ser reproducidas en el juicio oral, carecerían de sentido (34). Sólo cuando se parte de la confusión entre estas dos clases de actos puede llegarse a la conclusión de que el art. 730 es innecesario (35).

Importa poner de manifiesto además la perceptible diferencia existente entre los artículos correspondientes de la ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 y su antecesora de 1872. En esta última decía el art. 186:

(34) Sobre el mismo es fundamental la aportación de ORTELLS, *Eficacia probatoria del acto de investigación sumarial. Estudio de los artículos 730 y 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, en Revista General del Derecho, 1979; nosotros manejamos sobretiro de la misma y a él se referirán nuestras citas. Con todo conviene dejar bien sentado desde este momento la deuda que esta conferencia tiene con el trabajo de Ortells.

(35) Conclusión a la que llega SÁEZ JIMÉNEZ, *Enjuiciamiento criminal. Comentarios prácticos referidos a la Ley de Urgencia*, Madrid, 1962, pág. 911.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez



> «Constituyen el sumario todas las actuaciones judiciales practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos...».

Mientras que puede leerse en el art. 299 de la ley de Enjuiciamiento Criminal vigente:

> «Constituyen el sumario las actuaciones *encaminadas a preparar el juicio* y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos...».

Hay que concluir, pues, que nuestra aproximación al art. 741 era correcta. Dicho artículo debe interpretarse en el sentido de que sólo en el juicio oral se practica prueba, y de que sólo en esa prueba puede basarse la sentencia.

## VII. — EL GRAVE ERROR DE LA PRÁCTICA DE NUESTROS TRIBUNALES

Aunque las conclusiones que hemos dejado establecidas parecen correctas por adecuadas al texto legal, lo cierto es que en la práctica son de hecho desconocidas.

Creo que difícilmente podrá negarse que el público que asiste a un juicio oral no llega a comprender en profundidad lo que allí se está discutiendo; ¿cuál es realmente la acusación?, ¿qué niega y qué admite la defensa? Y conste que esa falta de total comprensión no es exclusiva del público profano, sino que alcanza incluso a los profesionales del derecho, aunque evidentemente lo que éstos no llegan a captar son los detalles, el matiz trascendente.

Dejando a un lado la conformidad, la segunda, la de los arts. 688 a 700 (36), la vista oral, según, el art. 701, debería comenzar con la dación de cuenta del secretario que habría de recaer sobre: hecho que dio origen al sumario, fecha en que comenzó a instruirse y situación personal del procesado, procediendo después a leer los escritos de calificación y las listas de peritos y testigos y haciendo relación de las demás pruebas propuestas y admitidas. Todo esto se sustituye en la práctica por un ritual «por dada cuenta», que pronuncia el presidente antes de que el público haya tenido ocasión de colocarse en situación de tomar conocimiento de lo que allí ocurre. El público se queda así sin saber en qué términos está planteada la acusación y qué opone la defensa, con lo que se produce el primer desconoci-

(36) Sobre ella vid. con amplitud FAIRÉN, *La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema acusatorio español*, en «Temas», II, cit.

miento del principio informador de la vista, de la oralidad y de su consecuencia la publicidad (37).

Se entra sin más en el interrogatorio del acusado y en la práctica de las pruebas y en el desarrollo completo del juicio. De él quisiéramos destacar dos aspectos. El primero de ellos relativo a la prueba testifical, y en concreto a la incomparecencia de los testigos, y el segundo sobre la prueba documental.

Teóricamente el Ordenamiento regula de modo claro la obligación del testigo de comparecer y establece las sanciones oportunas para el incumplimiento. No vamos a detallar aquí el contenido de esa regulación, limitándonos a recordar la vigencia de los arts. 420 y 716 de la ley de Enjuiciamiento Criminal, y del art. 372, II, del código Penal que tipifica el delito de denegación de auxilio. Con todo hay que advertir inmediatamente que esa vigencia es más teórica que real, pues en la práctica son escasos los supuestos de imposición de la multa y nulos los de procesamiento y condena. Suceden así las cosas por muy distintas razones, desde aquella que parte de que los magistrados son conscientes de las ridículas indemnizaciones que se conceden a los testigos, con base en el art. 722 y las OOMM de 14 de septiembre de 1899 y 20 de febrero de 1943, además del RD de 15 de octubre de 1900 y la OM de 26 de marzo de 1951, con arreglo a la cual la indemnización a los testigos no puede exceder en ningún caso de quince (digo efectivamente 15) pesetas diarias (38), hasta la creencia errónea de que pueden formar su conciencia con base en las declaraciones testificales que constan en el sumario. La magistratura no ha creado entre nuestro pueblo la convicción de que comparecer como testigo es necesario e importante (39).

(37) En el texto describimos unos hechos sobradamente conocidos sin pretender atribuir responsabilidades. Si hubiéramos de hacerlo no pondríamos en primer lugar a la magistratura española, sino a la sociedad y a sus representantes políticos. La corruptela a que aludimos no es sino una consecuencia de la cicatería con que la sociedad dota de medios personales y materiales al Poder Judicial, combinada con la exigencia de rapidez en las actuaciones judiciales. La misma sociedad que abandona económicamente a sus jueces les exige luego celeridad procesal, y de esta tensión la primera víctima es la propia magistratura.

(38) La *Memoria sobre el estado y actividades de la Justicia* del Consejo General del Poder Judicial de 1982, pág. 24, ha recordado con sonrojo la vigencia de la OM de 26 de marzo de 1951.

(39) Puede aquí repetirse lo que decimos en la nota 37. La ridiculez de las indemnizaciones a los testigos han sido el soporte de la creencia de que se carecía de la fuerza moral precisa para imponer coactivamente la obligación de comparecer. La sociedad española y sus representantes políticos han dado lugar a esa creencia, por lo que no cabe, tampoco en este punto concreto, lanzar la primera piedra contra la magistratura.





De aquí que ante la incomparecencia del testigo, y ante la petición del defensor de suspensión del juicio, con base en el art. 746, 3.°, los tribunales consideren rara vez que la declaración es necesaria. De aquí también la numerosísima jurisprudencia del Tribunal Supremo desestimando el recurso de casación por quebrantamiento de forma, por la vía del art. 850, 1.°, por estimar que la suspensión es facultad «discrecional, invulnerable e inatacable» del tribunal de instancia (40), o bien, aun estimando que es revisable en casación, considerando que la no suspensión, por no estimar necesaria la declaración del testigo, no precisa ser razonada (41), o bien extremando los requisitos formales de la protesta por la no suspensión (42).

En nuestros tribunales es normal la práctica de que las partes propongan y el tribunal admita como prueba documental los folios del sumario, y también que, llegada la hora de esa prueba en el juicio oral, ante la pregunta del presidente, tanto el representante del Ministerio Fiscal como los abogados se limiten a decir que se dé por reproducida. Buena parte del sumario se introduce así en el juicio oral (43) por esta puerta falsa, y ello a pesar, primero, de que el art. 726, el único relativo a la prueba documental en el juicio oral, no lo autoriza, y, segundo, de que es absolutamente contradictorio con lo establecido en el art. 730 (44).

Llegada la hora de la sentencia los tribunales españoles fundan su convicción, su «conciencia», tanto en las diligencias sumariales como en las pruebas practicadas en el juicio oral, desconociendo completamente el sentido del art. 741 y las garantías implícitas en el. Y lo más grave es que el Tribunal Supremo ha sancionado esta corruptela con reiteración; basta un ejemplo para comprobarlo, muy revelador de cómo viene actuándose en la práctica.

Nos referimos a la sentencia de 10 de noviembre de 1972 (RA 4804) de la que se desprende que la defensa había propuesto como prueba documental la lectura de unos folios del sumario y el Tribu-

(40) Por ejemplo sentencia TS de 16 de diciembre de 1980 (RA 4939).

(41) Por ejemplo sentencia TS de 17 de enero de 1980 (RA 99).

(42) Por ejemplo sentencias TS de 17 y 25 enero, de 20 de febrero, 1 y 7 de marzo, todas de 1980 (RA 99, 433, 497, 914 y 1042) entre otras muchas.

(43) Burón Barba, *Castigar y juzgar*, en «Poder Judicial», núm. 4, septiembre de 1982, pág. 109.

(44) Sobre la existencia de esta práctica nada mejor para corroborarla que las palabras de Sáez Jiménez, *Enjuiciamiento criminal*, cit., pág. 911: «...como las diligencias sumariales tienen, según reiteradísima doctrina jurisprudencial, y se viene admitiendo sin disensión en la práctica, el carácter de prueba documental reproducible en juicio, es indudable que cualquier diligencia de las obrantes en el sumario puede ser leída a instancia de parte durante la fase probatoria del juicio oral, aunque corresponda a diligencias que, practicadas en el sumario, pudieran o no reproducirse en el plenario».



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

nal de Orden Público había dispuesto que se practicara conforme a lo dispuesto en el art. 726. Pues bien, dice ahora el Tribunal Supremo literalmente:

> «...si la lectura de folios del sumario, se propone como prueba documental, las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal son terminantes, puesto que al ordenar en el Capítulo III del Título III, Libro III, bajo la rúbrica del «modo de practicar las pruebas durante el juicio oral», llega a la Sección IV, y regula este modo de practicar las pruebas aplicado a la documental, estableciendo en el artículo 726, que el Tribunal examinará por sí mismo, los libros, documentos, papeles y demás piezas de convicción, por lo que la resolución del de Orden Público es rigurosamente legal e inatacable. Mas es que sobre tal prueba, que ordinariamente se destaca por las partes, para que el Tribunal preste una atención especial a la lectura de los folios sumariales que afecta a sus intereses en defensa, no puede pretenderse, salvo caso de contradicciones entre lo manifestado en el juicio oral y lo contenido en tales folios, su lectura al Tribunal, porque supone repetición innecesaria e inocua de la prueba que los folios contengan, supone ordinariamente una pérdida de tiempo, que a nada conduce, como no sea a la dilatación innecesaria del juicio; y es totalmente inconducente a formar el criterio del Tribunal, su reiteración en el acto del juicio, puesto que el celo de aquél le llevará a tener conocimiento de todos los folios sumariales y en especial de aquellos en que las partes apoyan sus fundamentos de actuación y defensa...».

## VIII. — Los orígenes históricos del error

Veamos cómo nace históricamente este error en la práctica de nuestros tribunales.

En el proceso penal histórico, el inquisitivo y escrito, la sentencia debía basarse en las actuaciones del sumario y del plenario, aunque éste tendía a confirmar, corregir o ampliar las diligencias sumariales, por lo que no siempre era necesario practicar prueba en él. Todavía a mediados del siglo XIX decía Ortiz de Zúñiga (45) que «este período del juicio criminal no es absolutamente preciso, si las partes, considerando bastante justificadas su respectiva acción y defensa, muestran su conformidad a que sin más trámites se termine el procedimiento», y ello porque en el plenario se tendía básicamente a la ratificación del sumario. En este sentido se expresaba la regla 7 del art. 51 del Reglamento provisional para la Administración de Justicia en lo respectivo a la Real jurisdicción ordinaria de 26 de septiembre de 1835:

(45) Ortiz de Zúñiga, *Elementos de práctica forense*, tomo II, 3.ª ed., Madrid, 1852, págs. 288-9.





> «Si las partes de consuno renunciaren la prueba y se conformaren con todas las declaraciones del sumario, habrá el juez por conclusa desde luego la causa, y dichas declaraciones (las de los testigos en el sumario), aunque no ratificadas, harán plena fe en aquel juicio».

En este mismo sentido se expresaban los arts. 834 y siguientes de la Compilación general sobre el Enjuiciamiento Criminal de 1879, aparte de que en su art. 200 establecía que el juez dictaría sentencia a la vista de todos los autos.

Cuando en la segunda mitad del siglo XIX se intenta introducir el juicio oral y público, la concepción anterior era inadmisible por contradictoria con la oralidad, pero su peso tradicional era tal que de la oralidad no se extrajeron las conclusiones inevitables. Ejemplo de esta actitud fue el Proyecto de ley de bases de Organización de Tribunales y Enjuiciamiento Criminal, aprobado por la Comisión de Codificación el 4 de noviembre de 1863 (46). De las bases fue ponente Cortina, y la base 25 terminaba estableciendo que «el juicio será oral y público», pero en la Exposición de Motivos Gómez de la Serna decía:

> «Cuando ya están consignados en el sumario los hechos, tales como han podido justificarse en los primeros momentos de la perpetración del delito, y se hallan evacuadas las diligencias conducentes a que consten en lo posible todas las circunstancias de alguna importancia que sirvan para esclarecer los actos punibles y la criminalidad de los que han tenido en ellos participación, empieza el verdadero juicio: se practican las pruebas que conducen ya a rectificar el resultado del sumario, ya a corroborarlo, ya, por el contrario, a debilitarlo, y quizá hasta a hacer desaparecer del todo su importancia» (47).

Esto es, en los inicios de la introducción del juicio oral se llegó a la conclusión de que el acto oral y concentrado era necesario, no dependiendo de la voluntad de las partes su celebración, pero en todo caso el juzgador funda su convicción tanto en el sumario como en las pruebas practicadas en el juicio oral, por cuanto éste tiende a confirmar o rectificar el sumario.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 alteró completamente la concepción tradicional, y de ahí el art. 741. El juicio oral adquiere

(46) El proyecto fue presentado al Senado el 6 de noviembre de 1863 y, discutido en éste durante varios años, no llegó a convertirse en Ley; su texto puede verse en RGLJ, 1863, tomo 23, págs. 385-93. Es interesante también Lasso Gaite, *Crónica de la Codificación Española. 3. Procedimiento Penal*, Madrid, 1970, págs. 152 y ss.

(47) Esta Exposición de motivos y fundamentos de las bases para las leyes de Organización de Tribunales del fuero común y Enjuiciamiento Criminal puede verse en RGLJ, 1863, tomo 23, y la cita en pág. 370. Fue redactada por Gómez de la Serna según demuestra Lasso, *Crónica. 3*, cit., pág. 153.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

así una significación nueva y auténtica, como se desprende muy claramente de la Exposición de Motivos:

> Es incompatible con la naturaleza acusatoria del nuevo proceso «la costumbre, tan arraigada de nuestros Jueces y Tribunales, de dar escaso o ningún valor a las pruebas del plenario, buscando principal o casi exclusivamente la verdad en las diligencias sumariales practicadas a espaldas del acusado. No; de hoy más las investigaciones del Juez instructor no serán sino una simple preparación del juicio. El juicio verdadero no comienza sino con la calificación provisional y la apertura de los debates delante del Tribunal que, extraño a la instrucción, va a juzgar imparcialmente y a dar el triunfo a aquel de los contendientes que tenga la razón y la justicia de su parte».

Si éste es el origen histórico del error, el mantenimiento del mismo en la actualidad responde al arraigo de la costumbre a que se refería Alonso Martínez. La fuerza de la costumbre era tal que ha llegado viva hasta nuestros días, y todavía hoy nuestros tribunales siguen valorando como prueba las diligencias sumariales, en contra de lo que la ley de Enjuiciamiento Criminal significó y significa.

## IX. — El error en un sector de la doctrina

El error de la práctica que venimos denunciando ha trascendido a un sector, bien que minoritario, de la doctrina.

Así Jiménez Asenjo primero en su manual (48) destacaba que en la práctica las sentencias de los tribunales se basan normalmente en toda la prueba, la sumarial y la del juicio oral; que la Ley negó las mejores pruebas, que son aquellas —decía— que se recogen en los primeros momentos bajo los efectos de la emoción sufrida por el hecho, porque son las más sinceras; que en la práctica la jurisprudencia y la Fiscalía del Tribunal Supremo (49) han restablecido el verdadero alcance del precepto. Después en un estudio monográfico sobre el sumario (50) decía ya claramente: «El sumario pasa de este modo al plenario con toda su eficacia demostrativa y le imprime carácter y vida. La función de éste no es otra que la de ratificar o

(48) Jiménez Asenjo, *Derecho procesal penal*, tomo II, Madrid, s. a., página 236.

(49) Alude aquí Jiménez Asenjo, a la Memoria de 1883, y más en concreto a la Instrucción 52, que puede verse en RGLJ, 1884, tomo 64, págs. 53-7, en la que, al contrario de lo sostenido por este autor, la Fiscalía del Tribunal Supremo era plenamente consciente del cambio producido por la ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882.

(50) Jiménez Asenjo, *Construcción técnico-jurídica de la instrucción criminal*, en Revista de Derecho Procesal, 1960, pág. 876.





rectificar a la instrucción. Es por tanto prueba y prueba eficaz y trascendente que decide la tesis del proceso. El plenario no hace sino homologar lo que existe en el sumario. Así es como hay que interpretar el significado de los textos legales (del art. 741 en concreto) porque es la única admisible en la realidad. La prueba del juicio oral es prueba formal en cuanto tiende a comprobar o verificar la que se practicó en vía instructiva y ha servido de base a la acusación y al procesamiento y servirá, en definitiva, para la condena».

Por la misma época decía Quintano Ripollés que «siendo libre la valoración de la prueba, ello (el que pruebas formales sólo sean las del juicio oral) no impide que también sean consideradas las investigaciones del sumario e incluso las extrajudiciales, policiales, sin ser prueba formal, sirviendo para formar la plena convicción subjetiva de los miembros del tribunal»; ello conduce a que, a pesar de lo dicho por el art. 741 «una perfecta valoración de la prueba debe producirse sobre la base de una comparación y contraste de todo el material probatorio, para llegar a una convicción de la verdad material, que es en definitiva lo más importante» (51).

En la misma línea de opinión Sáez Jiménez y López Fdez. de Gamboa (52), al referirse a la trascendencia del sumario en la resolución final, destacan que aunque se pretenda que el proceso penal, propiamente hablando, sólo lo constituye el juicio oral, la realidad práctica desvirtúa tal aserto, y sostienen que «una y otra fase (sumario y juicio oral) forman un todo indisoluble, provocándose en el plenario la confirmación, confrontación o rectificación, en su caso, de lo que se produjo y constató en el sumario».

Todavía podría señalarse algún autor que insiste en esta opinión, pero importa más destacar que la mejor doctrina española ha visto con claridad los términos del problema y su solución. Así Prieto-Castro (53) diferencia los actos de investigación de los actos de prueba, y Gómez Orbaneja sienta con claridad meridiana que «en el sumario no hay prueba, en primer lugar, porque en él no hay fijación de hechos que trascienda de la resolución que la investigación sumarial sirve a basar: la apertura del juicio. Si en la instrucción puede prescindirse en buena parte de los principios de publicidad y contradicción, es justamente porque del sumario no pasa al juicio oral

(51) Quintano Ripolles, *Grundsätze und Methode der Beweiserhebung im spanischen Strafprozess*, en ZStW, 1960, págs. 630-1 y 649, cit. por Ortells, *Eficacia probatoria*, cit., págs. 8-9.

(52) Sáez Jiménez y López Fdez. de Gamboa, *Compendio de derecho procesal civil y penal*, tomo IV, volumen II, Madrid, 1968, págs. 762-5.

(53) Prieto-Castro y G. de Cabiedes, *Derecho procesal penal*, Madrid, 1976, págs. 214 y ss.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

absolutamente nada como adquirido; ni siquiera, y muy especialmente, en virtud de la separación tajante entre la función de instruir y la de conocer de la causa y fallarla... pasa, factor imponderable, la prevención subjetiva del instructor. El tribunal ha de construir las premisas de hecho de la sentencia exclusivamente mediante la apreciación de las pruebas practicadas *en el juicio,* según dice terminantemente el art. 741, disposición que a la vez que consagra la libre apreciación limita con rigor el material apreciable. Es erróneo suponer que, en virtud del principio de libre valoración, el tribunal sea libre de basar su convencimiento en medios probatorios que no hayan sido producidos o examinados en el juicio» (54).

Por lo reciente hay que destacar la opinión ortodoxa de un magistrado del Tribunal Supremo, BURÓN BARBA, el cual ha insistido en que el tribunal del que él forma parte «no ha asumido el papel de garante del cumplimiento de los fines de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y los Tribunales no han vacilado en *retroceder* al sumario cuando faltan elementos probatorios aportados y discutidos en el juicio oral, a pesar de que el espíritu y la letra misma de los preceptos que venimos glosando vedaba el retroceso al sumario» (55).

## X. — VULNERACIÓN DE PRINCIPIOS ESENCIALES DEL ENJUICIAMIENTO PENAL

A estas alturas de mi exposición es posible que algunos de los que me oyen estén ya convencidos de que la interpretación que vengo sosteniendo del art. 741 es la correcta —por lo menos eso espero—, pero también es posible que se pregunten si es tan importante, a fin de cuentas, que el tribunal considere o no como elementos para formar su conciencia las diligencias sumariales. Mi respuesta a esa pregunta consiste en afirmar que sí, que sí es importante, y ello porque de la correcta interpretación y aplicación del art. 741 depende la vigencia de principios esenciales sobre los que se asienta la ley de Enjuiciamiento Criminal, principios que se refieren tanto al procedimiento como a la intervención de las partes en el proceso; principios que resumen garantías procesales de rango incluso constitucional.

(54) GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal penal* (con HERCE), Madrid, 1981, pág. 262.

(55) BURÓN BARBA, *Castigar y juzgar*, cit., pág. 109.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez



A) *Quiebra de los principios del procedimiento*

a) Oralidad: Si la sentencia puede basarse tanto en las diligencias sumariales (escritas) como en la prueba del juicio oral, la oralidad ya no es el principio base del procedimiento penal. La ley de Enjuiciamiento Criminal fue revolucionaria porque, entre otras cosas, basó la segunda fase del procesal penal en un acto único y oral, cuya finalidad no era ya corroborar o rectificar el sumario. Este cumple en el proceso distintas finalidades: en primer lugar justifica la apertura del juicio oral frente a un inculpado concreto, o, negativamente, evita la realización de juicios orales innecesarios o improcedentes; en segundo lugar prepara el juicio oral, investigando la «noticia criminis», suministrando instrumentos a la acusación y a la defensa, asegurando la eficacia y celebración del juicio ulterior mediante la adopción de medidas cautelares, y, por último, concreta el sujeto pasivo del proceso (56); es evidente que entre esas finalidades no está la de servir de fundamento a la sentencia. Esta se basa en las pruebas realizadas en el plenario, y la oralidad es la forma normal de realización de los actos de prueba (57).

b) Inmediación: La ley de Enjuiciamiento Criminal no dispone expresamente que el juicio oral esté regido por el principio de inmediación, pero ello es porque las leyes no deben plasmar en su articulado disposiciones teóricas o dogmáticas; sin embargo, en los artículos de la Ley sí se establecen aquellas disposiciones que son consecuencia del principio y que lo configuran. En este sentido el efecto más destacado de la inmediación, la imposibilidad de que se produzcan cambios en las personas físicas que componen el tribunal durante la tramitación de la causa, viene claramente establecido en los arts. 746 y 749, y ello porque se parte del principio de que sólo pueden pronunciar la sentencia quienes hayan asistido a la práctica de las pruebas.

La inmediación desaparece si el sumario se convierte en prueba, pues entonces el tribunal no logra su convencimiento de la impresión inmediata que le ha causado su relación directa con las partes, testigos, etc., sino de una referencia ajena, a través de lo que ha quedado reflejado en un escrito por el juez instructor.

c) Concentración: En la ley de Enjuiciamiento Criminal se establece el juicio oral como acto único, que es la máxima expresión de la concentración. Si el tribunal penal puede fundar su convicción

(56) PASTOR LÓPEZ, *El proceso de persecución*, cit., págs. 131 y ss.

(57) Las excepciones a este principio vienen establecidas taxativamente en la propia Ley, y a ellas aludiremos después, en XI.

en las diligencias sumariales, aún manteniéndose formalmente el acto único, las razones a que respondió su introducción en la Ley se ven desvirtuadas. En la regulación vigente la introducción del acto oral único, no significa sólo que formalmente en ese acto se haya de confirmar, corregir o ampliar las diligencias sumariales; significa que precisamente con esa forma concentrada se deben practicar las pruebas, porque esa forma es la única con la que es posible de hecho la oralidad, la inmediación y la publicidad.

d) Publicidad: La verdadera, la relativa al público en general, desaparece cuando el sumario se convierte en prueba. Cuando el público no ha podido presenciar todos los elementos que sirven de base al tribunal para dictar su sentencia, la fiscalización popular, el control político del pueblo sobre la obra de los magistrados (58) no existe. Tampoco existe la garantía que para el justiciable representa la publicidad. Cuando la declaración de un testigo prestada en el sumario se convierte en medio de prueba, el proceso inquisitivo está volviendo por sus fueros. La ley parte de depositar la confianza del pueblo en la magistratura en cuanto ésta aprecia las pruebas en conciencia, pero ese mismo pueblo, para garantizar sus derechos y libertades, exige que esa conciencia se forme en el juicio oral, con elementos que hayan estado al alcance de todos los interesados. La confianza se pierde cuando la conciencia se forma sobre material secreto para el público, pues entonces la razonabilidad, que debe estar en la base de toda resolución judicial, se ve sustituida por lo desconocido.

### B) *Subversión de los principios relativos a la intervención de las partes*

Pero no son sólo principios procedimentales los que quiebran con la práctica que venimos denunciando; en el mismo caso se encuentran principios relativos a la intervención de las partes en el proceso.

a) Contradicción: Decía CALAMANDREI, y hay que compartir plenamente, que «el principio fundamental del proceso, su fuerza motriz, su garantía suprema es el 'principio del contradictorio'» (59), y en nuestro país GUASP lo ha considerado como «un principio auténtico de derecho natural dotado de un contenido imperativo mínimo insoslayable» (60). Si ésta es la trascendencia del principio, hay que

(58) COUTURE, *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3.ª ed., reimpresión, Buenos Aires, 1966, págs. 192-3.

(59) CALAMANDREI, *Proceso y democracia*, Buenos Aires, 1960, trad. de Fix Zamudio, pág. 148.

(60) GUASP, *Administración de justicia y derechos de la personalidad*, en Revista de Estudios Políticos, 1944, IX, págs. 91-2.





advertir de inmediato que si en el juicio oral está plenamente garantizado, no ocurre lo mismo en el sumario.

La plenitud del contradictorio en el juicio oral no precisa ser demostrada; en él la práctica de la prueba se basa en el interrogatorio cruzado, que es el que mejor garantiza la defensa del acusado. Pero otra cosa ocurre en el sumario, en el que la contradicción queda disminuida, y ello incluso a pesar de la ley de 4 de diciembre de 1978. Adviértase que el art. 302 sigue posibilitando la práctica de diligencias secretas para las partes, con lo que la contradicción desaparece, pero es que además la contradicción no está garantizada ni en aquellas diligencias que pueden practicarse con intervención del inculpado y su defensor, pues la incomparecencia de éstos, con o sin causa, no suspende la práctica de aquéllas (así el art. 333, II). Por último, si admitiéramos —lo que no hacemos— la interpretación que del art. 302, en relación con el art. 435, hace la Fiscalía General del Estado, en la Circular 8/1978, sobre la ley de 4 de noviembre, al decir que los testigos en el sumario deben seguir declarando «separada y secretamente», sin perjuicio de que después las partes tomen conocimiento del acta de la declaración, la falta de contradicción aparecería más evidente si cabe.

b) Igualdad: En nuestro proceso penal no hay igualdad de las partes en el sumario y sí existe en el juicio oral. En el primero la desigualdad es manifiesta y la Exposición de Motivos lo reconoce paladinamente:

> «Es difícil establecer la igualdad absoluta de condiciones jurídicas entre el individuo y el Estado en el comienzo mismo del procedimiento, por la desigualdad real que en momento tan crítico existe entre uno y otro; desigualdad calculadamente introducida por el criminal y de que éste solo es responsable... Para restablecer, pues, la igualdad en las condiciones de la lucha, ya que se pretende por los aludidos escritores que el procedimiento criminal no debe ser más que un duelo noblemente sostenido por ambos contendientes, menester es que el Estado tenga alguna ventaja en los primeros momentos, siquiera para recoger los vestigios del crimen y los indicios de la culpabilidad de su autor».

Tampoco aquí la ley de 4 de diciembre de 1978 ha dado el paso decisivo a que se refería la propia Exposición de Motivos cuando hablaba de que «sólo el porvenir puede resolver el problema de si llegará o no a realizarse aquel ideal» de la igualdad desde el inicio del sumario.

Por el contrario, en el juicio oral aparece plenamente la igualdad. La Exposición de Motivos lo dice claramente cuando se refiere, por ejemplo, a que:



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

«...sería indisculpable que la Ley no estableciera la perfecta igualdad de condiciones entre el acusador y el acusado».
«...en el juicio oral y público... donde las partes deben hacer valer en igualdad de condiciones los elementos de cargo y descargo...».
«...rompiendo con el procedimiento escrito, inquisitivo y secreto, para sustituirle con los principios tutelares de libertad, de contradicción, igualdad de condiciones entre las partes contendientes...».
«...con las reglas de publicidad, contradicción e igualdad que el proyecto de Código establece desde que se abre el juicio oral hasta que se dicta la sentencia firme».

Pero lo importante es que así se desprende del articulado, según el cual el Ministerio Fiscal y el acusador particular no ocupan una posición preponderante, sino que están al mismo nivel, procesalmente hablando, que la parte acusada (61); en la Ley se habla en múltiples ocasiones de partes (por ejemplo, arts. 653, 654, 657, 662, 701, V, etc.) sin distinguir, otorgándoles iguales posibilidades (62).

Aún después de la ley de 4 de diciembre de 1978, y de la nueva redacción del art. 302, la igualdad no existe en el sumario; el juez instructor puede declarar el sumario secreto, total o parcialmente, y realizar diligencias sumariales sin conocimiento del inculpado y de su defensa, o incluso sin conocimiento del acusador particular, pero siempre con la intervención del Ministerio Fiscal (63).

(61) SILVA MELERO, *La estructura del proceso penal, en relación con el concepto de parte*, en Revista de Derecho Procesal, 1946, 2, pág. 258, niega esta igualdad considerando que muestra de ello es que el Fiscal acusa sin que pueda ser acusado, es decir, sin posibilidad de una reconvención en el sentido del proceso civil. El supuesto es poco convincente; la igualdad a que nos referimos es formal, procesal, de derechos, cargas y deberes procesales. Por otra parte el propio Silva, al referirse en las páginas siguientes a la situación para él preponderante del Ministerio Fiscal, centra su atención en el sumario y reconoce que «es cierto que nuestra Ley de Enjuiciamiento criminal parece inclinarse a distinta solución, sobre todo en la fase de juicio oral, pero no olvidemos que existe una fase instructoria o sumarial cuya trascendencia no puede ser desconocida por nadie».

IBÁÑEZ Y GARCÍA VELASCO, *Curso de derecho procesal penal*, Madrid, 1969, pág. 100, negando la condición procesal del sumario, puede afirmar la igualdad absoluta de las partes. Si se afirma la naturaleza jurisdiccional del sumario, como nosotros hacemos, es necesario apreciar las diferencias existentes entre las dos fases del proceso penal.

(62) La ley de 8 de abril de 1967 nos ofrece aquí una prueba más de sus deficiencias, pues en ella se conceden mayores facultades al Ministerio Fiscal, cuyas peticiones llegan, en ocasiones (arts. 790, 3.º, I; 791, 4; 8.ª, IV), a vincular al juzgador.

(63) A este efecto la Circular 8/1978 de la Fiscalía del Tribunal Supremo recuerda que el art. 302, II, en nada puede afectar a la intervención del Ministerio Fiscal en el sumario, con base en el art. 306.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez



C) *Degradación del sistema asusatorio formal*

Por último, y evidentemente no es lo menos trascendente, la importancia de una correcta interpretación y aplicación del art. 741, se pone de manifiesto si se constata que la práctica incorrecta que venimos poniendo de manifiesto implica la degradación del sistema procesal penal sobre el que se basa la ley de Enjuiciamiento Criminal, el acusatorio formal o mixto.

Este sistema supone, entre otras cosas (64), que el sumario no suministra materiales de hecho para fundar la sentencia; ésta debe fundarse en el juicio oral, público, con contradicción y con inmediación. Pero sobre este punto nos remitimos a la conferencia del prof. Gutiérrez-Alviz y Armario (*).

## XI. — ACTOS DE PRUEBA EN EL SUMARIO

El principio general ha quedado suficientemente establecido: el art. 741 conduce a que sólo en las pruebas practicadas en el juicio oral puede el tribunal fundar su convicción y la sentencia. Ahora bien, este principio no puede tener carácter absoluto, y de ahí la excepción fundamental del art. 730. La excepción se funda, como dice ORTELLS (65), en la necesidad de evitar que, por imposibilidad de practicar un medio de prueba en el juicio oral, se pierdan para el proceso los resultados de éste, en perjuicio de la finalidad procesal de descubrimiento de la verdad; la ley, a pesar de reconocer el menor y distinto valor de la documentación del acto de investigación respecto de la prueba, debe ceder en la admisión de la documentación, pues de lo contrario, en caso de imposibilidad práctica de reproducir la diligencia en el juicio oral, debería renunciar a poder constatar un determinado hecho.

Este es el fundamento del art. 730 con base en el que, cuando las diligencias practicadas en el sumario, por causas independientes de la voluntad de las partes, no pueden ser reproducidas en el juicio oral, entonces, y sólo entonces, cabe que se conviertan en prueba a través de su lectura en el mismo juicio oral. Y es desde este artículo desde el que debe interpretarse, a su vez, el art. 726, en el cual

(64) Vid., por ejemplo, GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal penal*, cit., página 118.

(*) Como se ha advertido al principio, las páginas que el lector tiene ahora en sus manos son el texto base de una conferencia integrada dentro de un ciclo; de ahí esta lógica remisión a otra de las conferencias.

(65) ORTELLS, *Eficacia probatoria*, cit., págs. 21-2.

no se dice que el tribunal pueda examinar por sí mismo las diligencias sumariales, esto es, todo el sumario, pues lo que debe examinar son los libros, documentos, papeles y demás piezas de convicción, que son cosas completamente distintas de las diligencias sumariales.

El art. 726 contiene una disposición absolutamente lógica; el tribunal examinará por sí mismo las piezas de convicción, en cuanto éstas son verdaderas pruebas; por ejemplo, los vestigios o pruebas materiales de la perpetración del delito, recogidos por el juez de instrucción en la inspección ocular del sumario (art. 326), las armas, instrumentos o efectos de cualquier clase hallados en el lugar de la comisión del delito o en poder del acusado (art. 334), los libros de contabilidad o documentos en los delitos de falsificación (art. 335, II), los libros, papeles o cualesquiera otras cosas halladas en virtud de la entrada y registro en lugar cerrado (art. 574), las cartas de la apertura y registro de la correspondencia (art. 586), etc. Todo este conjunto de materiales, que no son diligencias sumariales, aunque se hayan unido al sumario en virtud de actos de investigación o diligencias, han de ser evidentemente examinadas por el tribunal. Lo que el art. 726 no dice es que por ese camino pueda el tribunal fundarse en todo el sumario. A esta conclusión errónea se llega cuando se considera que, dado que el sumario está plasmado formalmente en escritos, en documentos, y que el art. 726 habla de documentos, todo el sumario pasa con virtualidad probatoria al juicio oral. Se confunde así documento como pieza de convicción, con documento como acto escrito.

El art. 730 no se refiere ya a libros, papeles, armas, instrumentos, documentos, etc., sino a actos de investigación sumarial, esto es, a las actas o diligencias en las que se han documentado los actos de investigación. Se incluyen aquí, por ejemplo, la diligencia de inspección ocular (art. 332), la diligencia del lugar, tiempo y ocasión del art. 334, la descripción de la persona o cosa objeto del delito (artículo 335), el informe de la autopsia (art. 349), los informes periciales sobre análisis químicos (art. 358), las diligencias de las declaraciones de los inculpados y procesados (arts. 385 y siguientes, sobre todo 404), las diligencias de las declaraciones de los testigos (arts. 410 y siguientes, sobre todo 444), etc. A todo este conjunto de diligencias se refiere el art. 730 distinguiendo entre las que pueden y las que no pueden reproducirse en el juicio oral, y respecto de las segundas dice que podrán convertirse en prueba en el juicio oral mediante su lectura.

El problema radica así en determinar cuándo una diligencia sumarial es reproducible en el juicio oral y cuándo no lo es, problema que se complica con la referencia a la voluntad de las partes que se



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez



contiene en el mismo artículo. Dado que no es nuestro objetivo en este momento y lugar el desarrollo y solución de ese problema, nos limitamos a remitirnos al estudio de ORTELLS al que ya hemos aludido anteriormente.

Destaquemos simplemente que la imposibilidad de reproducción puede provenir bien de la naturaleza misma del acto de investigación, bien de acontecimientos sobrevenidos. En el primer caso, que es el que puede preverse, la ley de Enjuiciamiento Criminal, ya en su redacción originaria, sometió al acto de investigación al principio de contradicción, dando completa participación en él al inculpado. Pueden verse en este sentido, por ejemplo, los artículos 333 (inspección ocular), 336 (sobre el cuerpo del delito), 343 (autopsia), 350 (duración de las lesiones), 356 (análisis químicos), 448 (testigos), 466 y 467 (recusación de los peritos si el peritaje no puede reproducirse), 476 (peritos), 569 (entrada y registro en lugar cerrado), 576 (registro de libros y papeles), 584 (apertura de correspondencia). En el segundo caso, al no poder preverse la imposibilidad de reproducción, la diligencia sumarial se realizó sin contradicción, y a pesar de ello se convertirá en medio de prueba, previa su lectura. En todo caso hay que advertir que es desde el art. 730 desde el que debe decidirse si un acto de investigación se convierte o no en medio de prueba, no desde la norma correspondiente reguladora del sumario.

## XII. — EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA «MÍNIMA ACTIVIDAD PROBATORIA»

El tema que nos está ocupando en el día de hoy ha sido abordado, aunque desde otro punto de vista, por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 28 de julio de 1981 (66). En ella se declara la nulidad de una sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona, por estimar vulnerada la presunción de inocencia recogida en el art. 24.2 de la Constitución, y al hilo de ese derecho fundamental el Tribunal sienta unas afirmaciones que es preciso recoger y comentar, aunque sea muy brevemente. Se dice en los fundamentos jurídicos 3.° y 4.° (67):

(66) Sala Primera, recurso de amparo 113/80, en B.O.E. de 13 de agosto de 1981, suplemento al núm. 193, págs. 24-27.

(67) Aunque sea incidentalmente no quisiéramos dejar pasar la ocasión para poner de manifiesto un hecho que, en mi opinión, no ha sido todavía suficientemente resaltado. El art. 80 de la ley Orgánica del Tribunal Constitucional, de 3 de octubre de 1979, declara aplicable supletoriamente la ley de Enjuiciamiento Civil sobre la forma de los actos procesales, y en consecuencia

«3. El principio de libre valoración de la prueba, recogido en el artículo 741 de la LECr, supone que los distintos elementos de prueba puedan ser ponderados libremente por el Tribunal de instancia, a quien corresponde, en consecuencia, valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación del fallo contenido en la sentencia. Pero para que dicha ponderación pueda llevar a desvirtuar la presunción de inocencia es preciso una mínima actividad probatoria producida con las garantías procesales que de alguna forma pueda entenderse de cargo y de la que se pueda deducir, por tanto, la culpabilidad del procesado, y es el Tribunal Constitucional quien ha de estimar la existencia de dicho presupuesto en caso de recurso. Por otra parte, las pruebas a las que se refiere el propio artículo 741 de la LECr son «las pruebas practicadas en el juicio», luego el Tribunal penal sólo queda vinculado a lo alegado y probado dentro de él («secundum allegata et probata»).

4. En el caso que nos ocupa, del examen de los medios de prueba propuestos por la parte y el Ministerio Fiscal se deduce que sólo la confesión del procesado ante la policía, recogida en el folio 21 del sumario, podría desvirtuar la presunción de inocencia. Ahora bien, dicha declaración, al formar parte del atestado tiene, en principio, únicamente valor de denuncia, como señala el artículo 297 de la LECr, y no basta para que se convierta en prueba de confesión con que se dé por reproducida en el juicio oral; es preciso que sea reiterada y ratificada ante el órgano judicial, circunstancia que no concurre en el caso presente, pues el procesado no sólo negó los hechos en el juicio oral, sino también ante el Juez instructor número 8 de Barcelona y ante el Juez instructor de Pamplona. Por otra parte, ha de añadirse que la declaración, que tuvo lugar en fecha anterior a la de la Constitución, se realizó sin la presencia de Abogado, con lo que, en todo caso, al no haberse ratificado, se estaría incorporando a un proceso penal posterior a la entrada en vigor de la Constitución un medio de prueba que no va acompañado de las garantías que la propia Constitución establece en su artículo 17.

En consecuencia, una vez aprobada la Constitución y consagrada en el artículo 24 la presunción de inocencia como derecho fundamental de la persona que vincula a todos los poderes públicos, no puede considerarse que la sola declaración del procesado ante la Policía sin las garantías establecidas en el artículo 17 y sin haber sido ratificada ante el órgano judicial constituya base suficiente para desvirtuar dicha presunción».

El fundamento jurídico 3.° nos parece esencialmente correcto, aunque podría haberse destacado con mayor rotundidad que la mínima actividad probatoria ha de realizarse en el juicio oral. Pero en el fundamento 4.° se ha cometido un grave error que puede destruir la base sobre la que se asienta la propia sentencia. En efecto, en él se

para la forma de las sentencias debería aplicarse el art. 372 de ésta, con los resultandos y considerandos. No lo ha entendido así el Tribunal y sus sentencias tienen «antecedentes» y «fundamentos jurídicos». Lo que prueba, una vez más, que cuando no se tiene superior que controle puede impunemente incumplirse la ley, aunque sea en un aspecto tan poco importante como éste.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez



dice reiteradamente que la confesión (68) del inculpado ante la policía, para que se convierta en prueba es preciso que sea ratificada «ante el órgano judicial», pero no sólo no se aclara que ese órgano judicial ha de ser precisamente el que conoce del juicio oral, sino que, antes al contrario, de la referencia a los jueces de instrucción de Barcelona y Pamplona, cabe deducir que el Tribunal Constitucional está admitiendo que la «mínima actividad probatoria» puede realizarse en el sumario. Con ello se incide en el error jurisprudencial que venimos poniendo de manifiesto.

Como insinúa BURÓN BARBA, la sentencia de 28 de julio de 1981 «en cierto aspecto se ha quedado más corta que la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal» (69), pues en ésta la declaración del inculpado o procesado, reconociéndose autor de los hechos ante el juez de instrucción, no es medio de prueba, aunque sí puede revestir parcialmente esta naturaleza la declaración del acusado en el juicio oral (70).

Por el camino abierto ha continuado el Tribunal Constitucional, que en su sentencia de 26 de julio de 1982 (71) ha incidido en las distinciones prueba en conciencia y ausencia de prueba, en primer

(68) A pesar de que la ley de Enjuiciamiento Criminal utiliza la palabra confesión (por ejemplo, arts. 406, 820, 954, 3.º), en el proceso penal no puede hablarse de verdadera confesión como medio de prueba ni como medio para determinar los hechos que no precisan de prueba, para lo que basta tener en cuenta la indisponibilidad del objeto del proceso; cosa distinta es la conformidad que la Ley llama también confesión (arts. 688 y ss.), pero vid. FAIRÉN, en *Temas*, II, cit., pág. 1218, y GÓMEZ DEL CASTILLO, *El comportamiento procesal del imputado*, Barcelona, 1979, págs. 110 y ss.

(69) BURÓN BARBA, Op. et loc. cit.

(70) No es éste, naturalmente, el momento de plantear la naturaleza jurídica de las declaraciones del inculpado-acusado, pero sí es conveniente destacar que la doctrina (incluidos nosotros mismos, vid. *Introducción*, cit., páginas 241-2, nota 232) parte del error, a la hora de fijar esa naturaleza, de no distinguir entre declaración del inculpado en el sumario y declaración del acusado en el juicio oral; en este sentido puede verse, por ejemplo, JIMÉNEZ ASENJO, *La confesión del reo o inculpado*, en Revista de Derecho Procesal, 1945, 3, págs. 355 y ss.; MUÑOZ ROJAS, *El imputado en el proceso penal*, Pamplona, 1958, pág. 71; FAIRÉN, *Temas*, II, cit., págs. 1255 y ss.; para una bibliografía completa GÓMEZ DEL CASTILLO, *El comportamiento procesal*, cit., págs. 111 y ss.

Después de replantearnos el tema creemos que la declaración del inculpado en el sumario no puede ser más que un acto de investigación, que al mismo tiempo puede ser utilizado como medio de defensa por el inculpado, en tanto en cuanto tiene derecho a ser oído. La declaración del acusado en el juicio oral es también un acto de defensa, incluido en el derecho a ser oído, como lo es el derecho a la última palabra, pero al mismo tiempo es un acto de prueba, en cuanto en esa manifestación puede el tribunal basar su convicción según el art. 741.

(71) Sala Primera, recurso de amparo 55/82, en B.O.E. de 18 de agosto de 1982, suplemento al núm. 197, págs. 17-18.

lugar, y luego entre la prueba como medio y como resultado, precisando que el control del Tribunal Constitucional puede referirse a la falta de medios probatorios, pero no a la valoración o apreciación de los practicados. Por último en la sentencia de 15 de octubre de 1982 (72) se insiste en que para desvirtuar la presunción de inocencia es precisa una mínima actividad probatoria, producida con las garantías procesales, que de alguna forma pueda entenderse de cargo.

En las tres sentencias citadas el Tribunal no parece haber comprendido totalmente el punto concreto que nos ocupa. Enlazando el principio de oralidad (y sus consecuencias: inmediación, concentración y publicidad), más la contradicción y la igualdad procesal, con la presunción de inocencia, habría de llegarse a la conclusión de que esta presunción *iuris tantum* sólo se desvirtúa si existe una mínima actividad probatoria, bien entendido que ésta sólo puede realizarse en el juicio oral, no en el sumario (salvo las excepciones antes indicadas).

## XIII. — La reacción de los Tribunales ordinarios

La sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de julio de 1981 ha aplicado acertadamente una de las garantías procesales contenidas en la Constitución, la presunción de inocencia, pero no ha llegado a perfilar con claridad otra garantía también incluida en el art. 24 del texto constitucional. A pesar de que se ha quedado a mitad de camino, la Sentencia citada ha constituido una importante llamada de atención, que ha conmovido las bases de una práctica centenaria y ha suscitado un amplio debate dentro de la magistratura española, del que sólo una pequeña parte ha salido a la luz pública; como los iceberg, la mayor parte ha quedado por debajo de la imprenta. No vamos a detenernos aquí en esa polémica (73), por cuanto afecta únicamente a la primera mitad de nuestro camino.

(72) Sala Primera, recursos de amparo 185/80 y 402781, en B.O.E. de 17 de noviembre de 1982, suplemento al núm. 276, págs. 6-13.

(73) Pero sí vamos a dar las pistas de la misma. Vid. la noticia de las Jornadas de Estudio sobre el Consejo General del Poder Judicial (Madrid, 10 a 13 de diciembre de 1981), en «Poder Judicial», 2, págs. 26-7, especialmente la ponencia 4.ª, y en JUSTICIA 82, II, págs. 235-8; en la misma revista «Poder Judicial», 2, págs. 96-102, se publicó la sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de julio de 1981 como «tema candente»; Albácar López, *El principio de libre apreciación de la prueba en la doctrina del Tribunal Constitucional*, en «La Ley», 1981, 4, págs. 1086-92; Sala Sánchez, *Poder Judicial, Tribunal Constitucional y Recurso de Amparo*, en «Poder Judicial», 2, págs. 57-66; Hernández Pardo, *Ley de enjuiciamiento Criminal, artículo 24 de la Constitución, Poder*



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez



La existencia de la mínima actividad probatoria fue contestada, en primer lugar, dentro de la propia Sala Primera del Tribunal Constitucional, en el voto particular de uno de los magistrados, naturalmente miembro de la carrera judicial (74), pero hoy hay que considerarla firmemente asentada después de la sentencia de la Sala II del Tribunal Supremo de 1 de junio de 1982, que ha llegado incluso más lejos que las del Tribunal Constitucional, aunque es evidente que el cauce procesal del art. 849, 1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ofrece a aquél muchas más posibilidades de control.

En la sentencia de 1 de junio de 1982 el Tribunal Supremo, partiendo de afirmar que no trata de sustituir el criterio del tribunal de instancia en la valoración de las pruebas, conforme al art. 741, sino sólo de examinar los medios de prueba arbitrados y su posible confrontación con el principio de presunción de inocencia, entra en el examen del caso concreto y dice:

> «...las pruebas admitidas y practicadas en el juicio fueron las de confesión de los procesados y la documental, referida ésta, exclusivamente, a la lectura de particulares del sumario relativos a la documentación de declaradores de los procesados y perjudicado, siendo de destacar, a los efectos que ahora interesan y siguiendo unas directrices puramente objetivas y asépticas, los siguientes hechos: Que el procesado, hoy recurrente, declaró ante la Policía en presencia de

*Judicial y Tribunal Constitucional*, en «Poder Judicial», 4, págs. 113-8, en donde sienta afirmaciones gravísimas, jurídica y políticamente, al decir que el Tribunal Constitucional carece de competencia para conocer de recursos contra las resoluciones de los tribunales ordinarios en procesos regulados en la ley de Enjuiciamiento Criminal, y que el Consejo General del Poder Judicial debe ordenar que no se remitan al Tribunal Constitucional las actuaciones judiciales que éste reclame para tramitar los recursos de amparo; Burón Barba, Op. cit.; Domínguez Martín y otros, *El derecho al juez natural*, en «La Ley», 24 de diciembre de 1982, págs. 4-5; no faltan frases sibilinas que sólo el lector de entre líneas puede captar, y así, por ejemplo, Serena Velloso, *Sobre la esencia del proceso penal*, en «Poder Judicial», 4, pág. 84: «El derecho vigente, pues, está —o estaba; no se sabe— en el artículo 741 de la ley de enjuiciamiento...».

(74) La lectura de la sentencia de 28 de julio de 1981 y del voto particular produce una duda que sólo es posible resolver examinando el rollo 752 de 1979 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona. En la sentencia dice el Tribunal Constitucional que la Audiencia de Barcelona se basó únicamente en la declaración de acusado ante la policía, mientras que en el voto particular se dice que, además del atestado, han existido en el juicio oral otras pruebas como el examen del acusado, testifical y documental. Hay aquí una evidente contradicción, pues si existió testifical y documental (aunque no sabemos en qué consistió ésta, pues si eran folios del sumario en que se documentaban actos de investigación, en realidad no eran pruebas) ya hubo la mínima actividad probatoria, y entonces, como dice el voto particular, el Tribunal Constitucional se extralimitó en sus funciones, invadiendo el terreno del tribunal ordinario, y desconoció su propia ley orgánica, en su art. 44, 1, b.

abogado y en ningún momento se confesó autor del hecho ni haber tenido la menor participación, que ratificó su declaración ante el Juez y tampoco confesó y que llegó a juicio oral adoptando siempre la misma posición, sin que en su poder se hayan encontrado objetos procedentes del robo de autos y sí sólo una llave del piso en que vivía el otro procesado, coincidiendo ambos en que le había facilitado una con el fin de encontrar albergue para rehuir la acción policial dada su situación de busca y captura por haberse evadido del penal de Burgos, que en ningún momento el otro procesado hizo imputación alguna al hoy recurrente de participación en los hechos y que todo lo sustraído fue encontrado y recuperado, en parte, en el domicilio indicado.

Ya en este trance, queda de manifiesto no una penuria en la práctica o existencia de pruebas o indicios que denoten la culpabilidad del recurrente, sino la falta absoluta de toda prueba, con lo que, dicho se está, si la presunción de inocencia se da ante la falta de pruebas o de pruebas insuficientes, este principio, consagrado en el art. 24-2.º de la Constitución, no puede por menos de ser acogido en el supuesto de autos a través de la sabia prescripción del legislador contenida en el párr. 2.º del art. 899 de la misma LECr. en conjunción con el motivo que se estudia, articulado por el cauce formal del n.º 1.º del art. 849 de la misma Ley Procesal y en el que se denuncia la infracción de aquel precepto constitucional, cuando es lo cierto que dicho motivo, a modo de cordón umbilical y como premisa aceptada, descansaba en los dos precedentes, delatores de los errores de hecho que se formulaban.

No entraremos ahora en el examen detallado de esta Sentencia. Destacaremos simplemente que no parece haberse comprendido íntegramente que no se trata sólo de destruir la presunción de inocencia, sino que además ello debe hacerse precisamente con las pruebas practicadas en el juicio oral. La sentencia admite que son prueba documental las diligencias de declaración en el sumario de los procesados y del perjudicado, y ello para nosotros es inadmisible, siempre que unos y otro pudieran físicamente declarar en el juicio oral.

Con todo, primero el Tribunal Constitucional y luego el Tribunal Supremo, han abierto el camino para que se dé el segundo paso, paso que ya están empezando a dar nuestros tribunales de instancia, en la práctica de los cuales ya es perceptible la sensación, todavía no claramente razonada, de que en la vista del juicio oral es preciso practicar alguna prueba, a riesgo de ver triunfar un recurso de casación o de amparo. Los miembros del Ministerio Fiscal son también sensibles a esta exigencia, o por lo menos así me lo parece en mi percepción de la práctica, y de hecho no se limitan ya en sus escritos de calificación provisional y en sus intervenciones en las vistas, a remitirse de modo completo al sumario.

Es todavía pronto para valorar definitivamente esta nueva dirección de la práctica, aunque hay que confiar en que conduzca a la plena vigencia del principio de oralidad y a la consecuencia que ahora estamos destacando: pruebas sólo se practican en el juicio oral.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez



## XIV. — El Anteproyecto de Ley orgánica de Enjuiciamiento Criminal

Para ofrecer a los oyentes un cuadro completo de la situación debo referirme al Anteproyecto de Ley orgánica de Enjuiciamiento Criminal, aprobado al parecer (75) por la Comisión General de Codificación en este mismo año de 1982.

Hay que destacar, en primer lugar que en su Libro II («Del sumario»), Título X («De la prueba anticipada»), parte de la solución correcta que venimos propugnando y de la distinción entre diligencias de investigación y actos de prueba, y afronta los supuestos excepcionales de práctica de prueba en el sumario. Mejor que un resumen, que siempre puede ser desvirtuador, es ofrecer el texto literal de los tres artículos recogidos en el aludido Título X:

«*Artículo 342.* — Cuando en el sumario se realice cualquier diligencia de investigación de la que se presuma justificadamente que no podrá ser practicada, en su día, como prueba en el juicio oral, por imposibilidad de la persona que deba testificar, por posible destrucción del objeto sobre el que recaiga o por cualquier otra causa similar, el Juez de oficio o a petición de parte, acordará anticipar la prueba mediante auto que será notificado al Ministerio Fiscal, a las partes si las hubiere y, en todo caso, al imputado o procesado, al que se requerirá para que nombre Abogado y Procurador en el plazo de 24 horas, si aún no lo tuviere, y de no hacerlo se le nombrará de oficio.

Transcurrido dicho plazo, el Juez practicará la prueba con intervención del Ministerio Fiscal y de las partes, acomodándose en cuanto a la forma y requisitos a lo establecido para el juicio oral, recogiendo todo lo actuado en pieza separada.

*Artículo 343.* — En caso de peligro de muerte de un testigo o inminente desaparición del objeto de la prueba, se procederá con toda urgencia a practicarla anticipadamente en la forma expresada, aunque el procesado no pudiese ser asistido de Abogado ni representado por Procurador, ni pudiera asistir el Ministerio Fiscal ni las partes.

*Artículo 344.* — Si durante la celebración del juicio oral fuese posible la práctica de la prueba que se hubiese anticipado, deberá reproducirse y carecerá de todo valor probatorio la practicada anteriormente. En caso contrario tendrá el mismo valor que si se hubiese llevado a cabo en el juicio oral».

(75) Digo al parecer porque el ejemplar fotocopiado del Anteproyecto que ha llegado a mis manos carece de toda alusión al camino seguido en la Comisión, y asimismo de presentación. Oficialmente, por lo tanto, no puedo indicar quiénes son sus autores. Al mismo tiempo soy plenamente consciente de que el cambio político, proveniente del resultado de las elecciones de finales de octubre de 1982, ha de significar necesariamente el abandono del Anteproyecto aludido, pero creo de interés mantener la referencia al mismo por cuanto es un claro síntoma del nivel de comprensión del principio de oralidad establecido en el art. 120.2 de la Constitución.

En estos tres artículos se recoge explícitamente algo que está implícito en la ley de Enjuiciamiento Criminal vigente, y a lo que nos hemos referido en el apartado XI. Siguiendo con esta línea el art. 383 del Anteproyecto reproduce el art. 730 de la Ley vigente, con lo que cierra el círculo de la prueba en el sumario y su incorporación al juicio oral. Lo determinante sigue siendo la imposibilidad de que la diligencia sumarial sea reproducida en el juicio oral.

Si a ello se añade que el art. 460 del Anteproyecto reproduce, en lo que ahora nos interesa, el art. 741 de la Ley vigente, con relación a que el tribunal apreciará en conciencia las pruebas practicadas en el juicio, habría que concluir que el Anteproyecto perfecciona técnicamente la ley de Enjuiciamiento Criminal.

Pero no todo es adelanto. En el Anteproyecto cabe también destacar alguna sombra, especialmente en dos artículos. El primero de ellos es el 371; trata este artículo de la suspensión de las sesiones del juicio oral y establece las causas; en la 5.ª se refiere a la incomparecencia de testigos y peritos y a la consideración de ser o no necesaria la declaración o informe, y añade un segundo párrafo que viene a destruir todo lo establecido anteriormente. Dice así:

> «Sin embargo, no se suspenderá el juicio cuando los testigos o peritos hubieren declarado o informado previamente en el sumario o en una prueba anticipada y el Tribunal se considere suficientemente informado con dichas declaraciones o informes, que podrá tener en cuenta para formar su juicio sobre los hechos».

Aquí naufraga todo lo que el Anteproyecto había adelantado y ello porque mezcla dos situaciones muy distintas. La primera se refiere a que el testigo o perito hubiese declarado o informado en una prueba anticipada, que es el supuesto de los arts. 342 a 344 antes trascritos, en cuyo caso es perfectamente admisible que la declaración o informe sea tenido en cuenta para formar juicio sobre los hechos, y ello por la obvia razón de que la prueba anticipada se practicó precisamente porque no podría ser practicada en el juicio oral. Añádase a ello que el art. 344 del Anteproyecto dispone que la prueba anticipada carecerá de todo valor probatorio si, a pesar de todo, es posible su reproducción en el juicio, debiendo entenderse que la simple incomparecencia del testigo o perito, pudiendo físicamente comparecer, supone posibilidad de reproducción (76).

(76) Además, en el Anteproyecto se pretende crear entre los ciudadanos españoles la conciencia de que comparecer al llamamiento judicial es importante y necesario. Partiendo del art. 118 de la Constitución, y de la obligación de prestar la colaboración requerida por los jueces y tribunales en el curso del proceso, el art. 402 del Anteproyecto establece la multa de 5.000 a 50.000



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez



La segunda situación se refiere a que el testigo o el perito hubiera declarado o informado en el sumario, y en este supuesto es inadmisible que, ante la incomparecencia de uno u otro (partiendo de la base de que la comparecencia es físicamente posible), el tribunal pueda tener en cuenta para formar su convicción las declaraciones o informes sumariales. Aquí el acto de investigación se convierte en medio de prueba, y ello a pesar de todo lo anterior, a pesar especialmente de que el art. 383 del Anteproyecto (correspondiente al actual art. 730 de la Ley) dice claramente que sólo podrá acudirse a leer las diligencias sumariales cuando, por causas independientes de la voluntad de las partes, no puedan ser reproducidas en el juicio oral.

Todo el sistema establecido por el Anteproyecto se desmorona por este párrafo II del art. 371, 5.º, que es una concesión a la práctica actual, con lo que el Anteproyecto contiene preceptos contradictorios.

El segundo artículo a que aludimos es el 375. Aquí la sombra procede, no tanto de lo que se dice textualmente, como de la interpretación a que puede llegarse, sobre todo atendida la costumbre de nuestros tribunales de basarse en el sumario. El art. 375 del Anteproyecto dice literalmente:

> «Las sesiones del juicio se iniciarán dando cuenta sucinta el Secretario del hecho, de la situación personal del acusado *y de los particulares que el Presidente señale.*
>
> Todos los actos que integran el juicio se realizarán oralmente, dándose lectura pública por el Secretario de *los documentos o particulares que acuerde el Tribunal* así como por los testigos exceptuados del deber de comparecer».

Llamamos la atención sobre las dos frases en cursiva. La frase final del párrafo I no podría llegar a interpretarse en el sentido de que el presidente del tribunal señalara diligencias sumariales; lo que debería leerse en todo caso serían aquellos particulares de los autos que sirven para centrar el objeto del juicio y dar verdadera publicidad a los debates; de especial interés será, en este sentido, la lectura de las calificaciones provisionales (77).

pesetas, que se impondrá de plano por el presidente del tribunal al testigo incomparecido, se prevé su conducción por la policía e incluso su prisión hasta que haya declarado, y además se regula adecuadamente, en el art. 416, la indemnización oportuna. Para los peritos el art. 421 establece la multa de 5.000 a 50.000 pesetas y la responsabilidad penal, y el art. 431 los honorarios e indemnizaciones.

(77) Aunque no estamos realizando la crítica del Anteproyecto, no podemos dejar de advertir que lo dispuesto en el art. 375 es en buena medida reiterado en el art. 444, con lo que se está ante una duplicidad inútil.

La lectura de los documentos y particulares que acuerde el tribunal, según el párrafo II, no podría convertirse en lectura de diligencias sumariales reproducibles en el juicio oral. El art. 726 de la Ley vigente, y su referencia a documentos está siendo utilizada hoy para que el tribunal pueda basar su sentencia en todo el sumario (78), y de ahí que la futura ley pudiera interpretarse en el mismo sentido. Hay que dejar claramente establecido que una cosa son los libros de contabilidad, papeles, efectos, armas y demás piezas de convicción que deben ser examinados directamente por el tribunal, y otra muy distinta las diligencias sumariales reproducibles en el juicio oral.

## XV. — Propuestas concretas para una futura regulación

No puedo acabar mi intervención en estas Jornadas sin ofrecer soluciones. La labor de crítica es, sin duda, importante, pero adquiere su verdadero sentido cuando al mismo tiempo se aspira a solucionar la situación denunciada. No me limitaré, pues, a criticar.

Es evidente que en la actualidad cualquier propuesta sobre la forma del procedimiento penal debe partir de la Constitución, y con la misma evidencia aparece que ésta ha optado ya entre los dos posibles principios determinadores de la forma. En el art. 120.2 se dispone que «el procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal».

En los últimos años en España, y desde posturas tradicionales, se ha venido insistiendo en que la oralidad está en pugna con las últimas tendencias legislativas (79), y para demostrarlo se acude a las más recientes reformas legales. Se cita así el art. 76 de la denominada Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que prácticamente ha supuesto la desaparición de las vistas ante los tribunales administrativos (80), y el art. 174 de la Ley de Procedimiento Laboral de 13 de junio de 1980, consecuencia del RD-ley de 7 de junio de 1978, que convirtió la vista del recurso de casación en

(78) Recordemos lo dicho por Sáez Jiménez y recogido en la nota 44. Nos remitimos también al epígrafe XI sobre la distinción, entre libros, documentos, papeles y demás piezas de convicción, por un lado, y diligencias sumariales, por otro.

(79) Prieto-Castro, *Constitución y Justicia*, en «Temas de derecho actual y su práctica», Salamanca, 1979, pág. 114.

(80) Vid. González Pérez, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Madrid, 1978, págs. 961-3; y en la Exposición de Motivos de la Ley V, 2, d.





facultativa (81), y podrían citarse prácticamente todas las leyes con normas procesales dictadas después de la Constitución, pues en todas ellas cabe registrar un claro predominio del principio de escritura. El caso más inexplicable es el de la ley orgánica del Tribunal Constitucional, de 3 de octubre de 1979, que regula procesos exclusivamente escritos, y en la que la pequeña apertura a la oralidad contenida en el art. 52.2 no ha tenido hasta ahora práctica alguna.

Los hechos alegados desde esta postura tradicional son ciertos, pero también lo es la vigencia del art. 120.2 de la Constitución y la necesidad de cumplirlo.

Es discutible si la forma del procedimiento tiene entidad suficiente para que el dilema oralidad-escritura sea resuelto con rango constitucional. En esa discusión nosotros no entramos ahora por considerarla inútil (82). Antes de la promulgación de la Constitución pudo y debió discutirse (83), pero después de ello sólo con efectos teóricos cabe plantearse ese dilema. Son asimismo discutibles las ventajas e inconvenientes de la oralidad y de la escritura, y la conveniencia de establecer una u otra como principio predominante del procedimiento, pero en esa discusión tampoco vamos a entrar por considerarla también inútil. Antes de la promulgación de la Constitución pudo y debió discutirse (84), pero después de ella el dilema está resuelto a favor de la oralidad.

En estos momentos el problema se reduce a cumplir la Constitución y a ofrecer al legislador pautas para desarrollar en la futura ley de Enjuiciamiento Criminal ese principio de oralidad, haciéndolo efectivo.

(81) Vid. Montero, *El proceso laboral*, II, Madrid, 1981, pág. 66. En la Exposición de Motivos del RD-ley de 7 de junio de 1978 se justifica la supresión de la vista obligatoria, convirtiéndola en facultativa para el Tribunal Supremo, en la pretensión de aligerar el procedimiento.

(82) Entramos en su momento en la XIV Reunión de Profesores de Derecho Procesal, celebrada en Cáceres en 1978, cuando se discutía en las Cortes la Constitución, y para hacer frente al análisis catastrofista de de la Oliva, *La demolición de la Administración de Justicia en la futura Constitución de 1978*, publicado después en Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, 1978, 2-3, págs. 399 y ss., y especialmente págs. 409-11, oponiéndonos oralmente a una comunicación en que se calificaba la introducción del principio de oralidad en la Constitución de «ingenuidad e imprudencia estremecedoras», aparte de otros calificativos y juicios que, por lo menos, hay que calificar de «temerarios».

(83) Vid. por ejemplo Prieto-Castro, *Constitución y Justicia*, cit., pág. 114, y Bonet Navarro, *Oralidad y Constitución*, en «Escritos sobre la jurisdicción y su actividad», Zaragoza, 1981, págs. 290-329.

(84) Por nuestra parte en 1976, en la 1.ª edición de la *Introducción al derecho procesal*, nos mostrábamos decididos partidarios de la oralidad, frente a la mayoría de la doctrina española que se manifestaba en contra.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

El primer obstáculo para determinar lo que las Cortes Constituyentes entendían por procedimiento predominantemente oral, radica en que el art. 120.2 fue aprobado sin discusión en las distintas comisiones y plenos por los que pasó el proyecto (85). Se trata de una consecuencia del sistema de elaboración de la Constitución, del «consenso», que en realidad privó a los españoles de una verdadera discusión parlamentaria, y al intérprete de un importante elemento de trabajo. Ahora bien, la oralidad como forma del procedimiento tiene un significado concreto en la teoría del derecho procesal, y a ese significado hay que estar, no existiendo elementos de juicio en contra. A la hora de desarrollarse el principio puede discutirse en torno a los límites, pero no podrá desvirtuarse.

En este orden de cosas hay que concluir que en la futura ley de Enjuiciamiento Criminal, el principio de oralidad ha de significar, en la fase de plenario o juicio oral, predominio de realización oral de los actos procesales, inmediación, concentración y publicidad, y siendo ello así no sólo habrá que mantener que la convicción del tribunal ha de formarse exclusivamente con los actos de prueba practicados en la vista, sino que habrán de establecerse las medidas oportunas para que ello sea así en la práctica.

La experiencia de los últimos cien años demuestra que no es bastante el establecer la oralidad en la Ley y disponer que el tribunal funde su convicción únicamente en la prueba practicada en el juicio oral. Esto ya viene ordenado en la Ley vigente y no ha sido cumplido. Es necesario algo más. Ese algo más pueden ser dos medidas complementarias. La primera de ellas viene referida a lo ordenado en el art. 120.3 de la Constitución, a la necesidad de motivar las sentencias; la segunda se refiere a la conveniencia de establecer en la Ley futura que el órgano judicial sentenciador no llegue a disponer del sumario.

(85) En el Anteproyecto se trataba del art. 110.4, y sobre él se presentó una única enmienda por Raúl Morodo, del Grupo Mixto, pidiendo su supresión «porque esta materia debe regularse por ley ordinaria». La enmienda no fue aceptada por la Ponencia, y en la sesión de 8 de junio de 1978, la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso, aprobó el ahora art. 112.3 sin discusión y sin ningún voto en contra. Asimismo se aprobó por el Pleno del Congreso sin discusión el texto del entonces art. 114.3, con sólo dos votos en contra.

En el Senado cabe registrar una enmienda de Sarasa Miquélez, de U.C.D., pidiendo su supresión por ser materia de ley ordinaria y por estimar que «en abstracto y con carácter general no puede afirmarse si es mejor el procedimiento oral o el escrito». En la Comisión se debatió el 7 de septiembre de 1978, pero el senador Sarasa retiró la enmienda, aprobándose sin discusión el artículo 119.3, y lo mismo en el Pleno lo que después sería el art. 120.2.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez



A) *Motivación fáctica de las sentencias*

La necesidad de motivar las sentencias penales aparece por primera vez en la regla 1.ª de la Ley provisional prescribiendo reglas para la aplicación del Código Penal, de 19 de marzo de 1848 (86), y el resultando de hechos probados se establece en la ley de 18 de junio de 1870, con la finalidad de delimitar aquella parte de la sentencia que no es susceptible de ser revisada en casación. En efecto, la Ley provisional sobre reformas en el procedimiento para plantear el recurso de casación en los juicios criminales, dispuso en su art. 13 que las sentencias se redactarían declarando en los resultandos los hechos que se estimaran probados, y consignando en los considerandos los fundamentos de la apreciación legal de los hechos (87), y ello se justificaba en la Exposición dirigida a las Cortes alegando:

> «La introducción de la casación hace necesarias algunas alteraciones en el modo de redactar la sentencia, para que puedan mejor decidirse y prepararse los recursos, marcando la parte del fallo sobre que se interponen, y evitando que se desnaturalicen, convirtiéndose en una instancia ordinaria» (88).

Se ha sostenido que el resultado de hechos probados va enlazando con la apreciación en conciencia de las pruebas (89), pero ello no ha sido así históricamente pues en la misma ley de 18 de junio de 1870 en que se establece el resultando de hechos probados, la valoración de la prueba no era en conciencia sino que, en alguna medida, subsistían atisbos de valoración legal (90), y además lógicamente es perfectamente compatible la expresión tajante de los hechos probados con la explicación detallada de los motivos que han formado la conciencia.

El resultando de hechos probados ha conducido en la práctica a la falta de motivación fáctica de las sentencias. Si en la sentencia el tribunal no está obligado a enlazar los hechos que estima probados

(86) ORTELLS, *Origen histórico del deber de motivar las sentencias*, en Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, 1977, 4, pág. 914.

(87) El art. 13 disponía literalmente: «Las sentencias se redactarán consignando en párrafos separados y numerados, que deberán empezar con la palabra resultando, los hechos que consten del proceso y sus circunstancias, y declarando los que resulten probados. En párrafos también numerados, que principiarán con la palabra considerando, se consignarán los fundamentos de la apreciación legal de los hechos que se consideren probados».

(88) Sobre todo este punto vid. ORTELLS, *Origen histórico*, cit., págs. 926 y ss., y las fuentes que cita.

(89) PRIETO-CASTRO y G. DE CABIEDES, *Derecho procesal penal*, cit., pág. 325.

(90) LASSO GAITE, *Crónica. 3*, cit., pág. 194.

con los medios de prueba que determinan su convicción, ello posibilita el tomar en cuenta en sumario. De aquí la conveniencia de establecer legalmente, desarrollando el art. 120.3 de la Constitución, la necesidad de motivar las sentencias enlazando los distintos hechos declarados probados con las pruebas de que el tribunal extrae su convicción (91).

B) *No disposición por el tribunal del sumario*

Esta medida puede parecer «revolucionaria» pero no es sino un paso más en la evolución que nuestro proceso penal empezó en el siglo XIX, dándole al sumario su verdadera función.

Como hemos expuesto anteriormente, siguiendo a PASTOR (92), el sumario, aparte de otras finalidades, atiende fundamentalmente a preparar el juicio oral, investigando la «notitia criminis» para suministrar instrumentos a la acusación y a la defensa; en la letra y en el espíritu de la ley de Enjuiciamiento Criminal el sumario no tiene como finalidad fundamentar la absolución o la condena; por lo tanto los destinatarios del sumario son los acusadores y el acusado, o mejor, el Ministerio Fiscal y los abogados de las demás partes.

Si esto es así, y parece indudable, concluido el sumario, éste debe elevarse, no al tribunal juzgador, sino a sus destinatarios naturales, el original al Ministerio Fiscal y fotocopia a la defensa. Con base en los actos de investigación, las dos partes formularán sus respectivas calificaciones provisionales y propondrán prueba. Dentro de la prueba habrá que distinguir tres supuestos:

1.º) Prueba documental: Junto al escrito de acusación y defensa las partes propondrán y acompañarán, extrayéndolos del sumario, los libros, documentos, papeles y demás piezas de convicción que deben ser examinados por el tribunal; se trata del material probatorio a que se refiere el art. 726, correctamente interpretado.

2.º) Actos de investigación convertidos en prueba por no ser reproducibles: En el caso del actual art. 730, las partes acompañarán igualmente a sus calificaciones provisionales los actos de prueba realidados en el sumario, que son las diligencias sumariales que, por causas independientes de la voluntad de las partes, no pueden ser

(91) Un intento en este sentido cabe registrar en la ley de 28 de junio de 1933, de reforma de la ley de Enjuiciamiento Criminal, y en el D. de 30 de septiembre del mismo año, y sobre ello vid. GOLDSCHMIDT, *Principios jurídicos y políticos*, cit., págs. 168-9, y MONTERO, *Introducción*, cit., págs. 000-00. La ley de 16 de julio de 1949 volvió las aguas a su primitivo cauce en este punto concreto.

(92) Vid. apartado X.





reproducidas en el juicio oral. Cuando la imposibilidad de reproducción sea sobrevenida y constatada después de iniciada la vista (93), habrá de permitirse a las partes la aportación de la diligencia sumarial, procediéndose a su lectura en la vista.

3.º) Proposición de prueba y listas de peritos y testigos: Con base en el sumario, y en la investigación que las partes hayan realizado privadamente, se realizará la proposición de la prueba que ha de practicarse en el juicio oral. Las diligencias sumariales reproducibles no estarán así nunca a disposición del tribunal sentenciador, por lo que éste no podrá tenerlas en cuenta, con lo que se obliga a la realización de un verdadero juicio oral. Las partes, en consecuencia, han de partir del hecho de que lo que no realicen en la vista no existe, lo cual es especialmente importante para el acusador habida cuenta de la presunción de inocencia y del principio *in dubio pro reo*, pero también afecta a la defensa, sobre todo con relación a las circunstancias eximentes y atenuantes.

Esta medida que a algunos, insisto, puede parecer «revolucionaria», no lo es tanto si se tiene en cuenta que cuando se desarrolle el art. 125 de la Constitución y se establezca el jurado, éste no debe disponer del sumario. Así lo ha propuesto LÓPEZ-MUÑOZ (94) comprendiendo «la absoluta preeminencia del plenario sobre el sumario, al punto que la causa queda en poder del magistrado-ponente para deducción de los particulares que resulten necesarios, en su caso» (95).

(93) Conviene dejar claramente establecido que la mera incomparecencia del testigo o del perito no supone, sin más, imposibilidad sobrevenida; ésta existirá sólo cuando la incomparecencia del testigo sea imposible físicamente, pues en otro caso debe estarse a las normas de suspensión de la vista; vid. ORTELLS, *Eficacia probatoria*, cit., pág. 40.

(94) LÓPEZ-MUÑOZ Y LARRAZ, presidente de la Asociación Pro-Jurado, *Bases para una Ley del Jurado*, en RGLJ, 1982, mayo, págs. 475-6; según la base 17, IV, «la causa, con sus piezas, quedará reservada al Magistado-Ponente, quien, discrecionalmente, podrá facilitar al Jurado copia de los particulares concretos que precisen durante la deliberación».

(95) En la ley del Jurado de 1888 sus autores partieron del error de la práctica que denunciamos, y en el art. 78, II, se disponía que al jurado se entregaría la causa, sin los escritos de calificación. En la reforma de 1933 se fue más lejos todavía, suprimiendo la lectura en la vista de la prueba documental y de toda clase de escritos y documentos unidos a la causa. Los peligros de que todo el sumario se convirtiera en prueba fueron advertidos por PACHECO, *La Ley del Jurado*, Madrid, 1888, págs. 732-3, y AMAT Y FURIO, *El Jurado*, Valencia, 1888, págs. 314-5.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

## XVI. — La oralidad y las condiciones objetivas para su aplicación

El fracaso práctico de la ley de Enjuiciamiento Criminal, en el aspecto concreto que hemos examinado, no se ha debido a deficiencias de la propia Ley; las causas hay que buscarlas en la falta de medidas complementarias para que la Ley pudiera cumplirse.

En la ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 se partía del establecimiento de, por lo menos, un Tribunal (de partido) en cada uno de los partidos judiciales (arts. 12 y 33 al 38). Es sabido que estos tribunales no llegaron a crearse y que la ley Adicional a la Orgánica del Poder Judicial de 1882 los redujo a 95 tribunales colegiados para conocer en única instancia y juicio oral de las causas por delito. Sin embargo, ni siquiera estos 95 tribunales tuvieron realidad, pues el RD de 16 de julio de 1892, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 35 de la ley de 30 de junio del mismo año, suprimió todas las Audiencias de lo criminal ubicadas en localidad distinta de las capitales de provincia, apareciendo así las Audiencias Provinciales (96).

Las leyes de Enjuiciamiento Criminal y Adicional a la Orgánica del Poder Judicial fueron en su momento complementarias. El juicio oral y público se estableció en la primera contando con las 95 Audiencias previstas en la segunda (97), es decir, contando con una base orgánica que lo hiciera posible, e implícitamente contando con medios personales y materiales. Cuando estos medios faltaron el incumplimiento de la ley de Enjuiciamiento Criminal se hizo inevitable. La ley de Presupuestos del Estado para 1892-93 supuso la desaparición de 46 Audiencias, pero ello, con ser importante, no lo es tanto como el constatar que la justicia era la primera víctima de las reducciones presupuestarias.

La oralidad se reconduce así al Presupuesto, y las condiciones objetivas para que el juicio oral sea una realidad práctica son, en primer lugar, condiciones económicas. Esto no fue comprendido por los legisladores de finales del siglo XIX y ha sido radicalmente olvidado por los del siglo XX. El juicio oral es más caro que el escrito, por cuanto exige mayores medios. Si una Sección de Audiencia Provincial puede hoy realizar cinco o seis vistas en una mañana, es a

(96) De Miguel, *Audiencia Provincial*, en N.E.J. Seix, tomo III, Barcelona, 1951, págs. 104-6.

(97) En la Exposición de motivos de la ley Adicional a la Orgánica del Poder Judicial advertía Alonso Martínez que el Gobierno hubiera deseado ampliar el número de Audiencia, pero que el estado económico del país no lo consentía.





base de incumplir, como hemos comprobado, los principios consecuencia de la oralidad; cumpliéndolos y realizando un verdadero procedimiento oral, no podría celebrarse más de una, o dos a lo sumo.

Los tribunales españoles se han movido entre dos tensiones; por un lado se les viene exigiendo celeridad en el procedimiento, y de ahí, por ejemplo, las protestas en torno al número de presos preventivos (98), pero al mismo tiempo se les priva presupuestariamente de los medios imprescindibles para actuar con eficacia (99); entre estas dos fuerzas contradictorias se debaten nuestros tribunales, y es comprensible la introducción en el proceso de corruptelas. No se trata de querer o no querer cumplir rigurosamente la ley, se trata de no poder.

Las condiciones objetivas son también, en segundo lugar pero no menos importante, formación de los que han de aplicar la nueva legislación. En España estamos acostumbrados a que reformas legislativas importantes entren en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado o, como mucho, veinte días después. Esta práctica, referida como decimos a leyes de importancia, es inadmisible.

La reforma procesal que ha tenido, sin duda, más éxito en el mundo ha sido la de Franz Klein en Austria. La Ordenanza Procesal Civil y la Ley de Jurisdicción fueron promulgadas el 9 de junio de 1895, y la Ley de Ejecución un año después, pero todas entraron en vigor el 1 de enero de 1898. Durante la *vacatio legis* se organizaron reuniones periódicas de jueces para estudiar los nuevos textos y plantear sus dudas, se publicaron las respuestas dadas por el Ministerio de Justicia a esas dudas, formularios y los dos volúmenes de los *Materialien*, todo ello aparte de los estudios de la doctrina (100). Cuando las nuevas leyes entraron en vigor existía una magistratura

(98) Es rigurosamente escandaloso que el número de presos preventivos en las cárceles españolas supere al de penados. Según la Memoria del Consejo General del Poder Judicial de 1982, existían en diciembre de 1981 un total de 22.485 internos, de los cuales 12.027, es decir el 53,48 por 100, eran preventivos.

(99) Durante los últimos trece años, para no remontarnos en exceso, la dotación del Presupuesto del Estado destinada al Ministerio de Justicia se ha ido reduciendo paulatinamente (vid. Memoria del Consejo General del Poder Judicial de 1981, pág. 137), pero si atendemos en concreto a los gastos judiciales, comprobaremos que si en 1974 significaban el 1,03 por 100 del Presupuesto, en 1981 se redujeron al 0,775 por 100, y que en 1982 se sostuvieron en el 0,779.

(100) Vid. Menestrina, *Francesco Klein*, en Rivista di Diritto Processuale Civiles, 1926, I, págs. 270-2, y Fairén, *El proyecto de ordenanza procesal civil austriaca vista por Franz Klein*, en «Estudios», cit., págs. 301 y ss.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

preparada para aplicarlas y disponía de los medios precisos para ello.

Los grandes cuerpos legales reguladores de nuestra justicia, las leyes Orgánica del Poder Judicial y las de Enjuiciamiento, han de ser realizados de manera coordinada, promulgados al mismo tiempo y contar con período de estudio y de adaptación de los medios personales y materiales antes de entrar en vigor. España cuenta con una tradición, con unos hábitos jurídicos, que no pueden ser modificados únicamente con la publicación de leyes en el Boletín Oficial del Estado; es preciso meditar bien las reformas, tener voluntad política de aplicarlas y adoptar las medidas complementarias que las hagan posibles en la práctica.

En el terreno concreto de la oralidad, atendida una tradición casi milenaria de escritura, su introducción real necesita, junto a leyes de técnica jurídica depurada, un cambio en las condiciones de aplicación de esas leyes, cambio que pasa por el Presupuesto, pero también por una magistratura adaptada a la nueva situación e incentivada para desearla. Si estas condiciones no se dan el fracaso será inevitable.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

NOTAS

# INEFICACIA DE LA SENTENCIA ESTIMATORIA DE LA REVISION A INSTANCIA DE TERCERO DE UN JUICIO DE DESAHUCIO POR FALTA DE PAGO

MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Barcelona

SUMARIO:

1. Antecedentes. — 2. Problemática derivada de los anteriores antecedentes. — 3. Improcedencia de la revisión para tutelar derechos de terceros absolutos extraños a las partes. — 4. Ineficacia de la sentencia dictada en revisión. — 5. Medios de defensa del arrendatario frente a una sentencia de desahucio dictada en juicio en el que no ha sido parte.

## 1. ANTECEDENTES

La reciente sentencia del Tribunal Supremo de 19 enero 1981 da lugar a la revisión de una sentencia firme dictada en juicio de desahucio por falta de pago a instancias de una persona no demandada en dicho proceso pero que pretendía tener la condición de arrendataria del local desahuciado. No vamos a comentar dicha sentencia, sino simplemente poner de relieve algunos de los varios problemas surgidos al pretender su cumplimiento, que ponen de relieve la singularidad del proceso de revisión, y el carácter manifiestamente restrictivo de su aplicación.

Completando los hechos narrados en la propia sentencia con los ocurridos con posterioridad podemos resumir los antecedentes de interés para el presente estudio en los siguientes puntos:

1.° Ante el Juzgado de Distrito núm. 13 de Barcelona se siguieron autos de juicio de desahucio por falta de pago instados por V.,

en calidad de arrendadora del local de negocio sito en la calle La Luna de dicha ciudad, contra J., al que la demanda se señaló como arrendatario del mismo, y que, tras la incomparecencia del demandado, citado por primera y segunda vez por medio de cédula entregada a un vecino, en el propio local de negocio que se encontró cerrado, se dictó sin más trámites con fecha 31 octubre 1978 sentencia declarando haber lugar al desahucio, con apercibimiento al demandado de lanzamiento si no lo desalojaba dentro del término de quince días.

2.° Firme la sentencia decretando el desahucio se instó su ejecución por la actora, practicándose la correspondiente diligencia de lanzamiento, en la que, por encontrarse el local cerrado, se procedió a abrir su puerta con el auxilio de un cerrajero y comenzando la comisión del Juzgado a desalojarlo de los enseres en el mismo existentes.

3.° Estándose efectuando los referidos trámites de desalojo, el recurrente en revisión Ll. presentó escrito ante el Juzgado de Distrito personándose en las actuaciones y alegando su cualidad de arrendatario del local de negocio en cuestión, por haberle sido adjudicados los derechos de tal carácter en virtud de subasta pública celebrada por el Juzgado de Primera Instancia número uno de Barcelona, en 25 octubre 1976, en autos de procedimiento sumario regulado por el artículo 82 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria, acompañando copia simple del auto de adjudicación de fecha 28 octubre 1976, y entendiendo que el contrato de arrendamiento del local de negocio que figuraba a nombre del demandado J. y en virtud del cual se había actuado en el proceso, quedó «extinguido y sustituido en cuanto a los elementos personales por la titularidad de Ll., en la cualidad de arrendatario», no pudiendo ser desposeído de sus derechos sin haber sido oído y vencido en juicio, planteando en definitiva incidente para que se acordara la inmediata suspensión de la ejecución, la nulidad de todo lo actuado y la reposición al local de autos de todos los bienes desalojados del mismo en la diligencia de lanzamiento.

4.° Dado traslado del mismo a la actora V. lo evacuó en el sentido de oponerse a la procedencia de lo interesado con el mismo, pero haciendo constar que por el Juzgado de Primera Instancia número 1 se le había notificado hacía tiempo que quedaban embargados los derechos de traspaso, pero sin que después de esta modificación se le hiciera ninguna otra y que previamente al ejercicio de la acción de desahucio por falta de pago había notificado por escrito al Juzgado de Primera Instancia número uno que la propiedad de la finca, ante el impago de los alquileres, procedía a ejercitar la acción de desahucio.





5.° Por Auto de fecha 13 enero 1979 el Juzgado de Distrito declaró no haber lugar a admitir a trámite el incidente de nulidad de actuaciones, fundándose esencialmente en que «contra la sentencia firme de desahucio no es posible pretender la nulidad de actuaciones por fraude procesal, ni por cualquier otra causa, como no sea mediante el recurso de revisión ante el Tribunal Supremo»; siendo confirmado dicho Auto por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Barcelona en 2 mayo 1979.

6.° Interpuesto recurso de revisión ante el Tribunal Supremo, éste lo estimó en sentencia de 19 enero 1981, rescindiendo la sentencia dictada en 31 octubre 1978 y remitiendo los autos originales al Juzgado «para que las partes usen de su derecho, según les convenga», en el juicio correspondiente. Interesan de dicha sentencia los siguientes particulares:

*a*) Reiterando la doctrina de la sentencia de 23 noviembre 1962 entiende el Tribunal Supremo que están legitimados para proponer revisión «todos aquellos que por estar directamente interesados en su resultado debieron ser llamados del litigio, pues admitir lo contrario equivaldría a tolerar que a más de no ser oídos en el proceso, negándoles los medios de defensa de sus posibles derechos, privarles de uno de los recursos que la ley concede, sobre todo teniendo carácter extraordinario».

*b*) La necesidad de demandar precisamente al titular de la relación arrendaticia, no siendo suficiente para el desahucio con demandar al titular del contrato de arrendamiento, si este contrato ha sido adjudicado a un tercero en una subasta judicial, aunque no haya sido notificada la propietaria: «la actora conocía la existencia del procedimiento judicial sumario en el que había sido embargado el derecho de traspaso del arrendatario... lo que hacía obvia la posibilidad de que se informara del resultado del meritado procedimiento sumario, constituyendo la ocultación maliciosa de este resultado y su trascendencia en orden a la persona que ostentara la cualidad de arrendatario del local una verdadera maquinación fraudulenta».

7.° Con fecha 6 febrero 1981 el recurrente en revisión Ll. solicita del Juzgado de Distrito núm. 13 de Barcelona se dejen sin efecto las efecto las diligencias de la ejecución de la sentencia de 31 octubre 1978 rescindida por el Tribunal Supremo, reponiéndole en la posesión de los locales del inmueble desalojado.

8.° Por Auto de 11 marzo 1981 el Juzgado deniega dicha pretensión con base en los siguientes fundamentos:

*a*) «Conforme a lo dispuesto por el art. 1.807 LEC, rescindida por el Tribunal Supremo una sentencia firme en méritos del recurso de revisión interpuesto, se devolverán los autos al Tribunal de que procedan para que las partes usen de su derecho, según les convenga,



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

en el juicio correspondiente. Tanto la doctrina como la jurisprudencia (sentencias del Alto Tribunal de 7 julio 1944, 23 mayo 1964, y 4 noviembre 1970) entiende que una cosa es el «iudicium rescindens» por el que el Tribunal Supremo a través de un recurso de revisión rescinde una sentencia firme, y otra el «iudicium rescisorium» por el que el órgano jurisdiccional competente —que en Derecho español es otro distinto— dicta una nueva sentencia en la cuestión litigiosa que ha quedado, por la revisión, sin decidir.»

*b*) «La sentencia dictada por el Tribunal Supremo con relación al presente juicio de desahucio así lo declara al referirse a que las partes podrán usar de su derecho en el juicio correspondiente, que, como es obvio, será otro distinto.»

c) «A mayor abundamiento, la sentencia del Tribunal Supremo no contiene, en su parte dispositiva, ninguna condena que debe ser ejecutada; por ello, no existiendo título ejecutivo alguno, no es posible en estos autos practicar las diligencias de ejecución que pide Ll. en su mencionado escrito.»

## 2. Problemática derivada de los anteriores antecedentes

La situación resultante a tenor de los anteriores antecedentes es realmente curiosa y puede centrarse en los siguientes puntos:

*a*) Una sentencia rescindida por el Tribunal Supremo habrá devenido plenamente ineficaz, manteniendo todos sus efectos la ejecución despachada al amparo de la misma.

*b*) La revisión habrá devenido inútil en la práctica al ser ineficaz la sentencia del Tribunal Supremo para anular los efectos producidos por la sentencia rescindida.

*c*) El vencedor en revisión deberá acudir a un proceso declarativo ordinario solicitando se le reponga en la posesión de su derecho arrendaticio, dejando sin efecto la ejecución decretada por otro Juzgado.

Ninguno de los anteriores puntos puede considerarse correcto, ya que:

*a*) Produciendo efectos retroactivos la rescisión de la sentencia, no puede anularse ésta y mantenerse sus efectos ejecutivos.

*b*) Evidentemente una sentencia rescindida no puede prevalecer en ningún caso frente a la sentencia dictada en revisión por el Tribunal Supremo.

*c*) Un juicio declarativo posterior no es procedimiento adecuado para dejar sin efecto medidas ejecutivas dictadas por otro Juzgado en procedimiento distinto.





La extraordinaria complejidad del presente supuesto se complica aún más si tenemos en cuenta que nos encontramos ante un proceso sumario, como el desahucio por falta de pago, en el que inciden además dos instituciones que sólo recientemente han sido introducidas por la legislación o por la jurisprudencia: la consignación de rentas como medio de enervar la acción de desahucio; y el embargo del derecho de traspaso, admitido doctrinal y jurisprudencialmente a través de duras polémicas. Sin la admisión del embargo del derecho de traspaso, el juicio de desahucio por falta de pago sería correcto al haberse seguido entre arrendador y arrendatario. Sin la posibilidad de enervar el desahucio mediante la consignación de las rentas adeudadas, la revisión no se habría pretendido, ya que poco importa la persona del arrendatario si tanto el primitivo titular arrendaticio cuanto el adjudicatario del derecho de traspaso habían omitido su obligación de pago de la renta. Pero la existencia de ambas instituciones lleva a la difícil situación planteada, lo que nos exige un análisis de la procedencia de la revisión en el presente caso, y de cuál en su caso sería la vía idónea para que el adjudicatario obtuviere plena protección jurídica.

## 3. Improcedencia de la revisión para tutelar derechos de terceros absolutos extraños a las partes

La justa solución del problema debe encontrarse en la improcedencia de la revisión para la tutela de los derechos de personas ajenas a las partes a las que no se extiendan los efectos, directos o reflejos, de la sentencia que se pretende rescindir. En efecto:

*a*) Estando íntimamente ligado el instituto de la revisión con el de la cosa juzgada, como demuestra claramente el art. 1.251 CC, se comprende fácilmente que únicamente sean susceptibles de revisión aquellos procesos cuyas sentencias produzcan cosa juzgada (Doval, *La revisión civil*, Barcelona, 1980, pág. 95), y exclusivamente respecto de aquellas personas a las que se extiende la cosa juzgada de la sentencia. Las personas no afectadas por la cosa juzgada, pueden desconocerla sin más, bien formulando oposición a la ejecución despachada en su contra, bien acudiendo a un juicio declarativo ordinario posterior. La sentencia es, a su respecto, «res inter alios facta», y, por consiguiente, no puede afectarles en absoluto. La sentencia sólo produce efectos entre las personas del proceso, y sólo excepcionalmente puede producir efectos directos o reflejos respecto de terceras personas.

*b*) En el presente caso la sentencia dictada contra el primitivo arrendatario era una sentencia totalmente inútil. Si el contrato de



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

arrendamiento había quedado extinguido con anterioridad a la acción de desahucio, la sentencia que se dictara no era susceptible de producir efectos sobre el local de negocio. Sería algo así como si en una acción reivindicatoria entre Cayo y Ticio se solicitara en ejecución de sentencia la entrega de la cosa frente a Mevio, que es quien la tiene en su poder. Mevio es absolutamente extraño al proceso seguido entre Cayo y Ticio y, por consiguiente, no puede resultar perjudicado por la sentencia que se dicte entre ambos, y mucho menos formular recurso de revisión contra la misma. Podrá oponerse a la ejecución de dicha sentencia a su respecto, y en su día promover juicio declarativo ordinario encaminado a la restitución de la cosa de haber sido privada de ella. Pero nunca acudir a la revisión, ya que en definitiva la infracción procesal no se habrá cometido en la etapa declarativa del proceso, sino en la ejecución de la sentencia, respecto de la cual no cabe la revisión.

*c*) Esto es exactamente lo ocurrido en el presente caso. En el juicio de desahucio seguido entre V. y J., Ll. era tercero absoluto. La incomparecencia de J. obligaba al Juez a dictar sentencia de desahucio y a proceder el desalojo de J. del local ocupado. Si luego en ejecución de sentencia resultaba que el local no era ocupado por J. sino por un tercero, Ll., éste podía formular oposición a la ejecución mediante el correspondiente incidente. De no formular oposición o ser ésta desestimada, nada le impedía acudir a un juicio declarativo ordinario posterior para que V. le indemnizara de los perjuicios que indebidamente le había causado el desconocimiento de su derecho arrendaticio. Pero V. carecía de toda legitimación para interponer recurso de revisión, que hubiera debido ser desestimado por el Tribunal Supremo.

*d*) En efecto, incluso admitiendo que no sólo las partes puedan pretender la revisión de una sentencia firme, sino también los terceros interesados en la sentencia (GUASP, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1968, II, pág. 929; DOVAL, *La revisión...*, cit., págs. 79 y ss.), el adquirente del derecho de traspaso de un local arrendado no puede estimarse interesado en la sentencia dictada respecto del primitivo arrendatario. No puede encajar dentro de las figuras del interviniente litisconsorcial ni del interviniente adhesivo, ya que su derecho no está en posición igual o subordinada al del primitivo arrendatario parte, sino en situación incompatible: sólo uno de ellos puede ser arrendatario, en forma alguna los dos. Su posición procesal es la de sucesor, pero con sucesión irrelevante procesalmente al haberse producido con anterioridad al proceso (RAMOS MÉNDEZ, *La sucesión procesal*, Barcelona, 1974). Si la sucesión se hubiera producido pendiente del proceso, hubiera podido intervenir en el mismo como causahabiente del primitivo demandado. Habida cuenta que el demandado no era titular del derecho arrendaticio al formularse la demanda, la sentencia que se dicte en el proceso no puede afectarle en absoluto.





*e*) Estimamos, por consiguiente, que el error básico de la sentencia la revisión fue conceder legitimación a quien no podía resultar afectado por la sentencia de desahucio, y sí unicamente por la ejecución a su respecto de dicha sentencia. A Ll. no le causaba perjuicio alguno la sentencia declarando la resolución del contrato de arrendamiento concertado entre V. y J., por la sencilla razón de que dicho contrato ya no existía al formularse la demanda. El perjuicio le fue originado al ejecutarse indebidamente a su respecto una sentencia firme dictada entre otras personas. Por cuyo motivo lo procesalmente adecuado no era la rescisión de la sentencia, sino la anulación de la ejecución. Consecuencia ésta que, lógicamente, escapaba al limitado ámbito de la revisión, y que debía obtenerse a través de un incidente en ejecución de sentencia o bien de un ulterior proceso declarativo ordinario.

*f*) Debe observarse, por último, la peculiaridad de la revisión civil, que no es tanto un recurso contra la sentencia, sino contra todo el proceso en que la sentencia se ha dictado. Acertadamente el artículo 1.807 LEC prevé que de estimarse la revisión se devuelvan los autos al Tribunal de que procedan «para que *las partes* usen de su derecho, según les convenga, en el juicio correspondiente». Se comprende, por ello, que sólo las partes, o en su caso los intervinientes litisconsorcial o adhesivo, pueden resultar beneficiadas por la revisión. La revisión ha servido para remover el obstáculo que suponía la existencia de una sentencia provista de autoridad de cosa juzgada. El tercero no afectado por la cosa juzgada puede formular proceso sin que pueda serle opuesta. Por consiguiente, no precisa de la revisión, siendo ésta inútil a su respecto, por cuyo motivo debió ser desestimada por el Tribunal Supremo.

En resumen: Estando íntimamente ligada la revisión a la cosa juzgada, únicamente pueden pretenderla las partes y los intervinientes litisconsorcial y adhesivo, en cuanto afectados por la cosa juzgada. Los terceros absolutos en cuanto no resultan afectados por la sentencia carecen de legitimación para interponer la revisión, sin perjuicio de que puedan directamente, sin necesidad de revisión, formular directamente oposición a la ejecución, o una demanda declarativa frente a la parte del primer proceso que desconoció su derecho.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

## 4. Ineficacia de la sentencia dictada en la revisión

La enseñanza práctica de las anteriores observaciones teóricas es manifiesta. Las construcciones dogmáticas no pueden hallarse enfrentadas con la realidad, ya que ésta prevalece siempre sobre las primeras. La revisión debió ser desestimada por el Tribunal Supremo. Pero la estimación de la revisión no alteró la verdadera situación jurídica del proceso. El adjudicatario del derecho de traspaso continuaba, pese al éxito de la revisión, siendo extraño el juicio de desahucio seguido entre V. y J., y, por consiguiente, no estaba legitimado para intervenir en dicho proceso ni para pedir la restitución del local desalojado, por cuyo motivo correctamente el Juzgado de Distrito no accedió a su solicitud.

La situación procesal creada es paradójica. Se ha rescindido una sentencia a instancia de una persona no legitimada procesalmente para intervenir en el proceso. Pero la persona legitimada procesalmente, el primitivo arrendatario J., no está legitimado materialmente. Por consiguiente la consecuencia necesaria es que la sentencia del Tribunal Supremo debe devenir forzosamente ineficaz.

A la misma conclusión llgamos considerando el problema desde una perspectiva diversa. En realidad, el Tribunal Supremo entiende que quien debió ser demandado fue el adjudicatario del local de negocio y no el primitivo arrendatario. Pero como sea que el acogimiento de esta tesis no conduciría a un segundo proceso igual que el primero, sino a un proceso distinto, ya que el demandado sería el adjudicatario y no el arrendatario, no nos encontraríamos, en realidad, ante un «iudicium rescissorium», sino ante un proceso totalmente nuevo, sin ninguna relación con el inicialmente seguido y anulado por el Tribunal Supremo.

No debe olvidarse que incluso en materia de derechos reales, el proceso no se sigue «erga omnes», sino exclusivamente entre las partes legitimadas procesalmente. El demandante lo es por el simple hecho de formular la demanda; y el demandado por haber sido designado en la misma. La legitimación material, es decir, la real titularidad del objeto litigioso, no afecta tanto al proceso como al contenido de la sentencia. Si demandante y demandado no son los titulares de la relación litigiosa la demanda deberá ser rechazada en cuanto al fondo. E incluso de ser estimada, únicamente producirá efectos respecto de los interesados, pero nunca alterará los derechos materiales de quienes no fueron parte en el proceso.

La conclusión es manifiesta: La victoria del tercero no parte ni interesado en la revisión tiene un carácter pírrico, en cuanto no le concede derecho a intervenir en el proceso rescindido y, por consiguiente, no puede eliminar los efectos jurídicos producidos en dicho proceso. Lo cual constituye una nueva prueba de la inadecuación de la revisión para la defensa de los derechos de terceros lesionados por la ejecución.





## 5. Medios de defensa del arrendatario frente a una sentencia de desahucio dictada en juicio en el que no ha sido parte

La sumariedad del juicio de desahucio y sobre todo la posibilidad de que se dicte sentencia sin contradicción, por la simple rebeldía del demandado, es fuente de constantes problemas en la práctica de los Tribunales, de los que constituye una clara muestra el caso real examinado por nosotros. En la práctica los Juzgados de Distrito acostumbran a pedir una prueba por escrito del contrato de arrendamiento antes de dictar sentencia, con lo cual pueden evitarse problemas de ejecución. Pero dicha solución no está legalmente prevista, y puede provocar graves problemas cuando se trate de arrendamientos no concertados por escrito o en los que se haya extraviado el título arrendaticio.

A nuestro entender la solución del problema habrá que encontrarla en la fase ejecutiva. Si el desahuciado no es el real titular del derecho arrendaticio o no se encuentra en posesión de la cosa arrendada, el verdadero titular o el ocupante del inmueble puede perfectamente defenderse en ejecución de sentencia. La hipótesis está prevista en el proceso provocatorio del art. 41 LH, mediante la adición efectuada por el Decreto 17 marzo 1959 de un nuevo párrafo al art. 137 RH: «Cuando al ejecutar la resolución firme dictada en este procedimiento surja una tercera persona, ocupante de la finca, oponiéndose a la ejecución, se le concederá un plazo de diez días para que comparezca y formalice por escrito su oposición, al que acompañará el título o las pruebas en que funde su derecho, previa prestación de caución suficiente»; pero, en cambio, no está regulada en el juicio de desahucio, no obstante lo cual estimamos puede fundarse en los arts. 741 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al no existir prohibición expresa al respecto.

Estimamos, no obstante, que sería necesaria una regulación legal similar a la establecida en la regla 11 del art. 137 RH. En efecto, la sumariedad y rapidez propia del juicio de desahucio resultaría seriamente perjudicada de admitirse cualquier incidente en fase de ejecución de sentencia de desahucio. Bastaría con que cualquier familiar o amigo de los desahuciados, conviva o no con ellos, formulara oposición, para que se suspendiera el lanzamiento. «De iure condendo» debería establecerse la necesidad de una prueba por escrito



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

de la relación arrendaticia o del carácter independiente de la ocupación. Pero incluso en la actual regulación cabría evitar el fraude o al menos reducirlo con dos diversos expedientes:

*a*) El art. 1.567 LEC exige la previa acreditación o consignación de las rentas vencidas y adeudadas para la sustanciación de «cualquier incidente que se promueva durante el juicio de desahucio y en la ejecución de la sentencia que en él recaiga si fuere condenatoria». Como sea que evidentemente el pago de las rentas durante toda la tramitación del incidente disminuirá el riesgo de fraude, el art. 1.567 LEC, de carácter imperativo que no requiere previa excitación de parte, sino que debe aplicarse de oficio, constituye una primera barrera contra la posible utilización fraudulenta de incidentes en ejecución de sentencias de desahucio.

*b*) Pero no basta con la regulación del art. 1.567 LEC. La actual congelación de rentas determina que la continuación en la posesión del arrendamiento suponga, pese al pago de las rentas, una evidente ventaja para el ocupante y un correlativo perjuicio para el arrendador. De ahí que sea necesario acudir, una vez más, a la prudencia judicial, mediante un correcto uso de la facultad excepcional que les concede el art. 743 LEC: «Los Jueces repelerán de oficio los incidentes que no tengan relación inmediata con el asunto principal que sea objeto del pleito en que se promuevan». Si «prima facie» no se acredita documentalmente el derecho del tercero a la ocupación de la finca arrendada, el Juez puede y debe negarse a la tramitación del incidente y llevar a cabo la ejecución de la sentencia de desahucio.

Como sea que únicamente podrá acudirse al incidente de oposición a la ejecución antes de que se proceda al lanzamiento, puede plantearse el problema de los medios de defensa del arrendatario u ocupante no demandado con posterioridad al lanzamiento. Habida cuenta que dicho arrendatario u ocupante no fue, por definición, parte en el juicio de desahucio, estimamos que no existe inconveniente alguno en que pueda iniciar un juicio declarativo posterior frente al desahucio, para que se declare su derecho arrendaticio y se le reponga en su caso en la titularidad del bien desahuciado.

Debe observarse, no obstante, que dicho derecho, para su eficacia, debe ser correctamente ejercitado antes de que la finca pase a ser ocupada por tercera persona:

*a*) La demanda no puede pretender que se declare la nulidad del juicio de desahucio. Los incidentes de nulidad únicamente pueden promoverse en el transcurso del proceso y antes de que se dicte sentencia firme, de denunciarse la nulidad del proceso de declaración, o se cierre la ejecución, de afectar a esta última. (SERRA DOMÍNGUEZ, *Incidente de nulidad de actuaciones*, en «Justicia 81», pág. 66).



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez



La demanda en que se solicitara la nulidad del juicio de desahucio o del lanzamiento debería ser rechazada por procedimiento inadecuado y por falta de competencia funcional. Por consiguiente, la demanda se encaminará simplemente al cumplimiento del derecho arrendaticio perturbado indebidamente por una actuación procesal.

*b*) Si la finca desahuciada ha sido transmitida o arrendada a tercero, éste no puede resultar perjudicado en absoluto por el resultado del proceso. La demanda deberá encaminarse en dicho supuesto a la indemnización de los perjuicios originados por la pérdida del derecho arrendaticio.

NOTAS

# LOS PROCEDIMIENTOS CONTEMPLADOS POR EL ANTEPROYECTO DE LECRIM Y SUS POSIBLES ALTERNATIVAS

VICENTE GIMENO SENDRA
Catedrático de Derecho Procesal
Alicante

## I. — ESTRUCTURA DEL APLECRIM

El APLECRIM reduce a tres procedimientos los cinco en la actualidad vigentes. Tales procedimientos son los siguientes:

A) Procedimiento ordinario para delitos graves.
B) Procedimiento ordinario para delitos menos graves.
C) Procedimiento ordinario para las faltas.

### A) *Procedimiento ordinario para delitos graves*

#### a) *Competencia objetiva*

El APLECRIM mantiene un criterio similar al de la clásica división tripartita, inaugurada por el Código Procesal Penal francés («crímenes, delitos y contravenciones») e indirectamente sancionada por nuestra LECRIM vigente (procedimiento ordinario = penas superiores a presidio menor; de urgencia = penas inferiores a presidio menor y superiores a arresto mayor, y juicio de faltas = inferiores a arresto mayor), remitiéndose, sin embargo, en la determinación de los límites cuantitativos que hayan de diferenciar el delito grave del leve, a lo previsto en este extremo por el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez



#### b) *Naturaleza del procedimiento*

El procedimiento previsto en los Libros II y III (arts. 146 a 461) del APLECRIM viene a ser el procedimiento de urgencia para delitos menos graves en la actualidad vigente, es decir, aquel procedimiento de urgencia en el que la instrucción se encomienda a los Juzgados y el juicio y la sentencia a la Audiencia Provincial.

Nos encontramos pues, con que desaparece el procedimiento común ordinario de la LECRIM y en su lugar se instaura dicho procedimiento de urgencia. Novedad plausible, pues este procedimiento de urgencia para el enjuiciamiento de delitos menos graves viene a ser respetuoso con las garantías del procedimiento común de la LECRIM al que viene a acelerar mediante acortamiento de plazos, supresión de actos procesales superfluos, restricción en la posibilidad de impugnar resoluciones interlocutorias, simplificación de la fase intermedia, etc. Es decir, nos encontramos con un procedimiento respetuoso con las exigencias del acusatorio, pero al que, al propio tiempo, tiende a acelerar mediante el incremento de los principios de preclusión, inmediación y concentración del procedimiento.

### B) *Procedimiento ordinario para delitos menores graves*

#### a) *Competencia objetiva*

Tal y como se acaba de exponer, supra I.1.A a) la determinación de los límites cuantitativos configuradores de la competencia objetiva de este procedimiento queda implícitamente remitida a lo dispuesto en el PLOCP.

#### b) *Naturaleza del procedimiento*

El denominado por el APLECRIM «procedimiento por delitos menos graves» encuentra su equivalente dentro del ordenamiento vigente en el creado por la L.O. de 1980 para el enjuiciamiento de los delitos dolosos, menos graves y flagrantes, más conocida en la práctica forense como «*procedimiento del juez del mazo*».

El procedimiento del APLECRIM mejora en algunos puntos (vgr.: la delegación de los actos de investigación a la Policía lo es tan sólo por resolución expresa del Juez, se contemplan los cambios de procedimiento, se regula más minuciosamente la fase intermedia, etc.) al de la L.O. de 1980, pero ambos resultan contrarios al principio acusatorio, pues al mismo órgano jurisdiccional que ha dirigido la instrucción (y al que al APLECRIM le confiere el «auto de inculpación» a modo de *indeachment* inglés) el APLECRIM le otorga la fase

decisoria con el consiguiente riesgo de prejuzgamiento. Además, el Juez de Instrucción goza de facultades omnímodas a lo largo de la misma, pues se les niega a las partes la posibilidad de impugnar las resoluciones desestimatorias de petición de diligencias.

c) *El juicio de faltas*

La regulación del APLECRIM sobre el juicio de faltas, no contiene novedad alguna digna de mención.

*Conclusiones*

1. — Frente a la «kafkiana» situación actual, en lo que en número de procedimientos ordinarios se refiere, la reducción a tres de los cinco vigentes es digna de elogio.
2. — También es plausible el que se haya erigido en proceso común ordinario el actual de urgencia para delitos menos graves.
3. — Sin embargo, el APLECRIM no contempla la intervención de los jueces legos en el proceso penal, infringiendo, por tanto, el art. 24, 2.º (derecho a ser juzgado por el Juez legal).
4. — También es criticable que se haya mantenido el procedimiento del «juez del mazo» y erigido en proceso ordinario para el enjuiciamiento de los delitos menos graves, toda vez que el carácter expeditivo de dicho procedimiento puede vulnerar el derecho de defensa del art. 24 C.
5. — Es lamentable que el APLECRIM no haya extraído del juicio de faltas aquéllas que, sobre todo en materia de tráfico, den lugar a reclamaciones de cantidad que en la vía civil habrían de ser discutidas a través del juicio de mayor cuantía.

## II. — Alternativas que se proponen al APLECRIM

Los procedimientos ordinarios que podría instaurar un nuevo APLECRIM podrían ser los siguientes:

A) *El actual procedimiento de urgencia para delitos menos graves* podría aplicarse:

a) Con intervención de jueces legos en los delitos graves.
b) Sin intervención o con reducción de jueces legos en delitos menos graves y leves.

B) *Juicio de Faltas.*





C) *Procedimiento penal monitorio.*

A) La previsión que el legislador constitucional realiza del jurado obliga a introducir los jueces legos en la justicia penal española.

Por razones que no pueden ser, por razones de espacio, aquí expuestas (vid. nuestro trabajo *El art. 125 de la Constitución: los tribunales de jurados y de escabinos*, RGLJ, sept.-oct. 1981), no resulta técnicamente aconsejable reinstaurar nuestro viejo Jurado. Una mejor solución ofrecen los tribunales de escabinos.

Los tribunales de escabinos podrían introducirse solamente para el conocimiento de la mayoría de los delitos graves (solución francesa: «Cour d'assisses») o también para las leves (solución germana), en cuyo caso el Tribunal se constituiría con menor número de jueces técnicos (2 legos y 1 técnico en el «Amtsgericht alemán).

Pero, en cualquiera de estos casos, el procedimiento penal debiera ser el mismo: el actual de urgencia para el enjuiciamiento de los delitos menos graves.

B) *El juicio de faltas* puede mantenerse como sucede en la actualidad, si bien resulta aconsejable:

a) Regular la instrucción o fase previa al juicio oral que ha creado nuestra práctica forense.
b) Extraer del ámbito de aplicación del juicio de faltas las reclamaciones de cantidad superiores en la actualidad a las quinientas mil pesetas, y, en tal caso:
a') Bien prohibir el ejercicio de la acción civil en el juicio de faltas y reservarla necesariamente para el declarativo civil correspondiente (lo que no parece aconsejable fuera del ámbito del título ejecutivo de la Ley del Automóvil, debido a la lentitud de los procedimientos civiles ordinarios).
b') Bien dilucidar todo este objeto litigioso en tales casos (es decir, tanto la pretensión penal como la civil de resarcimiento) a través del actual procedimiento de urgencia para delitos menos graves.

C) *Procedimiento penal monitorio*

En vez del actual procedimiento del juez del mazo, el «stress» de los juzgados de instrucción, motivado por los delitos contra la seguridad vial del tráfico y los delitos-bagatela, obliga a crear un procedimiento penal monitorio similar al existente en Francia («procedure simplifié»), Italia («procedimento per Decreto») y Alemania («Strafbefehlenverfahren»).

La descongestión de tales asuntos puede hacerse:



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

a) *Materialmente* mediante la descriminalización de determinadas faltas, cuyo conocimiento en última instancia habría de pasar a la jurisdicción contencioso-administrativa (esto es, incrementando el principio de «diversión» penal).

b) *Procesalmente* a través de la instauración del proceso penal monitorio:

El presupuesto material de este procedimiento ha de consistir siempre en una falta o contravención a la que el Código Penal *no le asocie pena privativa de libertad alguna* (o a lo sumo que no sea superior a los 10 días: Código penal francés). Por tanto, tan sólo a las faltas que llevan aparejada las penas de multa, privación del permiso de conducción, etc. La competencia objetiva ha de recaer, pues, en el Juzgado de Distrito.

El Juez de Distrito, a la vista de la denuncia o del atestado policial y previa petición de las partes acusadoras, impone la sentencia, la cual es notificada al imputado, quien puede conformarse a ella, guardar silencio u oponerse a su ejecución. Tan sólo se destruye su firmeza mediante esta última posibilidad, en cuyo caso el Juez de Distrito citaría a ambas partes al Juicio de Faltas.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

**NOTAS**

# LA RESPONSABILIDAD JUDICIAL EN COLOMBIA *

HERNANDO DEVIS ECHANDIA
De las Universidades Nacional y de El Rosario
(Bogotá, Colombia)
Presidente de los Institutos Iberoamericano
y Colombiano de Derecho Procesal

SUMARIO:

I. Responsabilidad penal de jueces y magistrados. — II. Responsabilidad civil de jueces y magistrados, como consecuencia de la responsabilidad penal. — III. Responsabilidad civil de jueces y magistrados, por actuaciones que no constituyan ilícito penal. — IV. Responsabilidad disciplinaria de jueces y magistrados. — V. Responsabilidad por el incumplimiento de deberes y el no ejercicio de facultades procesales: 1. Naturaleza, contenido y alcance de los deberes procesales; 2. Naturaleza, contenido y alcance de las facultades o poderes procesales; 3. Inescindibilidad de los conceptos de facultad procesal del juez y del deber procesal de ejercitarla éste, cuando sea necesario o útil para procurar una justicia legal, pronta y realmente justa; 4. Razón histórica y política de la extensión de las facultades del juez en la justicia civil, laboral y contencioso-administrativa; 5. El incumplimiento por los jueces y magistrados del deber de ejercitar las facultades, cuando esto es conveniente para lograr la justicia judicial realmente justa, además de legal, debe ser considerado como causal de mala conducta.

Estamos totalmente de acuerdo con el ilustre ponente general, profesor Mauro CAPPELLETTI, respecto a que en el derecho moderno la responsabilidad de magistrados y jueces no debe limitarse a los aspectos penal, de responsabilidad civil para indemnización de perjuicios y disciplinario por faltas especiales, sino también al incumplimiento de los deberes y al no ejercicio de las facultades que los

* Informe nacional colombiano sobre el tema «La responsabilidad judicial» o «de magistrados y jueces», presentado en el IX Congreso Internacional de Derecho Comparado (Caracas, 28 agosto a 5 septiembre de 1982).

Códigos de Procedimiento les imponga y otorgue, para la adecuada, acelerada y justa dirección y solución de los procesos. Porque de poco servirían tales deberes y facultades, si su no cumplimiento y ejercicio ninguna responsabilidad les acarrea, ya que la ausencia de todo efecto adverso al funcionario los impulsaría a abstenerse de cumplir tales deberes y de utilizar esas facultades que buscan, unos y otras, la mayor humanización, aceleración, probidad, lealtad, verificación de los hechos sobre los cuales deben adoptarse las decisiones judiciales y, en fin, la justicia judicial realmente justa y buena.

Estudiaremos por separado cada uno de dichos aspectos de la responsabilidad de magistrados y jueces por su conducta, activa u omisiva en el desempeño de sus funciones.

## I. — Responsabilidad penal de jueces y magistrados

Ninguna controversia puede existir respecto a la responsabilidad penal de los jueces y magistrados, en razón de actos que configuren delitos o ilícitos penales, por cuanto ella está regulada expresamente por los Códigos Penales, que configuran los delitos de peculado, concusión, cohecho, prevaricato, abuso de autoridad, ejercicio simultáneo de la profesión como mandatarios judiciales o consejeros jurídicos, asesores de los litigantes, violación de la reserva de los sumarios penales, abstención de dar noticia de delitos perseguibles de oficio, utilización en provecho propio o ajeno de inventos o descubrimientos científicos que conozcan en razón de su cargo, o de dineros u objetos o bienes de otra clase que estén a su cuidado o custodia o manejo, ejercicio de las funciones del cargo después de haberse posesionado su reemplazo.

Nuestro actual Código Penal contiene las siguientes normas sobre ilícitos penales de funcionarios judiciales:

Los arts. 133 a 139 regulan el *delito de peculado*, cuando cualquier empleado oficial se apropie en beneficio suyo o de un tercero bienes del Estado o de particulares, cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones; o use o permita que otro use de esos bienes; o que incurra en esas conductas por error ajeno; o que dé una aplicación diferente a los bienes del Estado o empresas o instituciones en que aquél tenga parte; o que por su culpa dé lugar a que se extravíen o pierdan o dañen. Las penas varían entre 1 y 10 años de prisión.

El art. 140 sanciona el *delito de concusión*, con prisión de 2 a 6 años e interdicción de derechos o funciones públicas, al empleado oficial que abusando de su cargo o de sus funciones, constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo empleado, o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicite.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez



Los arts. 141 a 143 regulan el *delito de cohecho*, propio o impropio, para los empleados oficiales que reciban para sí o para un terceso, dinero u otra utilidad o acepte promesa remuneratoria, directa o indirecta, para retardar u omitir un acto propio del cargo o para ejecutar uno contrario o a los deberes oficiales, y los sanciona cuando es «propio» con prisión de 1 a 5 años e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término; cuando sea «impropio» con 6 meses a 2 años e interdicción por el mismo término; cuando se reciba dinero u otra utilidad, aun cuando no se incurra en los actos u omisiones indicados, la sanción es de arresto de 3 meses a 1 año e interdicción por igual término.

El art. 149 regula el delito de *prevaricato por acción*, de los empleados oficiales, lo configura por haberse proferido resolución o dictamen manifestamente contrarios a la ley, y lo sanciona con 1 a 5 años de prisión e interdicción por el mismo término de derechos y funciones públicas.

El art. 150 regula el delito de *prevaricato por omisión* cuando se «omita, rehúse, retarde o deniegue un acto propio de sus funciones», e impone pena de 1 a 5 años e interdicción por el mismo término.

El art. 151 consagra el *delito de prevaricato por asesoramiento ilegal, o por aconsejar o patrocinar* a persona que gestione cualquier asunto en su despacho, y lo sanciona con prisión de 1 a 3 años e interdicción por igual término. .Y el art. 157 sanciona el asesoramiento o representación ilegal en asuntos que no cursen en el mismo despacho, con arresto, multa e interdicción.

El art. 152 sanciona como *delito por abuso de autoridad*, al empleado público que fuera de los casos especialmente previstos como delito, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, cometa acto arbitrario o injusto, y lo sanciona con multa de mil a diez mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de 6 meses a 2 años. Y el art. 153 considera también abuso de autoridad sancionable con pérdida del empleo, al empleado oficial que teniendo conocimiento de la comisión de un delito cuya averiguación deba adelantarse de oficio, no dé cuenta a la autoridad.

El art. 158 sanciona la intervención en política con interdicción en derechos y funciones públicas de 1 a 3 años, al empleado oficial que forme parte de comités, juntas o directorios políticos, o intervenga en debates o actividades de este carácter (distintas de la emisión del voto en elecciones populares).

El art. 159 sanciona con prisión de 1 a 4 años, multa de mil a veinte mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas

hasta por el mismo término, al empleado oficial que obtenga el *concurso de la fuerza pública o emplee la que tenga a su disposición, para consumar acto arbitrario o injusto, o para impedir o estorbar el cumplimiento de orden legítima de otra autoridad.*

El art. 176, sanciona con 6 meses a 4 años de prisión, a quien tenga *conocimiento de la comisión de un hecho punible y sin concierto previo ayudare a eludir la acción de la autoridad, o a entorpecer la investigación* correspondiente, calificándolo de encubrimiento.

El art. 177 sanciona con 6 meses a 5 años de prisión, a quien «fuera de los casos de concurso en el delito, *oculte, ayude a ocultar o a asegurar el objeto material o el producto del mismo,* calificándolo como encubrimiento.

El art. 184 sanciona como fraude a resolución judicial, de 6 meses a 4 años de arresto, a quien por cualquier medio *se sustraiga al cumplimiento de obligación impuesta en resolución judicial.*

El art. 218 sanciona con prisión de 3 a 10 años, al empleado oficial que en ejercicio de sus funciones *falsifique documento público que pueda servir de prueba,* incurrirá en prisión de tres a diez años.

El art. 219 sanciona con prisión de 3 a 10 años, al empleado oficial que en ejercicio de sus funciones, *al extender documento público que pueda servir de prueba, consigne una falsedad o calle total o parcialmente la verdad.*

El art. 220 sanciona con prisión de 2 a 8 años, a quien falsifique documento público que pueda servir de pruebas; si fuere documento privado, la sanción será de 1 a 6 años de prisión, según el art. 221.

El art. 223 sanciona con prisión de 2 a 10 años, al empleado oficial que en ejercicio de sus funciones *destruya, suprima u oculte, total o parcialmente, documento público que pueda servir de prueba*; si es documento privado, la pena será de 1 a 6 años, según el art. 224.

El art. 228 rebaja la pena de 3 a 2 años, cuando los ilícitos contemplados en los arts. 218 a 220, tengan por objeto una prueba de hecho cierto.

## II. — Responsabilidad civil de jueces y magistrados, como consecuencia de la responsabilidad penal

Tampoco puede existir controversia seria respecto a la responsabilidad civil derivada de los ilícitos penales por los que se imponga a los jueces y magistrados una condena penal.

En el sistema colombiano ha existido tradicionalmente la acumulación en el proceso penal, de la cuestión de la responsabilidad civil para la indemnización de los perjuicios causados con el ilícito penal





a las víctimas de éste o a sus herederos, es decir, a las personas que directa o indirectamente sufran perjuicios materiales o morales por causas de dicho ilícito. Durante mucho tiempo se permitió intervenir en el proceso penal a esas personas, como «acusadores particulares»; pero desde el año de 1938 se sustituyó la denominación y la calidad jurídica de dicha intervención por la de «parte civil» y «acción civil para la indemnización de los perjuicios causados por la infracción» (arts. 8.°, 24 a 31 del C. de P. P., de la ley 94 de 1938) y en el Código Penal de 1936 se dispuso, en su art. 93, que: «El respectivo agente del ministerio público deberá cooperar con los interesados en todas las diligencias tendentes a fijar y obtener la indemnización a que diere lugar la infracción, o intervenir por sí solo en el caso de que éstos se abstengan de hacerlo». El art. 25 del citado C. de P. P. disponía que la sentencia ejecutoriada del proceso penal, que impusiera condena de pagar perjuicios, «prestará mérito ejecutivo ante los jueces civiles» y que si el perjudicado no hubiere intervenido en el proceso penal y no se conformare con la sentencia dictada en éste respecto a la indemnización, «podrá ejercer ante los jueces civiles la acción correspondiente, dentro de los términos establecidos para la prescripción de la acción civil», en cuyo caso no se le permitía cobrar la suma señalada en la sentencia penal; pero como consecuencia de la necesaria prejudicialidad que tal sentencia penal debía producir en la decisión del posible proceso civil, el art. 28 agregaba que «la acción civil no podrá proponerse ante el juez civil cuando en el proceso penal se haya declarado, por sentencia definitiva o por auto de sobreseimiento definitivo que estén ejecutoriados, que la infracción en que aquella se fundó no se ha realizado, o que el sindicato no la ha cometido o que obró en cumplimiento de un deber o ejercicio de una facultad legítima». En cambio y de acuerdo al art. 29, «cuando el sindicato haya sido condenado en el juicio penal como responsable de la infracción, no podrá ponerse en duda en el juicio civil la existencia del hecho que la constituye ni la responsabilidad del condenado», es decir, el proceso civil en tal hipótesis apenas tiene por objeto fijar la cuantía de la indemnización y la responsabilidad que por ella le corresponda a personas distintas del autor del ilícito penal, como al padre, al patrón, a la persona jurídica cuyo representante incurrió en el ilícito penal.

Conforme al art. 101 del C. Penal de 1936, «la extinción de la responsabilidad civil proveniente de una infracción se regirá por el Código Civil».

El C. de Pr. P. de 1971 (vigente en la actualidad) conservó el criterio del anterior de 1938. Así: el art. 9.° dice que de la infracción penal surgen la acción penal y «también acción civil para la indemnización



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

de los perjuicios causados por la infracción»; los arts. 24 a 30 conservaron con modificaciones secundarias las normas del C. de P. P. de 1938.

Obviamente, las normas anteriores se aplican a los casos de infracciones penales de jueces y magistrados en el ejercicio de sus funciones.

### III. — Responsabilidad civil de jueces y magistrados, por actuaciones que no constituyan ilícito penal

A diferencia de lo que ocurre con la responsabilidad civil por los ilícitos penales de jueces y magistrados, ha existido controversia respecto a la que pueda corresponderles cuando incurren en actos culposos que no alcancen a constituir ilícito penal, pero que resulten arbitrarios o ilegales por error de interpretación, aplicación o no aplicación de las normas legales, lo mismo que por demoras en el trámite y decisión de los procesos y diligencias procesales, que causen en ambos casos lesiones patrimoniales o morales a los litigantes y demás personas que estén vinculadas a dichos procesos y diligencias; es decir: responsabilidad civil por actos u omisiones que signifiquen incumplimiento de sus deberes y por errores en la aplicación de las leyes sustanciales o procesales.

El C. de P. C. colombiano de 1970 acogió nuestra ponencia para incluir, en el art. 40, no solamente los casos de dolo, fraude o abuso de autoridad y de retardo u omisión injustificados de una providencia o en la elaboración del proyecto cuando deba ser sometido a la aprobación de una sala plural, sino además el muy importante del «*error inexcusable,* salvo que hubiere podido evitarse el perjuicio con el empleo de recurso que la parte dejó de interponer»; se agrega que esta responsabilidad deberá exigirse en proceso ordinario, pero consideramos que esto rige únicamente cuando no se trate de ilícito penal, porque si lo es, priman las normas del C. de P. Penal sobre imposición en el proceso penal, de oficio, de la condena a la indemnización, simultáneamente con la condena penal.

En nuestro «Tratado de Derecho Procesal Civil (edit. Temis, Bogotá, t. II, 1982, págs. 52 a 57) defendimos esa responsabilidad civil de jueces y magistrados por errores inexcusables, además de los casos de dolo e ilícito penal, *aún sin que exista norma legal expresa,* por aplicación de las que regulan en general la responsabilidad civil extracontractual por culpa grave, en la ejecución u omisión de actos; y como allí expusimos y hemos repetido en nuestras «Nociones Generales de Derecho Procesal Civil» (edit. .Aguilar, Madrid, España, 1966, págs. 345 a 348) y en nuestro «Compendio de Derecho Procesal» (t. I, «Teoría General del Proceso», eds. 1.ª a 7.ª, 1972 a 1981, núm. 176) el problema radica en separar el *error excusable* del error inexcusable, para exigir la responsabilidad civil solamente en el último caso, ya que los errores judiciales están contemplados en todos los países y en todas las épocas como una posibilidad normal en la tarea de administrar justicia, por lo cual se consagran los recursos ordinarios y extraordinarios para corregirlos. Y el punto no es sencillo, porque una de las causales del recurso de casación en Colombia, desde el siglo pasado, ha sido el *error manifiesto de hecho* por la no consideración de una prueba o por haber creído que existía sin existir, o en la apreciación del contenido de las pruebas que influyeron en la sentencia, además del error de derecho en cuanto a las normas legales que las regulen; por lo cual el error inexcusable debe ser más grave aún que el manifiesto o evidente, ya que de lo contrario siempre que la Corte Suprema case una sentencia de un Tribunal Superior Seccional o de un juez si se recurre en casación *per saltum,* por dicho error manifiesto o evidente, sería necesario imponer a los magistrados o al juez la condena a pagar perjuicios a la parte que los sufrió por causa de dicha sentencia, y esto nos parece inadmisible. Tiene que ser un error que resulte absurdo para cualquier juez de mediana preparación.





El caso de las denegaciones, omisiones o retardos injustificados no es discutible, pues la conducta culposa del funcionario resulta ostensible y de fácil comprobación; pero debe tenerse en cuenta que si se impone a los jueces y magistrados mucho más trabajo por el trámite de procesos y diligencias en número muy superior al que razonablemente pueden atender, los términos legales para sus providencias deben considerarse aumentados en igual proporción para el efecto de calificar su responsabilidad civil y también la disciplinaria por el retardo en proferir sus providencias o presentar el proyecto de ellas a la sala plural. Así lo hemos sostenido en nuestro «Compendio de Derecho Procesal», t. I, núm. citado, donde expresamos: «No basta con el vencimiento del término; hay que tener en cuenta el número de asuntos al estudio, porque si el juez recibe el doble o el triple de lo normal, estará justificado que se demore el doble o triple del término señalado en la ley procesal».

Lo dispuesto en el art. 40 del C. de P. C., que hemos comentado, tiene aplicación a los procesos penales, laborales y contencioso-administrativos, porque en los otros Códigos se dispone que sus vacíos se llenan con las normas análogas del primero.

Creemos que la ley colombiana ha llegado al límite máximo de la responsabilidad patrimonial de los magistrados y jueces, por sus actuaciones u omisiones en el ejercicio de sus cargos.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

## IV. — Responsabilidad disciplinaria de jueces y magistrados

Existe en Colombia una verdadera «jurisdicción disciplinaria», para el juzgamiento de las faltas de ética y conductas incorrectas de magistrados, jueces, empleados subalternos de éstos y abogados, en el ejercicio de sus cargos o de su profesión, y que forma parte de la Rama Jurisdiccional del Estado, distinguiéndose de las otras (civil, penal, laboral, contencioso-administrativa, fiscal militar y aduanera), por la naturaleza especial de los actos o las omisiones que se juzgan y de las sanciones que pueden aplicarse; los primeros porque no tienen el carácter de ilícitos penales ni de culpa civil ni laboral ni de responsabilidad civil, y las segundas porque no son penales sino estrictamente disciplinarias.

Tiene origen constitucional, a partir de 1968, pues el acto legislativo número 1 de 1968, reformó el art. 217 de la Constitución Nacional y creó un Tribunal Disciplinario, cabeza de esta jurisdicción especial, así: «El conocimiento de las faltas disciplinarias de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, corresponde al Tribunal Disciplinario», y autorizó a la ley para determinar su composición y demás funciones.

Las leyes 20 de 1972 y 17 de 1975 y los decretos 250 de 1970, 196 de 1971 y 1.660 de 1978, organizaron posteriormente el funcionamiento total de la jurisdicción disciplinaria y regularon el procedimiento, así: cuando se trate de faltas de abogados en ejercicio de su profesión, la ejercen en primera instancia los Tribunales Superiores de Distrito (están formados a su vez por las Salas Civil, Penal y Laboral, siendo en jerarquía los que siguen a la Corte Suprema de Justicia), pero para cada caso disciplinario se conforman Salas de Decisión formadas por tres magistrados de las distintas Salas Civil, Penal y Laboral, de modo que intervienen uno de cada Sala, escogidos por orden alfabético de apellidos; la segunda instancia corresponde al Tribunal Disciplinario. Los jueces de toda clase, se juzgan en única instancia por los Tribunales Superiores de Distrito (pues la Corte Suprema declaró inconstitucional el art. 110 del decreto 250 de 1970, que otorgaba apelación ante la misma Corte). Cuando se trata de faltas de magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito, Tribunal Superior Militar, Tribunal Superior de Aduanas, Tribunales Seccionales Contencioso-Administrativos, Corte Suprema y Consejo de Estado, lo mismo que de los fiscales de dichos Tribunales y del Consejo de Estado y del Procurador General de la Nación, las juzga en única instancia el Tribunal Disciplinario. Se trata, pues, de juicios ante la Rama Jurisdiccional y no ante funcionarios de la



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez



Rama Ejecutiva o Administrativa; son verdaderos procesos y sus decisiones sentencias, que una vez ejecutoriadas constituyen cosa juzgada (sin embargo, en nuestra opinión erróneamente, el Consejo de Estado conoció de una demanda de nulidad contra una sentencia del Tribunal Disciplinario que destituyó a un magistrado de la Sala Penal de la Corte Suprema, como si se tratara de un acto administrativo, desfigurando totalmente la naturaleza de esta función disciplinaria; y la Corte Suprema declaró inconstitucional la destitución por el Tribunal Disciplinario de los magistrados de aquélla y del Consejo de Estado, por lo cual corresponde al Congreso tal medida.

El procurador General de la Nación y sus delegados colaboran en la vigilancia judicial. La reforma constitucional de 1979 creó un Consejo Superior de la Judicatura, que debía sustituir al Tribunal Disciplinario y que funcionó durante 18 meses, pero la Corte Suprema en Sala plena declaró en 1981 inconstitucional por vicios de trámite dicha reforma, por lo cual debe revivir el Tribunal Disciplinario.

El decreto-ley de 1970 impuso a los funcionarios y empleados de la rama jurisdiccional y del ministerio público, los siguientes deberes: observar en todo tiempo y lugar irreprochable conducta pública y privada; residir en la sede de su cargo salvo autorización del superior; guardar reserva acerca de las decisiones que deben dictar mientras no sean autorizadas por el secretario; examinar si en los expedientes de que conocen aparece que se haya incurrido por otros funcionarios o por empleados, infracciones penales o de policía o faltas disciplinarias y dar el aviso correspondiente para su investigación; cumplir los deberes que los respectivos Códigos de Procedimiento señalen; no ser miembros activos de partidos políticos, ni intervenir en debates de carácter electoral, a excepción del ejercicio del sufragio; abstenerse de ocupar simultáneamente otros cargos en la misma Rama Jurisdiccional o en las otras y de ejercer el comercio o ser ministro de cualquier culto, ejercer la abogacía y cargos de auxiliares de la justicia (se exceptúan los cargos militares, para los jueces y magistrados de los tribunales militares, y el cargo de profesor hasta por 8 horas semanales siempre que no se afecte la marcha regular del trabajo).

El mismo decreto-ley 250 de 1970 regula la vigilancia judicial, para que «la justicia se administre oportuna y eficazmente» y para «el examen de la conducta de los funcionarios y empleados y el cuidado del cumplido desempeño de sus deberes»; la asigna al Ministerio Público, o sea al Procurador General de la Nación y los procuradores delegados y otros funcionarios, para que la ejerzan mediante vistas generales y especiales, las últimas por quejas que reciban o información de otra clase.

Y dicho decreto-ley establece las faltas y las sanciones disciplinarias. Las primeras las clasifica en: «contra la dignidad de la adminínstración de la justicia», «contra la eficacia» de la misma, y por «incumplimientos de otros deberes».

Las faltas contra la dignidad de la administración de justicia son: 1. — Embriaguez habitual, práctica de juegos prohibidos, uso de estupefacientes, amancebamiento, concurrencia a lugares indecorosos, homosexualismo, abandono del hogar y en general un mal comportamiento social; 2. — Expresiones injuriosas o calumniosas contra las instituciones o contra cualquier empleado o funcionario público; 3. — Hacer en actuación judicial o fuera de ella calificaciones ofensivas, ultrajantes o calumniosas de las personas que intervienen en los procesos; 4. — Solicitar o recibir dádivas, agasajos, préstamos, regalos y cualquier clase de lucros provenientes directa o indirectamente de parte o de apoderado en asunto que se halle a su conocimiento o en el cual haya de intervenir, u ofrecerlos o darlos a otros funcionarios o empleados, o solicitarlos o recibirlos de funcionarios o empleados de su dependencia directa o indirectamente; 5. — Influir, directa o indirectamente sobre quienes de ellos dependen, en el nombramiento o elección de funcionarios o empleados; 6. — Solicitar o fomentar publicidad de cualquier clase respecto de su persona o de sus actuaciones, sin perjuicio del derecho de rectificar informaciones o comentarios; 7. — Ejercer directa o indirectamente actividades incompatibles con el decoro del cargo o que en alguna forma atenten contra su dignidad.

Las faltas contra la eficacia de la administración de justicia son:

1. — Omitir o retardar injustificadamente el despacho de los asuntos a su cargo o el trabajo que les señalen la ley o los reglamentos de la oficina, o dejar vencer los términos sin la actuación correspondiente.

2. — No suministrar oportunamente las informaciones que deban dar o suministrarlas con inexactitud o en forma incompleta.

3. — Dejar de asistir injustificadamente a la respectiva oficina, o cerrarla sin motivo legal, o limitar indebidamente las horas de trabajo o de despacho al público.

4. — Violar las normas sobre nombramiento o elección de los funcionarios o empleados y las que regulan la designación de auxiliares.

5. — Dejar de asistir a los actos o diligencias en que se requiera su presencia o a las deliberaciones de la sala o firmar las providencias sin haber participado en su discusión o pronunciamiento.

6. — No dar noticia a la autoridad competente de delitos o faltas cometidos por los funcionarios o empleados, los apoderados, los voceros y los auxiliares que intervengan en los asuntos que cursan en



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez



el despacho o de que en general tengan conocimiento en razón de su cargo.

7. — Dejar de sancionar las faltas de los funcionarios y empleados u obrar con lenidad en su sanción.

8. — Ejercer influencias directas o indirectas sobre cualquier funcionario o empleado de la administración de justicia, a fin de que proceda en determinado sentido en los asuntos de que conoce o que tramita o ha de conocer, dejando a salvo las atribuciones de la procuraduría sobre los agentes del ministerio público para instruirlos en su actuación.

9. — Asesorar o aconsejar en asuntos de su competencia o cuyo conocimiento esté atribuido a otra autoridad.

10. — Propiciar, auspiciar u organizar huelgas, paros, suspensión total o parcial de actividades o disminución del ritmo de trabajo, o participar en tales actos o tolerarlos.

11. — Abstenerse de cumplir las comisiones que legalmente se les confieran o retarden injustificadamente su evacuación.

12. — Dejar de asistir a las audiencias o de practicar personalmente las pruebas en los casos en que la ley se lo ordena; no dictar, no firmar, o dejar de notificar efectivamente en audiencia las sentencias y demás providencias cuando a ello hubiere lugar.

13. — Hacer constar en cualquier diligencia judicial hechos que no sucedieron o dejar de relacionar los que ocurrieron.

14. — Omitir el reparto cuando él sea obligatorio, o hacerlo o tolerar su ejecución en forma irregular.

15. — Contravenir las disposiciones sobre honorarios de los auxiliares y sobre arancel (decrs. 2.265 y 2.266 de 1969).

16. — Tener a su servicio en forma estable o transitoria para las labores de su despacho personas distintas de empleados de la propia oficina.

17. — Permitir que litiguen personas no autorizadas para ello o mostrar los expedientes sin la debida autorización.

La tercera clase de faltas las consagra el art. 96, así: «En general constituye mala conducta el incumplimiento de los deberes propios, la infracción de las incompatibilidades y la incursión en los impedimentos de conducta para el ejercicio del cargo».

Las sanciones son: multas, suspensión del cargo y destitución, según la gravedad de la falta. Si no son aplicables las anteriores, el superior puede amonestar al infractor.

## V. — Responsabilidad por el incumplimiento de deberes y no ejercicio de facultades procesales

### 1. — *Naturaleza, contenido y alcance de los deberes procesales*

a) Emanan de las normas procesales.

b) Son de derecho público.

c) Surgen con ocasión del proceso y de otras actuaciones procesales.

d) Correspondía a los sujetos permanentes o transitorios de la relación jurídica procesal, jueces, partes iniciales e intervinientes y otras personas que actúan en diligencias judiciales extraproceso.

e) Dan lugar a sanciones por su incumplimiento y por tanto puede ejercerse coerción sobre el sujeto pasivo para que los cumpla.

f) Son sujetos pasivos de ellos, o sea quienes deben cumplirlos: las partes; las otras personas que sin formar parte del Organo Judicial de cualquier manera, permanente o transitoriamente, intervienen en el proceso o en la diligencia procesal extrajuicio; los jueces y magistrados y los secretarios y demás subalternos que de cualquier manera colaboran en las actuaciones procesales, como los llamados sustanciadores en Colombia porque intervienen en la sustanciación de los asuntos preparando proyectos de autos y sentencias, y otros particulares o funcionarios públicos conocidos como auxiliares de la justicia (peritos, traductores, síndicos, secuestres) y los testigos.

g) Es sujeto activo, el Estado, representado por diversos funcionarios según quien sea el sujeto pasivo, así: cuando se trate de deberes de las partes y demás intervinientes, al sujeto activo Estado lo representa el juez o tribunal; cuando se trate de deberes del Juez o Tribunal, al sujeto activo Estado lo representan los funcionarios encargados de la vigilancia judicial y de la función disciplinaria y el superior jerárquico dentro de la misma organización judicial, según fuere el caso.

Esa organización disciplinaria es, para mí, en Colombia otra rama de la función jurisdiccional del Estado, cuya base la forman los Tribunales Superiores y su cabeza el Tribunal Superior Disciplinario. Por consiguiente, éste ejerce jurisdicción cuando juzga a magistrados, jueces y abogados, su actuación es un proceso y su decisión final una sentencia con fuerza de cosa juzgada.

h) Regulan el comportamiento que deben tener magistrados y jueces por una parte y por otra las demás personas, durante el proceso y las diligencias judiciales extraproceso.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez



### 2. — *Naturaleza, contenido y alcance de las facultades o poderes procesales.*

a) Emanan de normas procesales.

b) Son de derecho público.

c) Surgen con ocasión de los procesos y las diligencias procesales.

d) Corresponden a los sujetos permanentes o transitorios de la relación jurídica procesal, jueces, partes iniciales e intervinientes y otras personas que actúan en diligencias judiciales extraproceso.

e) Suele decirse que no se puede exigir su ejercicio coercitivamente, ni su no ejercicio da ocasión a sanciones, porque esto es propio de los deberes y las obligaciones, pero esto no es cierto cuando se trata de facultades de magistrados y jueces cuyo ejercicio es necesario para lograr los fines de interés público que se persiguen con los procesos judiciales, por lo cual la ley las otorga para que sean ejercitadas.

f) Tomado el concepto en sentido estricto y diferenciándolo del de la carga procesal si no ejercicio por las partes del proceso o diligencia y por otras personas que ocasionalmente intervienen en aquél o ésta, tampoco les acarrearía consecuencias desfavorables en el proceso o diligencia procesal, pues de lo contrario se trataría de una «carga procesal».

Ejemplos de facultades de las partes son: la de recusar al juez o a peritos, porque aun cuando no se ejercite, éstos deben actuar con imparcialidad y honestidad; la de designar apoderados en los asuntos para los cuales la ley no lo exige, porque por ese solo motivo no se lesionan sus derechos: la de designar ciertos auxiliares de la justicia, como síndicos, partidores, etc., porque si el juez lo hace en su lugar aquéllos deben cumplir igualmente su función, honesta y cabalmente.

En cambio, respecto a magistrados y jueces es indispensable distinguir aquellas facultades cuyo no ejercicio ningún daño causa a la buena justicia y a las partes, de las otras cuyo no ejercicio puede frustrar el logro de los fines de interés general que con los procesos se persiguen, por lo cual es un deber del funcionario ejercitarlas cuando le sea posible hacerlo.

Ejemplo de facultades de los jueces cuyo no ejercicio en nada perjudica a los fines del proceso, son: practicar personalmente ciertos actos o comisionar para ellos a otro juez cuando la ley lo autoriza, porque la diligencia puede resultar bien practicada por el comisionado y porque la ley le permite escoger; suspender la diligencia iniciada en la mañana, al llegar el medio día y disponer su continuación para la tarde del mismo día o para la fecha más próxima que

las diligencias ya señaladas se lo permitan; iniciar la inspección judicial, cuando esté por vencer la hora señalada, aun cuando no haya concurrido alguna de las partes o su apoderado, o aplazarla para otra fecha y hora que fije; y demás casos similares.

En cambio, son ejemplos de facultades cuyo ejercicio es necesario o conveniente al menos, para la buena justicia judicial. la de decretar pruebas de oficio con el fin de verificar adecuadamente los hechos en que debe basarse su sentencia o auto: la de impulsar de oficio el proceso en sus diversas etapas, para que el proceso tenga la mayor celeridad posible; la de sancionar la mala fe y las conductas incorrectas de las partes, con las multas y otras medidas que la ley consagre; la de citar al proceso a las personas cuya presencia sea indispensable para configurar el debido contradictorio; y muchas otras que mencionaremos luego.

3. — *Inescindibilidad de los conceptos de facultad procesal del juez y del deber procesal de ejercitarla éste, cuando sea necesario o útil para procurar una justicia legal, pronta y realmente justa.*

El art. 37 del C. de P. C. y la jurisprudencia de la Corte Suprema lo aceptan. No existe contradicción jurídica en el concepto de facultad-deber, porque se trata de un criterio de derecho público, que se aplica a otros casos como el derecho-deber de votar en las elecciones públicas, y el derecho-deber que quien conoce la ocurrencia de un ilícito penal tiene para denunciarlo y pedir su investigación; el derecho a postulación para ciertos cargos públicos y el deber de desempeñarlo si se es elegido o designado cuando la ley lo imponga como servicio obligatorio.

4. — *Razón histórica y política de la extensión de las facultades del juez en la justicia civil, laboral y contencioso-administrativa.*

La extensión de los poderes o facultades del juez en los procesos modernos, es lógica consecuencia del remplazo que en la doctrina y la práctica política se produjo del concepto del Estado gendarme que sólo interviene para mantener el orden y prevenir y reprimir los actos ilícitos, por el del Estado intervencionista en todos los aspectos sociales y económicos del respectivo país.

Y así como se ha procurado con esa intervención extraprocesal del Estado, conseguir mejor justicia social o al menos aminorar las injusticias sociales, tutelando especialmente a las grandes masas de débiles y pobres, así también con la intervención procesal, a través de magistrados, jueces y auxiliares de éstos, se ha procurado obtener una mejor y más justa justicia judicial, tutelando también princi-





palmente a las partes débiles y pobres que son la inmensa mayoría de las gentes. Se persigue una real y práctica igualdad de oportunidades extraprocesales y procesales, y no solamente su declaración teórica.

Justicia Social y Justicia Judicial son dos conceptos distintos, lo mismo que dos diferentes metas en la organización jurídica de las naciones; la primera se consigue con las funciones legislativa y administrativa del Estado, al paso que la segunda corresponde a la función jurisdiccional del Estado, cada una de las cuales a través de sus respectivos funcionarios y en ocasiones utilizando a uno de ellos para que ejercite simultáneamente y en forma transitoria o permanente, tales funciones; pero deben armonizar en lo posible, y sin duda una buena Justicia Judicial contribuye a conseguir una buena Justicia Social.

5. — *El incumplimiento por los jueces y magistrados del deber de ejercitar las facultades procesales, cuando esto es conveniente para lograr la Justicia Judicial realmente justa, además de legal, debe ser considerado como causal de mala conducta*

La tesis anterior tiene cabida perfecta en las normas contenidas en los arts. 76, 77 y 96 del Decreto-Ley 250 de 1970, vigente todavía.

Es conveniente para la Justicia Judicial colombiana aplicar la anterior tesis, sin exageraciones pero también sin debilidad, para conseguir que la gran cantidad de facultades otorgadas por el C. de P. C. de 1970 y las que contenía el Código anterior, no naufraguen por la pereza y el descuido de los jueces y magistrados.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

NOTAS

# EFICACIA EJECUTIVA EN ESPAÑA DE LETRAS DE CAMBIO EXTRANJERAS

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ
Catedrático de Derecho Procesal
Abogado

SUMARIO:

1. Sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia de 3 de abril de 1982. — 2. Títulos ejecutivos extrajurisdiccionales extranjeros. — 3. Eficacia ejecutiva en España. — 4. Aplicación de oficio del derecho extranjero.

## 1. — SENTENCIA DE LA AUDIENCIA TERRITORIAL DE VALENCIA DE 3 DE ABRIL DE 1982

La sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia de 3 de abril de 1982 plantea una vez más el interesante tema de la eficacia en España de títulos ejecutivos extrajurisdiccionales extranjeros. El caso se refiere a una letra de cambio italiana, cuya ejecución se solicita en España directamente a través del procedimiento del juicio ejecutivo ordinario. El ejecutado, como otras muchas veces, sólo se opone a la ejecución por motivos que se basan en el Código de Comercio español. No plantea en cambio el tema de si la letra italiana requería previamente, para otorgarle fuerza ejecutiva, un *exequatur*. La doctrina de esta importante resolución es la siguiente:

> CONSIDERANDO: Que de los tres motivos articulados por la demanda S., S. A. (S. M. LL., S. A.), en su escrito de formalización de la oposición, frente a la demanda ejecutiva interpuesta por I. B. P., S. p. A. (I. B. P., S. per A.), en el acto de la vista de este recurso la dirección letrada de la recurrente ha mantenido únicamente dos de ellos, en primer lugar el que el documento carece de cláusula valor, causa de nulidad número 2 del artículo 1.467 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y después, en ese mismo artículo, pero sobre su





> número 1, que el documento fue aceptado por un solo apoderado de la entidad demandada, exigiéndose en sus estatutos la firma de dos de ellos mancomunadamente, motivos ambos que ya fueron rechazados por el juzgador *a quo*.
>
> CONSIDERANDO: Que el título base del presente juicio ejecutivo es una letra de cambio librada en Italia por una sociedad italiana, por lo que parece evidente la aplicación de lo dispuesto en el artículo 10, 3 del Código Civil, es decir, la emisión de los títulos-valores se atendrá a la ley del lugar en que se produzca, y si este artículo consagra la regla *locus regit actum*, el argumentar en torno a los requisitos de la letra sobre los artículos 444 y 445 del Código de Comercio español carece de sentido, pues es en la legislación italiana en la que hay que buscar los requisitos de la letra. Esta es la doctrina sentada por esta Sala en su sentencia de 21 de febrero de 1980 y compartida por la de la Audiencia Territorial de Pamplona en la suya de 21 de mayo de 1981. Y contra ella no cabe alegar el artículo 475 del Código de Comercio, norma material española que no cabe interpretar a *sensu contrario* para llegar a la conclusión de que las letras giradas en país extranjero que deben ser pagadas en España, se presentarán con arreglo a nuestra legislación, primero porque si ése fuese el sentido originario de dicho artículo, habría de entenderse derogado por el nuevo título Preliminar del Código Civil y por el Convenio suscrito con Italia al que nos referiremos después, pero en realidad lo que el artículo quiere decir es que la letra emitida en España con arreglo a nuestra legislación, al salir del territorio nacional queda sujeta para el cobro a lo que disponga la ley extranjera, distinguiendo dos momentos: emisión regida por la ley del lugar y cobro regido asimismo por la ley del lugar correspondiente. Que esta interpretación es la correcta lo corrobora indirectamente el artículo 107, 5 del Texto refundido en la Ley de Impuestos Generales sobre Sucesiones y sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados de 7 de abril de 1967, al exigir que las letras extranjeras sean reintegradas por el primer tenedor español de ellas con arreglo a su cuantía, que es lo que hizo en nuestro caso el B. de B.
>
> CONSIDERANDO: Que si los requisitos del título se rigen por la legislación italiana, los de la obligación en él documentada han de ser los exigidos en el artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esto es, líquida, vencida y por valor superior a 10.000 peseats y todos ellos concurren en el presente caso, pues los problemas que pudieran surgir de referirse la letra a moneda extranjera, en concreto dólares USA, vienen obviados por reclamarse en la demanda pesetas, de acuerdo con los artículos 1.437 y 1.438 de la misma ley procesal, acompañando certificación del Colegio Oficial de Corredores de Comercio de A. sobre el cambio oficial, y sin que dicho valor en cambio haya sido impugnado por el demandado.
>
> CONSIDERANDO: Que la aplicación al título de la legislación italiana es sin duda la procedente, habida cuenta del artículo 10, 3 del Código Civil y del Convenio de 22 de mayo de 1973 (B.O.E. de 15 de noviembre de 1977), sobre asistensia judicial y reconocimiento de resoluciones judiciales y arbitrales entre España e Italia, pues según su artículo 1 los nacionales de cada una de las partes contratantes



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

gozarán en el territorio de la otra parte del mismo trato reservado a los nacionales de esta última en los procedimientos judiciales que se refieran a materias civiles y mercantiles; partiendo de esta igualdad los artículos 11, 12 y 22 reconocen fuerza ejecutiva a todos los documentos que, según la Ley del Estado de origen, lleven aparejada ejecución, y éste es precisamente el caso de la letra de cambio según el derecho italiano, en el que el artículo 474 del Codice di Procedura Civile, entre los títulos ejecutivos, incluye *le cambiali*, es decir, las letras de cambio, y el artículo 63 del Real Decreto de 14 de diciembre de 1933, número 1.669, insiste en ello y además reconoce a las letras emitidas en el extranjero los mismos efectos que a las emitidas en Italia, cuando éstos sean emitidos por la ley del lugar donde la letra de cambio ha sido emitida.

CONSIDERANDO: Que a lo anterior hay que añadir que el Real Decreto Ley de 21 de septiembre de 1933 (convertido en ley por la de 15 de enero de 1934), requiere cuando se gira a la orden y se trata de crédito derivado de suministro de mercancías, que en la letra se haga constar la fecha y el número de la factura relativa a las mercancías servidas, pero en ninguna de las disposiciones italianas se exige, como requisito esencial de la letra, la cláusula valor, exigencia que por otra parte tampoco existe en la Ley Uniforme de Ginebra de 7 de junio de 1930, que es la base del Real Decreto antes citado de 14 de diciembre de 1933. Por tanto la falta de cláusula valor en la letra italiana no convierte a ésta en simple pagaré, lo que sí ocurriría si faltase la fecha y el número de la factura, requisitos que concurren en la letra que sirve de título ejecutivo en el presente proceso, en la que claramente se hace constar la fecha 27 de noviembre de 1978 y el número 270/2.372 que se corresponden con el documento número 5 de los presentados con la demanda, todo lo que conduce a la desestimación de la causa de nulidad alegada por el demandado relativa a la falta de cláusula valor.

CONSIDERANDO: Que en los apartados anteriores se ha procedido a la aplicación de derecho extranjero, parte del cual ha sido probado por el demandante y parte se basa en el conocimiento que el mismo tiene esta Sala. En efecto, el Real Decreto Ley de 21 de septiembre de 1933 y el artículo 474 del Codice di Procedura Civile han sido probados en su contenido y vigencia por sendas certificaciones del Consulado de Italia en Madrid, pero el Real Decreto de 14 de diciembre de 1933, aun no siendo probado por las partes, ha sido aplicado de oficio por permitirlo así una correcta interpretación del artículo 12, 6 del Código Civil, ya que la norma extranjera debe ser objeto de prueba sólo en cuanto sea desconocida por el juzgador, pues respecto de ella el principio de aportación de parte no rige como para la prueba de los hechos; esto es, la norma de derecho extranjero será objeto de prueba y por lo tanto se aplicarán las consecuencias de la carga de la prueba, en tanto el tribunal la desconozca, pero éste puede utilizar sus conocimientos sobre ese derecho, e incluso puede afirmarse que, dentro de sus posibilidades, está obligado a investigar el contenido y vigencia de la norma extranjera aplicable por la remisión a ella de la ley española; lo contrario conduciría al absurdo de que un tribunal, conociendo el derecho extranjero, no lo pudiera aplicar. Con esta interpretación está de acuerdo la doctrina española



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez



y en cierto sentido es el criterio recogido por la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1976.

CONSIDERANDO: Que el segundo motivo de oposición debe ser también desestimado y ello por razones evidentes, aceptando plenamente el razonamiento del juzgador *a quo que* no ha sido desvirtuado en el acto de la vista por el apelante, el cual se ha limitado a reiterar lo dicho en su escrito de oposición, desconociendo que con arreglo a los propios Estatutos de la Sociedad Anónima demandada, artículo 50, don G. M. S., director-gerente, «en tal concepto ejercerá la dirección de la Sociedad y la representación en todas las operaciones de su cometido».

CONSIDERANDO: Que procede imponer las costas de esta segunda instancia al apelante, el cual se ha limitado a reproducir en esta argumentación jurídica que fue claramente desestimada por el juzgador de la primera, y sin que sus causas de oposición tuvieran fundamento alguno.

Como puede observarse, la sentencia plantea tres problemas principalmente: el de los títulos ejecutivos extranjeros, su eficacia en España y la aplicación de oficio por parte de los Tribunales del derecho extranjero. Brevemente resaltaremos el significado de cada problema.

## 2. — Títulos ejecutivos extrajurisdiccionales extranjeros

La sentencia comentada versa en torno a las características de una letra de cambio italiana, que utiliza el juicio ejecutivo previsto en nuestras leyes procesales para lograr en definitiva su pago por parte de un deudor español.

El tema no es la primera vez que se presenta en la práctica de nuestros Tribunales y siempre, básicamente, en la misma forma: El juicio ejecutivo ordinario se basa directamente en la letra de cambio extranjera, sin previo *exequatur*. El ejecutado comparece y esgrime motivos de oposición fundados en la ley española: la letra carece de cláusula valor (1), no está extendida en el impreso timbrado correspondiente (2), falta la designación del lugar de su libramiento (3), la cantidad no es líquida, si el pago está previsto en moneda

(1) Sentencia de la Audiencia Territorial de Pamplona de 3 de octubre de 1979 (RGD 1980, pág. 449).

(2) Sentencias de las Audiencias Territoriales de Pamplona de 4 de diciembre de 1975 (RGD 1976, pág. 892); Barcelona, de 23 de febrero de 1976 (RJCat. 1976, pág. 100); Sevilla, de 15 de abril de 1976 (RGD 1977, pág. 102).

(3) Sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia de 21 de febrero de 1980 (RGD 1980, pág. 682).

extranjera (4), falta la traducción del documento al castellano (5), etcétera. Es decir, el ejecutado opone frente al título extranjero todos los defectos que degradarían la fuerza ejecutiva de una letra de cambio española.

Dichos motivos han prosperado con inusitada frecuencia y han sido admitidos sin mayor preocupación por nuestros Tribunales, acostumbrados a la rutina de los problemas del derecho interno. Sin embargo, desde el punto de vista de la regularidad del título, la solución correcta va por unos derroteros distintos, que también sigue, acertadamente, la resolución comentada, que viene a confirmar lo que ya podría considerarse como jurisprudencia mayoritaria respecto del tema.

Tratándose de un título extranjero, procede tener en cuenta lo previsto en el artículo 10,3 del Código Civil español: «La emisión de títulos-valores se atendrá a la ley del lugar en que se produzca». Esta norma remite directamente al derecho extranjero del lugar de libramiento de la letra, como perspectiva para examinar la regularidad del título. Tanto las formalidades del título, como su fuerza ejecutiva se definen por la ley extranjera del lugar donde el título haya sido otorgado. En este caso, pues, el ordenamiento a tener en cuenta para enjuiciar todos los problemas de fondo concernientes a la letra es el derecho italiano. No son esgrimibles por consiguiente como motivos de oposición a la ejecución excepciones o requisitos de la letra extraídos del Código de Comercio español. Desde este punto de vista, la doctrina de la sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia es impecable.

### 3. — Eficacia ejecutiva en España

El segundo problema importante que pueda suscitarse en torno a esta resolución es el de la eficacia ejecutiva en España de ese título extranjero, sin *exequatur* previo, es decir, de la letra de cambio italiana. La sentencia comentada simplifica el tratamiento del problema y esto conduce a una solución, cuando menos muy discutible, en mi opinión, si bien hay que reconocer que es la opinión mayoritaria de la jurisprudencia de nuestras Audiencias Territoriales.

Según puede leerse en la motivación de la sentencia anotada, al título le es aplicable la legislación italiana, a la que remite el artículo 10, 3 del Código Civil español. Teniendo en cuenta que el artículo 474 del *Codice di Procedura Civile* italiano enumera entre los títulos ejecutivos *le cambiali*, no hay duda de que la letra en cuestión es un documento con fuerza ejecutiva en Italia. Por lo tanto —concluye la sentencia—, vistos los artículos 1, 11, 12 y 22 del Convenio de asistencia judicial y reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, suscrito entre España e Italia el 22 de mayo de 1973 (BOE de 15 de noviembre de 1977), dicha letra italiana es también ejecutiva en España. En mi opinión, el razonamiento puede mantenerse, pero la conclusión no.

(4) Sentencia de la Audiencia Territorial de Sevilla de 15 de abril de 1976 (RGD 1977, pág. 102).

(5) Sentencias de las Audiencias de Santa Cruz de Tenerife de 9 de junio de 1980 (RGD 1981, pág. 266) y Sevilla, de 15 de abril de 1976 (RGD 1977, pág. 102).



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez



El tema que hay que plantearse y que, por lo que conozco, no se ha planteado la jurisprudencia española es el de si los títulos ejecutivos extranjeros de carácter no jurisdiccional necesitan o no de *exequatur* para desplegar su fuerza ejecutiva en nuestro país. La respuesta, en contra de las tesis mayoritarias de la jurisprudencia, que por otra parte no se ha planteado formalmente el tema, debe ser afirmativa. En este sentido podrían apuntarse las siguientes consideraciones:

a) El principio general que rige en nuestro derecho y también en el derecho comparado es el de que todos los títulos ejecutivos extranjeros necesitan de reconocimiento para desplegar su fuerza ejecutiva en nuestro país. La ejecución ha sido siempre un sector reservado exclusivamente a la soberanía de la jurisdicción nacional. En la medida en que supone el empleo de fuerza coactiva, la jurisdicción estatal ostenta el monopolio. La tesis es incontrovertida por lo que se refiere a los títulos jurisdiccionales, es decir, a las sentencias de Tribunales extranjeros y también respecto de los laudos arbitrales extranjeros, sin que pueda señalarse ninguna opinión en contra.

Esto supuesto, la primera pregunta que se suscita es obvia: ¿Es que acaso los títulos extrajurisdiccionales son de mejor condición o reúnen mayores garantías que los títulos jurisdiccionales? ¿Por qué entonces han de recibir un tratamiento distinto desde el punto de vista de su eficacia ejecutiva en nuestro país? Si a estos títulos se les exime del *exequatur*, por las buenas, la discriminación de las sentencias y laudos arbitrales es difícilmente justificable desde cualquier punto de vista.

Estas preguntas tiene sentido formularlas en este momento en nuestro país a la vista de las tesis mayoritarias en la jurisprudencia, porque, como se verá, en el derecho comparado no existe duda de que también los títulos extrajurisdiccionales necesitan de *exequatur* previo.

b) El Convenio bilateral entre España e Italia de 22 de mayo de 1973 no puede ser invocado a favor de la exención del *exequatur*

respecto de los títulos ejecutivos extrajurisdiccionales, sino que, en mi opinión, se establece exactamente el criterio contrario.

En efecto, este Convenio está establecido, en su parte más importante, para regular el reconocimiento y ejecución de decisiones de autoridades judiciales, laudos arbitrales y cualesquiera otros actos provistos de fuerza ejecutiva, originados o formalizados en sus respectivos territorios (art. 1). Pero, en cada caso, se exige seguir el procedimiento previsto para el *exequatur* en la legislación procesal interna. El tratamiento de los documentos con fuerza ejecutiva no escapa a este sistema: Documentos con fuerza ejecutiva son todos aquellos que lleven aparejada ejecución, según la ley del Estado de origen (art. 12,6 del Convenio). Respecto de éstos el Convenio dispone en su artículo 22:

> «Los documentos con fuerza ejecutiva en el territorio de una de las partes contratantes serán declarados igualmente ejecutivos en el territorio de la otra por la autoridad judicial que sea competente según la ley de esta última. La autoridad judicial se limitará a comprobar si los documentos mencionados reúnen las condiciones necesarias de autenticidad en el territorio de la parte contratante donde hayan sido autorizados y si el contenido de los mismos no se opone al orden público del Estado requerido.»

De esta norma se siguen varias consecuencias: En primer lugar, el reconocimiento de la fuerza ejecutiva de estos documentos no es automático, como ocurre con los títulos nacionales, sino que está sometido a control. Este control se extiende tanto a la forma como al contenido del documento. Los documentos han de ser auténticos, según la regla *locus regit actum* y, además, su contenido no puede oponerse al orden público del Estado donde se solicita su reconocimiento. Hechas estas comprobaciones son declarados ejecutivos por la autoridad judicial competente del Estado donde se quieren hacer valer.

Este control no puede llevarse, en mi opinión, al cauce del juicio ejecutivo ordinario. Los títulos ejecutivos extrajudiciales están fijados con carácter taxativo por la ley, por razones de política legislativa que obedecen a criterios de oportunidad. Su fuerza ejecutiva resulta *ex lege* y ésta, por definición, no puede ser otra que la española. El artículo 1.429 de la LEC se refiere exclusivamente a supuestos de hecho internos y no internacionales, criterio que debe mantenerse incluso en el futuro, a menos que se establezca una total libertad de circulación de títulos ejecutivos. La ley española señala: «La acción ejecutiva deberá fundarse en un título que tenga aparejada ejecución. *Sólo tendrán aparejada ejecución* los títulos siguientes...» (art. 1.429 LEC). Acto seguido se enuncian títulos que tienen aparejada ejecución *ex lege*, es decir, son ejecutivos con carácter *previo*





al proceso. En cambio los títulos extranjeros han de ser declarados *previamente* ejecutivos y sólo con posterioridad puede incoarse un juicio ejecutivo apoyado en ellos. La declaración de ejecutoriedad del título excede, por definición, del marco del juicio ejecutivo y no hay más remedio que llevarla al procedimiento general del *exequatur* recogido en los artículos 951 y ss. LEC.

Ciertamente es atractiva una interpretación progresista de la LEC. Así, podría mantenerse que, sin mayores dificultades, el juez competente para el juicio ejecutivo podría controlar de oficio la regularidad del título extranjero y simultanear, en aras de la economía procesal, la función del juez del *exequatur*. Realmente, no existirían mayores dificultades, en principio, para esta solución, a cambio de admitir también que los motivos de oposición a la ejecución se habrían incrementado, al menos, en uno nuevo: la excepción de orden público establecida por el Convenio. Ahora bien, así las cosas, ¿qué inconveniente abría también en mantener que el juez de la ejecución simultanee la función del *exequatur* respecto de una sentencia extranjera?

c) Un nuevo dato interpretativo en función del caso planteado en la sentencia comentada nos lo aporta el examen del derecho italiano. Y en este sentido el dato es valioso, porque la resolución que se examina apela incidentalmente al trato recíprocamente igualitario de españoles e italianos en base al artículo 1 del Convenio. Dado que el Convenio es bilateral, no está de más examinar cuál es el criterio del derecho italiano respecto de los títulos extrajurisdiccionales extranjeros. La respuesta nos la da el artículo 804 del *Codice di Procedura Civile:*

> «*Atti pubblici ricevuti all'estero.* — L'efficacia esecutiva nella Repubblica degli atti contrattuali ricevuti dal pubblico ufficiale in paese estero è dichiarata con sentenza della corte d'apello del luogo in cui l'atto deve eseguirsi, previo accertamento che l'atto ha forza esecutiva nel paese estero nel quale è stato ricevuto è che non contiene disposizioni contrarie all'ordine pubblico italiano.»

Por lo tanto, desde este punto de vista, resulta claro que también el derecho italiano exige un reconocimiento previo del título mediante la *delibazione* (6).

d) Un último argumento interpretativo se puede extraer de la Convención de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, relativa a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones en materia civil y comercial. La Convención, que no está vigente en nuestro país,

(6) Vid. por todos MORELLI, *Derecho procesal civil internacional*, trad. Sentís, Buenos Aires, 1953, págs. 356 y ss. SATTA, *Commentario al Codice di Procedura Civile*, Milano, 1971, IV, 2.º, pág. 160.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

representa, como es sabido, el esfuerzo más serio y de mayor envergadura en orden a establecer la mayor libertad de circulación de sentencias judiciales y otras resoluciones auténticas en los países de la CEE. Pues bien, en su artículo 50 se refiere expresamente a *les actes authentiques*, cuya fuerza ejecutiva está asimismo sometida a un reconocimiento previo en vía de *exequatur:*

> «Les actes authentiques reçus et exécutoires dans un Etat contractant sont, sur requête, revêtus de la formule exécutoire dans un autre Etat contractant, conformément a la procédure prévue aux articles 31 et suivants. La requête ne peut être rejetée que si l'exécution de l'acte authentique est contraire à l'ordre public de l'Etat requis» (7).

### 4. — Aplicación de oficio del derecho extranjero

El último tema que aborda la sentencia en cuestión es el relativo a la aplicación de oficio del derecho extranjero en el proceso. En este punto las tesis de la sentencia son plausibles e interpretan acertadamente el alcance del artículo 12,6 del Código Civil español. La doctrina se concreta fundamentalmente en los siguientes asertos:

a) El derecho extranjero no recibe el tratamiento de un hecho en el proceso. Por lo tanto no rige respecto del mismo el principio de aportación de parte.

b) El Tribunal debe de aplicar de oficio la norma extranjera de la que tiene un conocimiento propio, e incluso está obligado a investigar el contenido y vigencia de la norma extranjera aplicable por la remisión a ella de la ley española.

Planteada esta doctrina con claridad meridiana en cuanto a lo que debe ser la postura del juez respecto de la aplicación del derecho extranjero en el proceso, hay que efectuar una pequeña corrección respecto de un *obiter dictum* relativo a la carga de la prueba: Si el juez tiene el deber de investigar de oficio la ley extranjera aplicable, no puede hablarse de carga de la prueba, ni se puede echar mano de las reglas de la carga de la prueba, que sólo rigen donde impera el principio de aportación de parte. La falta de determinación del derecho extranjero aplicable debe conducir, en su caso, sea a la desestimación de la demanda por falta de fundamentos jurídicos, sea a la aplicación de los principios generales del derecho, o a aplicación de las reglas de mayor probabilidad (8).

(7) Vid. por todos Weser, M., *Convention communautaire sur la competence judiciaire et l'exécution des décisions*, Bruxelles, 1975, págs. 344 y ss.

(8) Vid. ampliamente mi estudio *La prueba del derecho extranjero*, RJCat. 1980, págs. 673 y ss.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

**JURISPRUDENCIA**

# PROCESAL CIVIL

Manuel Ortells Ramos
Profesor Adjunto de Derecho Procesal
Universidad de Valencia

SUMARIO:

1. Jurisdicción. — 2. Competencia. — 3. Acción. — 4. Partes; legitimación. — 5. Actos procesales. — 6. Prueba. — 7. Sentencia. — 8. Recurso de casación. — 9. Cosa juzgada. — 10. Proceso de revisión. — 11. Procesos especiales: retracto; ab intestato. — 12. Ejecución. — 13. Quiebra.

## 1. JURISDICCION

Pretensión de indemnización frente a Administración Pública por responsabilidad extracontractual.

S 19 febrero 1982 (RA 750)

*Los daños se produjeron en el desplazamiento de un gánguil de la Junta de Obras del Puerto para resguardarse de un temporal. Los tribunales civiles se declaran incompetentes en favor de los administrativos.*

CONSIDERANDOS: Que en el conflicto a que atañe el presente recurso, la actora AGRA, S. A., que había obtenido de la Dir. Gral. de Puertos y Señales Marítimas con fecha 15 de noviembre 1951 la concesión «para instalar una toma de agua de la Ría de Bilbao de 210 m³ por hora para refrigeración de sus instalaciones», con la expresa condición (cláusula 21.ª) de que «no podrá reclamar nunca contra la Junta cuando se origine un accidente, sea el que fuere», basa su pretensión indemnizatoria frente a la Junta del Puerto y Ría de Bilbao, en la causación de daños que la amura de babor del gánguil Ciervana, propiedad de este Organismo, ocasionó en la caseta de bombas de la recurrente el 14 noviembre 1974, cuando levó anclas para resguardarse del fuerte viento, maniobra en el curso de la cual vio obstaculizada su derrota por el gánguil Asua, atravesado en la Ría al haber alterado su rumbo las adversas circunstancias meteorológicas, de manera que el primer buque se vio precisado a parar sus máquinas, sufriendo un desplazamiento hacia la banda izquierda y sobreviniendo la colisión referida, que «no puede evitar aunque fondea al ancla de estribor y da atrás toda fuerza», según ha sido dictaminado en la causa

seguida por la jurisdicción de la Zona Marítima; demanda que la Sala de instancia desestima acogiendo la excepción de incompetencia por razón de la materia opuesta por la Abogacía del Estado, al entender que «el hecho se produjo a consecuencia del funcionamiento —normal o anormal— de un servicio público, el que tiene a su cargo la Junta del Puerto y Ría de Bilbao, para cuya prestación se sirve de medios materiales y personales, cual el gánguil en cuestión a su Capitán, que adscrito permanentemente a la realización del servicio de esa naturaleza, efectúa los trabajos propios del fin público perseguido, entre los que se entran los dirigidos a preservar o conservar las cosas del servicio —el gánguil en este caso— contra los riesgos del mar, que fue el fin del traslado del barco, con independencia de que fuese atinado o desacertado».

Que el primer motivo del recurso, amparado como los restantes en el ordinal sexto del art. 1692 de la L. E. Civ., denuncia la existencia de defecto en el ejercicio de la jurisdicción, infringiendo el art. 51 de la misma Ley y el 2.º, ap. a), de la reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativo, sosteniendo que en el momento de causarse los desperfectos el gánguil no estaba prestando un servicio público; alegación que no puede prosperar, pues si los preceptos supuestamente vulnerados se refieren a los «negocios» o «cuestiones de índole civil», mal podrá tener esta nota definitoria la maniobra de un buque de la Junta del Puerto y Ría de Bilbao que trata de zafarse de los peligros del temporal, ya que se olvida que a la actividad de servicio público prestada en régimen jurídico administrativo de descentralización pertenecen los medios materiales precisos para satisfacer directamente la concreta necesidad pública, y por consiguiente cuando el Capitán de navío procura ponerlo a cubierto de los peligros del temporal no está actuando con arreglo a normas de derecho privado sino en la propia dinámica de la Administración pautada por aquel régimen, hipótesis que ninguna semejanza guarda con la analizada por esta Sala en la precitada sentencia de 20 marzo 1975, invocada en el recurso, pues allí se trataba de acción dirigida en primer término contra el conductor de un vehículo perteneciente al Patrimonio Forestal del Estado (y para caso de insolvencia contra ICONA y el PMM en condena solidaria) por conducta culposa en la circulación por carretera.

Que tampoco puede prosperar el motivo segundo, que aduce indebida aplicación del art. 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, ya que incurre en el erróneo aserto de que el gánguil no prestaba un servicio público al tiempo de producirse el suceso dañoso, cuando es manifiesto lo contrario según se expuso, y por otra parte no cabe someter a un tratamiento similar los riesgos y accidentes de la navegación con los creados por el tráfico en las vías de uso público a fin de llevar también a la jurisdicción civil las cuestiones provocadas por los primeros; desestimación que igualmente ha de tener lugar, con base en los mismos fundamentos, por lo que toca al motivo tercero, apoyado en infracción por violación del art. 41 de aquella Ley, pues ni cabe sostener, con evidente desatención a las circunstancias en el hecho enjuiciado, que la Administración actuaba en relaciones de derecho privado, ni es permitido utilizar frases aisladas de la antecitada sentencia de 20 marzo 1975, arrancándolas del total contexto que las colores y prescindiendo del caso singular a que responden, carente de la menor afinidad con la situación que el recurso analiza, para construir una tesis general que de tal resolución no se desprende.

Que el motivo cuarto del recurso reprocha a la Sala de instancia violación del art. 78, párr. 1.º, de la referida Ley de 26 de diciembre 1958, reguladora del régimen jurídico de las Entidades Estatales Autónomas, que entiende cometida al desconocer la decisión combatida que, a tenor de tal precepto, contra los actos no sujetos al derecho administrativo dimanantes de esos organismos podrán los interesados ejercitar ante los Tribunales de la jurisdicción ordinaria las acciones que correspondan, y es claro en su parecer que el hecho de trasladarse una embarcación de una dársena a otra que cree más segura no puede conceptuarse realización de un servicio público; pero el motivo ha de correr la suerte de los anteriores, pues si tales reclamaciones proceden «en la misma forma y con los mismos requisitos establecidos a este respecto para la Administración centralizada», como el precepto previene, dicho queda que la particularidad de que el gánguil, en el momento que navega para escapar a los peligros del temporal, no estuviese cargado con los lodos extraídos en las operaciones de dragado de la ría, no por ello deja de ser un buque destinado a la prestación de un servicio público, de cuyos elementos materiales forma parte y por desarrollada por el ente público Junta consiguiente adscrito a la actividad del Puerto y Ría de Bilbao a pesar de que en el instante de la colisión no transportase fangos.





## 2. COMPETENCIA TERRITORIAL

ATRIBUCIÓN DE LA MISMA POR ACUMULACIÓN.

S 25 enero 1982 (RA 308)

*Se produce una acumulación de autos de dos juicios ejecutivos, ambos tramitados ante diferentes juzgados de Bilbao. En los autos más modernos el demandado había opuesto la excepción de incompetencia territorial. El juzgado dicta sentencia de remate en cuanto al procedimiento más antiguo y no entra en el fondo respecto al más moderno por estimarse incompetente.*

CONSIDERANDOS: Que como estableció esta Sala en su S. de 26 noviembre 1943 «la acumulación de autos regulada por la Sección Segunda, Tít. 4.º del Lib. 1.º de la L. E. Civ., produce, como uno de sus más destacados efectos, la modificación de las reglas que con respecto a la competencia territorial se establecen en la Sección 2.ª, Tít. 2.º, Lib. 1.º de la propia Ley, toda vez que como los juicios acumulados han de ser decididos por un único órgano jurisdiccional, según claramente se desprende del art. 186 del mismo Ordenamiento, es forzoso estimar que resultan inaplicables, en esta situación procesal, los criterios legales que, normalmente y sin esa acumulación, podrían atribuir la competencia a distintos Jueces y Tribunales, y se ha de regir ésta por un criterio especial y unitario, que es el que señala el artículo 171, párr. 2.º, de la tan repetida Ley, al prescribir que el conocimiento de los pleitos acumulados corresponderá «al Juez o Tribunal en que radique el pleito más antiguo, al que se acumularan los más modernos», sin más excepción que la que marca el párr. 3.º de ese mismo artículo para el caso de los juicios universales.

Que en el supuesto del presente recurso por quebrantamiento de forma, en que al pleito más antiguo —autos de juicio ejecutivo seguidos ante el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de los de Bilbao— se acumuló el más moderno —tramitado ante el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 2 de la misma capital—, la circunstancia de que en el pleito acumulado se hubiera planteado cuestión de competencia por declinatoria en razón al territorio, no puede llevar la consecuencia, habida cuenta de la procedencia de la estimación de dicha excepción, de que el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de los de Bilbao carezca de competencia para conocer de la cuestión planteada en el segundo pleito, posterior en el tiempo, ya que la competencia territorial, por operancia de la acumulación procedentemente decretada, quedó modificada en las reglas que la regulan por la pertinente aplicación de la preceptiva contenida en los arts. 171, párr. 2.º, y 186 de la L. E. Civ., preceptiva que imponía la desestimación por la sentencia recu-



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

rrida de la cuestión de competencia por declinatoria aducida en el repetido segundo pleito por la parte demandada.

Que por lo expuesto el recurso de casación por quebrantamiento de forma articulado por la parte actora en los referidos procedimientos de juicio ejecutivo acumulados, al amparo del núm. 6.º del art. 1693 de la L. E. Civ. al efecto invocado y por haber incidido la sentencia recurrida en la infracción del párr. 2.º del art. 171 de la propia Ley que le sirve de fundamento, ha de prosperar.

ACUMULACIÓN DE ACCIONES.

S 27 enero 1982 (RA 311)

*En la demanda (presentada ante juzgado de Madrid) se pretendió que los demandados cesaran en el disfrute de los bienes de una herencia hasta que se realizara el inventario y, además, que rindieran cuentas de su gestión hasta el momento, con reintegro a la herencia del saldo deudor.. Los demandados promovieron cuestión de competencia por inhibitoria ante el juzgado de su domicilio (La Coruña).*

CONSIDERANDO: Que en la demanda del pleito de mayor cuantía, promovido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Madrid, que ha dado origen a la presente cuestión competencial por inhibitoria, planteada ante el Juzgado de igual clase número 1 de La Coruña, se solicita, como petición principal, y en el ap. A) del suplico de aquélla, el cese, por los demandados «en el goce y disfrute de los bienes de la herencia de don Emilio C. G., que pudiera corresponderles como herederos usufructuarios del mismo, hasta tanto una vez realizados lo que se pide en los siguientes apartados no formen con citación de los nudo-propietarios, inventario de todos ellos, haciendo tasar los muebles y describiendo el estado de los inmuebles», es decir que la acción ejercitada es de naturaleza real sobre bienes inmuebles, uno de los cuales —finca urbana o conjunto industrial destinado a almacén de maderas, de unos 4.061 m² de superficie—, se halla sito en la zona de ensanche de Madrid, haciéndose peticiones, en los aps. B) y C), de carácter personal, tales como una rendición de cuentas y reintegración a la herencia yacente de dicho causante del valor de lo dispuesto o dañado y los frutos naturales, industriales y civiles de los bienes que los demandados detentan, o su valor, es decir, que al tiempo que se ejercita una acción, como lo es la real, tendente a reclamar un derecho sobre determinados bienes frente a unos supuestos detentadores de los mismos, con carácter absoluto y entera independencia de toda obligación personal por parte de los demandados, el cumplimiento de las de esta naturaleza son objeto de otras distintas peticiones, consecuencia de la primera, sin que en ninguna de las peticiones del suplico de la demanda conste, contrariamente a lo que los demandados que han promovido la presente cuestión de competencia, afirman petición alguna de condena a éstos para que formen inventario de los bienes que constituyen el objeto del usufructo a que anteriormente se ha hecho alusión, de todo lo cual se deduce que viniendo determinada normalmente la competencia por la clase de acción que se ejercita, cuya naturaleza es la propia es la de los derechos de que dimanan, y a cuya efectividad van encaminadas con su ejercicio, y la condición de real, tiene la que en el presente caso se ejercita en solicitud de la primera de las peticiones de la demanda, que se funda en el dominio que a la actora compete, como nuda-propietaria, sobre los bienes objeto del usufructo cuya extinción se solicita por ésta, es visto que, conforme a lo dispuesto en la regla 3.ª del art. 62 de la L. E. Civ., la competencia para conocer de la misma corresponde al Juzgado del lugar donde los bienes objeto de la acción radiquen, mas siendo diversas acciones las que se ejercitan cuyo lugar de cumplimiento de los derechos que las originan es distinto, ha de estarse, en primer lugar, a la entidad cualitativa de los derechos reclamados, y cuando, como en el presente caso acaece, se ejercita una acción real que sirve de base y fundamento a las demás ejercitadas, esa acción real, por ser la fundamental, es la que ha de determinar la competencia, conforme declara la reiterada jurisprudencia de esta Sala —SS., entre otras, de 29 septiembre 1931, 13 diciembre 1932, 24 marzo 1933, 22 marzo 1946, 22 marzo 1947, 17 marzo 1950, 23 septiembre 1966, 21 septiembre 1967 y 21 junio 1971— por lo que, en aplicación de esta doctrina a la cuestión de competencia objeto de estas actuaciones, suscitada por la inhibitoria planteada por uno de los demandados, resulta obligado decidirla en favor del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Madrid, de conformidad con el dictamen del M.º Fiscal y con la regla 3.ª, párr. 2.º, del art. 62 de la L. E. Civ., siendo de cargo de cada una de las partes las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

## 3. ACCION

DIES A QUO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA POR LESIONES CAUSADAS EN ACCIDENTE DE TRÁFICO.

S 1 marzo 1982 (RA 1277)

*Se presenta la demanda pretendiendo condena a indemnización cuando había transcurrido más de un año desde que se dictó auto de sobreseimiento en proceso penal seguido por los mismos hechos.*

CONSIDERANDOS: Que el motivo 1.º del recurso denuncia, al amparo del núm. 1.º del art. 1692 de la L. E. Civ., infracción, por interpretación errónea, del art. 1969, relacionado con el 1968, núm. 2.º, ambos del C. Civ., por estimar el recurrente que ejercitándose en el pleito una acción nacida al amparo de los arts. 1902 y 1903 del C. Civ., en relación con el art. 1968, núm. 2.º, del mismo Cuerpo legal, la que prescribirá por el transcurso de un año, tal plazo ha de contarse, conforme indica el citado art.. 1969 a partir del día en que pudiera ejercitarse, pero si se tiene en cuenta, dice el recurrente, que se siguió un procedimiento penal, lo que impedía el ejercicio de la acción civil hasta tanto no terminase éste, según dispone el art. 111 de la L. E. Crim., y que dicho proceso penal terminó por auto de 15 marzo 1976 en el que se acuerda el archivo de las actuaciones por no ser los hechos constitutivos de infracción penal, es de advertir que el art. 10 del Texto Refundido de la L. de 24 diciembre 1962 sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor, aprobado por D. 21 marzo 1968, establece, de modo imperativo, que «antes de acordar el archivo de la causa, el Juez o Tribunal que hubiese conocido de la misma dictará auto, en el que se determinara la cantidad líquida máxima que pueda reclamarse como indemnización de los daños y perjuicios sufridos, por cada perjudicado amparados por dicho seguro obligatorio», por lo que, sigue afirmando el recurrente, no puede entenderse terminado el proceso penal mediante el archivo del mismo mientras no recaiga tal auto ejecutivo, en el que, precisamente, se fija el importe máximo de las indemnizaciones a reclamar, dato éste esencial y básico para que el perjudicado pueda ejercitar separadamente la acción civil directa o no, en atención a si tal cantidad no cubre o, por el contrario, es suficiente para cubrir todos los daños y perjuicios que con ocasión del accidente le hayan sido producidos.

Que al resolver sobre dicho motivo 1.º de impugnación de la sentencia recurrida, ha de tenerse en cuenta que habiéndose seguido en el presente caso diligencias previas de índole penal, en averiguación de si los hechos determinantes del accidente, del que deriva la acción civil ordinaria que en el pleito origen de este recurso se ejercita, eran constitutivos de delito, es evidente la



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

imposibilidad de ejercitarla antes de que ese proceso penal terminase, en aplicación de lo que los arts. 111 y 114 de la L. E. Crim. disponen, lo que necesariamente supone, para que la vía civil quede expedita, la total y absoluta conclusión de dichas diligencias penales, y como en el caso presente ese proceso punitivo se siguió como consecuencia de un accidente de tráfico que dio lugar a las lesiones, con gravísimas secuelas, sufridas por el recurrente, lo que motivó la aplicación del anteriormente citado Texto refundido, el art. 10 del mismo, como anteriormente ha quedado expuesto, previene, con carácter preceptivo, cuando, como en el supuesto del pleito acontece, termina el procedimiento penal sin declaración de responsabilidad y sin que el perjudicado hubiese renunciado a la acción civil, el dictar auto que ha de servir de título ejecutivo, fijando la cantidad líquida máxima que por esa vía de ejecución puede reclamarse como indemnización por los daños y perjuicios sufridos, y amparados por el seguro obligatorio, de lo que de una manera indudable se infiere que esta resolución judicial se dicta por el órgano jurisdiccional penal y dentro del proceso de esta naturaleza, constituyendo la última actuación del mismo, por lo que la fecha de su notificación ha de ser, en todo caso, la que establezca el punto de arranque del plazo de prescripción y no la de notificación del auto de archivo de las actuaciones, dictado antes de aquél cuando lógicamente ha de dictarse, y así se infiere el citado artículo 10 del Texto refundido, al tiempo o después del auto ejecutivo, siendo por tanto la fecha de 7 diciembre 1976 la que ha de tenerse en cuenta en el caso de autos, siendo ésta la doctrina jurisprudencial de esta Sala, contenida, entre otras, en las sentencias de la misma de 2 julio y 17 diciembre 1979 y 31 marzo y 31 octubre 1981.

Que independientemente de lo expuesto en el considerando que antecede, es de tener en cuenta, además, que de todo evento dañoso acaecido a causa de la circulación de vehículos de motor, pueden hacer dos acciones civiles perfectamente diferenciadas, como lo son la especial ejecutiva, derivada del seguro obligatorio, y la ordinaria de reclamación de daños y perjuicios, ambas compatibles, como así se deduce del art. 4.º del Texto refundido al que con anterioridad se ha hecho referencia, si bien ofrecen características distintas una y otra, pues la cuantía de la indemnización exigible por la primera está limitada legalmente, es de naturaleza objetiva y va dirigida contra la Compañía que responde del seguro obligatorio, mientras que la acción ordinaria tiene su base en la culpa autor del acto causante de los daños extracontractual y se dirige contra el que son objeto de reclamación o contra la persona que viene obligada a responder por los actos culposos de otra, al amparo de los arts. 1092 y 1093 del C. Civ., sin que la cantidad a reclamar en concepto de esa indemnización tenga limitación alguna legal y puede el perjudicado señalar, a este respecto, la que estime conveniente a ese efecto indemnizatorio, y como aun teniendo ambas acciones un origen común, su trayectoria procesal se diversifica es indudable que la interferencia de una y otra, de seguirse al mismo tiempo, podría dar lugar a decisiones contradictorias, lo que hace haya de tener prioridad la ejecutiva, nacida del contrato de seguro obligatorio, sobre la ordinaria, de la que se deduce la necesidad para el perjudicado de ejercitar antes aquélla y agotar sus trámites hasta la resolución definitiva, a partir de la cual podrá actuarse la ordinaria en el plazo legal de un año, establecido en el art. 1968, núm. 2.º del C. Civ., libremente y sin obstáculo alguno, por lo que es visto que es el auto ejecutivo, al señalar la cantidad que por esa vía puede reclamar de la Compañía que asumió el seguro obligatorio del vehículo causante del siniestro, el que facilita al interesado el ejercicio de su derecho, ya que entonces podrá decidir si la cantidad en él señalada es o no suficiente a cubrir todos los daños y perjuicios que se le hayan originado como





consecuencia del accidente, en cuyo caso, si aquélla no es bastante a estos efectos, habrá de esperar a la decisión firme del proceso de ejecución para poder ejercitar la acción ordinaria, compatibilizando así ambas acciones la segunda en forma subsidiaria, por la diferencia hasta obtener el resarcimiento en la suma que el perjudicado estime adecuada, por lo que, en este supuesto, el plazo de prescripción de la acción ordinaria comenzará a transcurrir a partir de la firmeza de la resolución recaída en el procedimiento ejecutivo, y en todo caso no puede empezar el cómputo de dicho plazo antes de la firmeza del auto ejecutivo, como así lo tiene declarado la jurisprudencia en sentencias de esta Sala, entre otras, de 2 julio y 17 diciembre 1979, 14 octubre 1980, 28 marzo, 22 octubre y 23 noviembre 1981, y como en el caso presente están de acuerdo las partes, según consta de sus respectivos escritos de demanda y contestación, que el auto ejecutivo fue dictado en 7 diciembre 1976, fijando la cantidad máxima a reclamar en 430.000 ptas., que fue abonada en 1 marzo 1977 por la Compañía aseguradora, después de haber promovido el hoy recurrente el juicio ejecutivo ante la inicial negativa de aquélla a su pago, habiéndose presentado la demanda del pleito ejercitando la acción ordinaria en 26 octubre del mismo año 1977, claramente se advierte que no había transcurrido el año ni desde la firmeza del auto ejecutivo, que fue dictado en 7 diciembre 1976, ni mucho menos desde el día en que el procedimiento ejecutivo terminó por el pago de la suma fijada en dicho auto, por lo que, tanto por lo expuesto en el considerando precedente como en éste, es visto la errónea interpretación dada por la Sala de instancia al artículo 1968, ambos del Código sustantivo, al estimar como punto de arranque para el cómputo del plazo prescriptivo de la acción ejercitada, la fecha de notificación del auto dictado por el Juez instructor ordenando el archivo de las diligencias previas penales, pues el válido, como ha quedado expuesto, es el de notificación del auto ejecutivo, preceptivo conforme a las normas que regulan el seguro obligatorio, según dispone el art. 10 del Texto legal refundido de 21 marzo 1968 o, caso de haberse seguido el procedimiento ejecutivo, el de la firmeza de la resolución definitiva recaída en el mismo, razonamientos éstos que obligan a acoger el motivo.

*En el mismo sentido S 8 marzo 1982, RA 1291; S 17 marzo 1982, RA 1382; S 29 marzo 1982, RA 1508.*

## 4. PARTES

LEGITIMACIÓN. LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO.

1) S 30 enero 1982 (RA 337)

*El demandado entiende que para la división de la comunidad sobre el derecho de traspaso de locales arrendados, debió dirigirse también la demanda frente a la arrendadora, pues ésta se verá afectada por la sentencia en su declaración, previa a la estimación de la acción divisoria, de ser uno o dos los arrendatarios.*

CONSIDERANDOS: Que ciertamente la doctrina recogida en las sentencias que se citan en el recurso, a las que pueden añadirse las de 5 julio 1976, 12 marzo 1977, 9 marzo 1979 y 21 abril 1979 y otras, ha establecido que, cuando la cuestión planteada afecta a quienes no han sido llamados al proceso, debe estimarse mal constituida la relación jurídico procesal, con absolución en la instancia, para evitar la condena de quienes no han sido parte o la posibilidad de Sentencias contradictorias y que para apreciar la «exceptio plurium litis consortium» es indispensable que la parte no traída a juicio aparezca interesada en la relación controvertida, de manera que al no intervenir en el proceso la sentencia carecerá de eficacia y sus pronunciamientos inejecutables por no haber sido llamado al



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

debate uno de los sujetos integrantes de la situación conflictiva.

Que es también doctrina sabida, que matiza lo antes expuesto, según sentencia de 26 marzo 1979, que el problema del litis consorcio necesario, presupuesto procesal en nuestro sistema, tiene su base en una relación de derecho material que por afectar a varias personas, activa o pasivamente, exige una solución procesal unitaria o común en cuanto a los sujetos en aquélla implicados, bien por razón de una titularidad conjunta respecto de un patrimonio común, sea por obra de la indivisibilidad de las prestaciones, ora por referencia a materias de estado civil y con relación a las personas estrictamente interesadas, o bien ante la existencia de terceros a los que la sentencia puede afectar en su interés legalmente protegido, por lo que, en este aspecto, si la relación de derecho material, la vinculación de las personas a una situación jurídica o a una relación obligacional no aparece evidente, bien por ajenidad al acto o relación jurídica (art. 1257 del C. Civ.), o porque los efectos de la cosa juzgada no van a repercutir en las mismas debido a los límites propios de aquélla (art. 1252 del C. Civ.), es claro que no puede hablarse de situación litisconsorcial, ni apreciarse la misma, ya de oficio, ya por denuncia de la parte, justamente porque entonces los no llamados al proceso están suficientemente garantizados en sus derechos sustantivos y procesales al permanecer intactas sus defensas de todo orden.

Que éste es justamente el caso de autos, en el que se ha denegado la excepción aludida en atención a la innecesariedad de traer al proceso a la arrendadora, omisión procesal que además aparece justificada por las siguientes razones: a) porque el tema discutido se refiere exclusivamente a la división de una cosa común, aquí el derecho de traspaso derivado de una situación de coarrendamiento entre los litigantes, uno de los cuales solicita su venta en pública subasta, con notificación previa a la arrendadora; b) porque no está en juego el contrato de arrendamiento en sí, sino la transmisión del derecho de los coarrendatarios a un tercero; c) porque sea o se considere que haya uno o dos arrendatarios, sólo habrá o podrá considerarse existente un único contrato, un solo precio de traspaso y una sola participación en él a favor de la arrendadora; d) porque en todo caso la arrendadora autorizó el traspaso y, aun no siendo así, habría de tolerarlo por disposición legal, como derecho reconocido a favor del arrendatario, siempre que se cumplan los requisitos legales; y, e) en fin, porque en uno u otro caso dicha arrendadora tiene salvaguardado su interés, aun sin intervenir en el juicio, por la propia Ley, en cuanto ésta le faculta para reconocer o no el traspaso en relación al cumplimiento de sus presupuestos taxativamente señalados en la Ley —arts. 29 y sigts. de la L. A. U.—, amén de conservar sus derechos de tanteo y retracto.

2) S 9 marzo 1982 (RA 1294)

*En la demanda se interpone una pretensión declarativa de dominio y, como paso previo, se pide la declaración de nulidad de un contrato de compraventa de la finca en cuestión. La demandada denuncia un litisconsorcio no respetado por el actor al no demandar también al que fue vendedor de la finca.*

CONSIDERANDOS: ...contra la sentencia, el recurso alza dos motivos, ambos al amparo del núm. 1.º del artículo 1692 de la L. E. Civ., por el concepto de violación, por falta de aplicación, de la doctrina legal contenida en las sentencias de esta Sala que cita y, en parte, transcribe; averiguándose por el desarrollo de estos dos motivos, que denuncian la falta de acogida de un litis consorcio pasivo necesario —que, a su juicio, hubo de conducir a una absolución de la demandada— significado por no haber sido parte en el juicio Ramiro P. G., quien, sin embargo, había sido parte en el concepto de





vendedor el 12 marzo 1947 y «se encuentra con una declaración de inexistencia e ineficacia del contrato en que fue vendedor, sin haber sido oído ni vencido»; apareciendo la violación por igual concepto de falta de aplicación significada también en que, con independencia de la situación litisconsorcial impuesta por el contrato de compraventa de 12 marzo 1947 al haber sido parte vendedora quien como Ramiro P. G. no ha sido demandado, de otra parte, la adquisición se hizo con dinero parafernal que se dice «producto de la administración de dichos bienes (parafernales) que lleva la señora C. M.» y «sin entrar en el problema de la eficacia de este tipo de manifestaciones, los productos de los bienes parafernales son bienes gananciales, y así lo establecen los arts. 1385 y 1401-3.º del C.. Civ.», siguiéndose que «Si el producto es ganancial también lo son los bienes con ellos adquiridos, por virtud de la subrogación» y «Por tanto, al no ser demandado el marido de la compradora, que se ve afectado por el fallo, se produce la infracción, por violación de la doctrina mencionada».

Que el litisconsorcio necesario es figura de construcción preferentemente jurisprudencial regida por el designio —véase, por todas y entre las últimas, la sentencia de esta Sala de 29 mayo 1981 de haber de cuidar los Tribunales de que el litigio se ventile con todos aquellos que puedan resultar afectados por la sentencia y en íntima dependencia con la búsqueda de la veracidad de la cosa juzgada que, a su vez, exige la presencia en el proceso de todos los que debieron ser parte en el mismo, hablándose así de que la excepción de litisconsorcio se debe acoger de oficio porque de no hacerlo se extenderían los efectos de la cosa juzgada a terceros no presentes en el pleito —S. de 2 marzo 1974, con numerosos antecedentes—, y se quebrantaría el principio de que nadie puede ser condenado sin antes ser oído y vencido en juicio —S. 28 noviembre 1974, también con antecedentes—, señalándose también en abono de la figura, la necesidad de evitar fallos contradictorios (11 febrero 1967 y 19 diciembre 1974, como más significativas); mas si, a través de las varias necesidades que se trata de satisfacer y de las declaraciones jurisprudenciales provocadas por cada una de ellas se ahonda en la estructura del litisconsorcio, se descubre que si la pretensión que constituye el objeto del proceso solamente puede proponerse válidamente (en el caso del litisconsorcio pasivo) contra varios a fin de obtener una única resolución para todos, es porque ocurre que existe una situación jurídica extraprocesal o de naturaleza material en la cual y según el derecho sustantivo regulador de ella, la consecución de los efectos pretendidos en el juicio exige de suyo la concurrencia de todas aquellas personas que merced a su interés en aquella situación, atraen la conceptuación de litis consortes y deben por esa calidad ser necesariamente integrados en la relación procesal, siguiéndose de esta consideración que el discernimiento entre las situaciones de litisconsorcio y las que no lo son, ha de ser investigada desde esta óptica o punto de vista formal; y, aplicando las antecedentes reflexiones al caso contemplado en el presente recurso se comprueba con el análisis de los preinsertos pedimentos de la demanda, que si se solicitó la nulidad del contrato de compraventa de 12 marzo 1947, que la sentencia pronuncia, no era para obtener con base en tal declaración (que es la que afectaría a Ramiro P. G.) algún efecto derivado de la ineficacia negocial (así la devolución de la cosa con sus frutos y correlativa percepción del precio con sus intereses), sino para reivindicar la finca objeto de la compraventa, que es lo que propiamente se persigue con los puntos segundo y tercero del petitum, de suerte que si en el primero se instó aquella declaración de inexistencia que el primer motivo del recurso reputa improsperable ante la ausencia del vendedor, no era para obtener —dígase una vez más— efectos secuentes inmediatamente de ella, sino para dar paso a los que propiamente se persiguen



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

mediante oponer al aparente título de propiedad significado por la compraventa de 12 marzo 1947, el prevalente de la solemnizada el 5 diciembre 1974 a favor del demandante, desenvolviéndose así la cuestión litigiosa, no en el plano de las obligaciones y contratos sino en el de la atribución actual del derecho de propiedad y de la correlativa titularidad registral, para todo lo cual no era necesario traer al juicio sino a quien, como la demanda, ostenta la titularidad del derecho tanto en el ámbito documentario, como en el tabular; aparte que, con las matizaciones que se quieran, pero inconmoviblemente, como se recoge en los antecedentes preinsertos, a la anulación del expediente de apremio por la Delegación de Hacienda de La Coruña que arrastra la del título originario de Victoriano G. M., se sigue la del de Ramiro P. G., inmediato causante de la demandada M.ª Aurea C. M., según P. reconoció expresamente en el conciliatorio de 28 abril 1948 frente a los causahabientes de Eduardo F. y F., deudor apremiado indebidamente, y en escritura pública de 10 febrero 1976, por todo lo cual lo que el juicio persigue es la identificación de los terrenos y la regularización de la titulación fuera y en el Registro de la Propiedad, siendo patente la innecesariedad de litigar para ello con Ramiro P. G., concluyéndose sin esfuerzo la improsperabilidad del motivo primero.

## 5. ACTOS PROCESALES

EMPLAZAMIENTO.

S 2 marzo 1982 (RA 1279)

*Con motivo del emplazamiento para contestar la demanda se viene en conocimiento de que uno de los demandados había trasladado su residencia a Buenos Aires. El actor pide al juzgado que los actos de comunicación se entiendan con aquel demandado como si se hallara en ignorado paradero. Este demandado interpone recurso de casación en base al art. 1693-1.º.*

CONSIDERANDO: Que si ciertamente el art. 1693 de la L. E. Civ., en su número 1.º, previene la procedencia de quebrantamiento de forma, determinante de casación por tal causa, cuando falte emplazamiento, en primera o segunda instancia, de las personas que hubieran debido ser citadas para el juicio, tampoco cabe desconocer, cual hace la parte recurrente, que para ello se requiere, por ser el supuesto que dicho precepto contempla, que el emplazamiento falte, lo que no ha sucedido en el presente caso, desde el momento en que se produjo en la modalidad regulada en el art. 269 de la L. E. Civ., por manifestar el demandante su desconocimiento de que se hallase en la Argentina y estimar que la demandada a emplazar doña Dolores L. N. se encontraba en paradero desconocido; y sin que a ello obste la circunstancia de que la también demandada, emplazada en persona, doña Carmen L. N., hermana de doña Dolores, hubiese manifestado que entonces el domicilio de ésta era en la calle de Menéndez de Andes, núm. 1.969, de la ciudad de Buenos Aires, en la República Argentina, pues no aceptada esa manifestación por el demandante don José María C. Y., que asignó ausencia en ignorado paradero, lo adecuado era hacerlo por el Juzgado, cual ha efectuado, en virtud del principio de rogación imperante en nuestro ordenamiento procesal civil, conforme a la normativa para tal situación en el orden procesal, pues de haber acudido a ella el precitado demandante con constancia del adecuado y exacto conocimiento del real domicilio del demandado al que atribuye ausencia en ignorado paradero, impidiendo efectuar el emplazamiento en forma personal y generando con ello una situación fraudulenta a fines impeditivos de una adecuada defensa, en manera alguna sería determinante de posibilitar formulación de recurso de casación por quebrantamiento de forma, sino de revisión que considera el núm. 4 del art. 1693 de la L. E. Civ., por causa de maquinación fraudulenta, con base en encaminarse el demandante a impedir que la mencionada demandada doña Dolores L. N., ahora recurrente, se enterase de su llamada a juicio y poder defenderse en él adecuadamente, como ha contemplado esta Sala en sentencias, entre otras, de 31 enero 1941, 9 junio 1953, 19 diciembre 1961, 19 octubre 1962, 28 febrero 1968, 14 abril 1970 y 11 junio 1971.





## 6. PRUEBA

INADMISIBILIDAD POR IMPERTINENCIA O INUTILIDAD.

S 5 marzo 1982 (RA 1283)

*El actor volvió a proponer en segunda instancia determinadas pruebas —cuya relación con el tema del pleito se expone en los considerandos que siguen— que fueron inadmitidas por la Sala.*

CONSIDERANDOS: Que al amparo del ordinal tercero del art. 1693 de la L. E. Civ., concretamente por falta de recibimiento a prueba en segunda instancia, se formula el presente recurso de casación por quebrantamiento de forma, acusando la infracción de los núms. 1.º y 2.º del art. 862 de la referida Ley, habiéndose solicitado por el recurrente el meritado recibimiento a prueba para la práctica de la pericial caligráfica de cotejo de firma, denegada en primera instancia, documental atinente a certificación del Registro General de Actos de Ultima Voluntad y de cotejo con su matriz de las copias autorizadas de dos testamentos abiertos, otorgados ante Notario, obrantes en autos, aduciéndose respecto a las dos últimas citadas pruebas que, declarada su procedencia no se pudieron practicar por causa de no imputable al mencionado recurrente.

Que a tenor de lo dispuesto en el artículo 565 de la L. E. Civ. la prueba que se proponga se concretará a los hechos fijados definitivamente en los escritos de réplica y dúplica o en los de demanda y contestación y en los de ampliación, en su caso, que no hayan sido confesados llanamente por la parte a quien perjudique, añadiendo el artículo 566 de la propia Ley que los Jueces repelerán de oficio las pruebas que no se acomoden a lo establecido en el artículo anterior, y todas las demás que sean, a su juicio, impertinentes o inútiles, siendo impertinentes, según reiterada Jurisprudencia de esta Sala, las que no tienen conexión ni enlace con los hechos fundamentales del pleito, o no tienen influencia alguna para resolver la cuestión controvertida.

Que en el caso de la litis a que el recurso se contrae se pretende la ineficacia de un testamento abierto otorgado ante Notario con el único y exclusivo fundamento fáctico de que «el precitado testamento de fecha 26 junio 1970 se estima nulo de pleno derecho, al no haber constancia del mismo en el Registro General de Actos de Ultima Voluntad», por lo que se procedía a impugnarlo con la finalidad de que se declarase su nulidad, y la validez, total, del testamento de fecha 16 mayo 1969.

Que el propio recurrente a su escrito de demanda acompañó sendas copias autorizadas de los dos testamentos antes referidos, asumiendo la autenticidad y exactitud de tales copias, ya que en relato alguno de su precitada demanda la cuestiona, por lo que, de conformidad a lo preceptuado en la Regla Primera del art. 597 de la Ley Procesal Civil, han de tenerse por legítimas y eficaces sin necesidad de cotejo.

Que resalta la corrección de la resolución de la Sala 2.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona denegando el recibimiento a prueba en segunda instancia, por cuanto: a) la pericial caligráfica, también denegada en la primera, al objeto de dictaminar sobre la autenticidad de la firma del Notario, autorizante del testamento de fecha 26 junio 1970, obrante en la matriz incorporada a su protocolo, se re-



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

fiere a cuestión totalmente ajena a los hechos fijados definitivamente en la demanda y contestación y como tal claramente impertinente, ya que, en otro sentido, no se parte de la afirmación de la existencia de determinados hechos, sino que se intenta con la prueba su averiguación, lo que es contrario a la naturaleza de los litigios de índole civil en que está vedado probar por procedimientos inquisitivos; b) la documental referente a que se libre oficio al Registro General de Actos de Ultima Voluntad para que remita certificación en relación a los testamentos otorgados por doña Rosa J. J., sino que practicado en primera instancia se debe exclusivamente a causa imputable al aquí recurrente que no acompaña al proponerla, omisión en que, también, incurre al articularla en segunda instancia, la certificación de defunción de la referida señora, certificación de defunción de ineludible exigencia para que el Registro General de Rctos de Ultima Voluntad expidiera la que se le interesaba, conforme a lo imperativamente dispuesto en el art. 7 del Anexo 2.º al vigente Reglamento Notarial de 2 junio 1944; y c) la prueba de cotejo con sus originales de las copias autorizadas de los testamentos otorgados por doña Rosa J. J., con fechas 16 mayo 1969 y 26 junio 1970, al haber acompañado con su demanda dichas copias al propio recurrente, haciendo alusión a las mismas sin cuestionar en momento alguno su autenticidad o exactitud, comportaba la consecuencia de que se tuvieran por legítimas y eficaces sin necesidad de cotejo, apareciendo, en su consecuencia, dicha prueba como impertinente, estando fuera de toda lógica que el litigante que aporta un documento público para fundamentar su pretensión, trate de cuestionar en período probatorio la veracidad de su contenido.

## 7. SENTENCIA

CONGRUENCIA.

1) S 11 enero 1982 (RA 186)

*El actor pidió condena a que se realizasen las obras de derribo y reconstrucción que correspondan, que quedarán concretadas en período probatorio, para dejar el edificio referido en las debidas condiciones de solidez, seguridad y correcta entrega y, de no hacerse, que se realizaran a costa del condenado. El pronunciamiento de condena no contiene la referencia a los vicios de construcción que han quedado probados y deben corregirse. El condenado lo impugna por incongruente.*

CONSIDERANDO: Que la exposición fáctica contenida en el precedente, expresamente reconocida en el recurso planteado en cuanto se establece en él como presupuesto básico de su fundamentación, conduce a la resolución desestimatoria de dichos motivos primero, segundo y tercero que le sirven de apoyo, formulados, respectivamente, los dos primeros al amparo del número 2.º del art. 1692 de la L. E. Civ., y el tercero amparado en el núm. 3.º del mismo precepto legal procesal, por entender el recurrente incide la sentencia recurrida en vicio de incongruencia, por violación del párr. 1.º del art. 359 de la mencionada L. Pro. Civ. y doctrina jurisprudencial que lo interpreta, a causa de no adaptación del fallo de dicha resolución impugnada a las pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, y también violación del invocado párr. 1.º del precitado art. 359, por concesión de más de lo pedido; porque, de una parte, en contra de lo apreciado por el referido recurrente, la circunstancia de que el fallo o parte dispositiva de la sentencia en cuestión al condenar al demandado, ahora recurrente, don Alfonso O. U. a que realice las obras de derribo y reconstrucción que correspondan para dejar el edificio descrito en el hecho primero



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez



de la demanda en las debidas condiciones de solidez, seguridad y correcta entrega, no lo supedita a las que quedaran concretadas en período probatorio, como se consignaba en su súplica de la demanda inicial, en manera alguna es significativo de falta de congruencia con las pretensiones deducidas por los litigantes, ya que lo esencialmente solicitado en dicha súplica se contrae, siendo la base fundamentadora de la «causa petendi», o razón de pedir, es que, una vez acreditadas deficiencias constructivas, se procede a la realización de las correspondientes obras de derribo y reconstrucción para que el edificio en cuestión quede en las debidas condiciones de solidez, seguridad y correcta entrega, siendo un mero aspecto complementario su remisión a las que se concreten en período probatorio, cuya omisión el único efecto que produce es su precisión en fase procesal de ejecución de sentencia, a la que ciertamente ya se está remitiendo la propia demandante doña Juana Dominica T. S., cuando, como complemento a la condena pretendida, insta el apercibimiento de que no haciendo el condenado las correspondientes obras en el plazo de iniciación y terminación que le sea señalado en la correspondiente sentencia, serán efectuadas por la expresada demandante, y a costa del condenado, con exacción en fase de ejecución de sentencia, y lo considera igualmente la Sala sentenciadora de instancia asimismo como complemento de la declaración de condena, al apercibir al condenado, ahora recurrente, don Alfonso O. U., de que no realizando las obras tan mencionadas que correspondan en el plazo de seis meses a partir de la firmeza de la resolución que las acuerde, serán efectuadas por la demandante a costa del expresado condenado, y puesto que lo en definitiva cuestionado en la litis planteada es el reconocimiento de obra realizada defectuosa e incompletamente —lo que ha sido reconocido en la sentencia recurrida, sin ataque alguno por el cauce o vía adecuado, con el consiguiente efecto de hecho incólume en casación— y la realización de las obras precisas para que los defectos existentes desaparezcan y sea completada la obra no ultimada adecuadamente; y, de otra parte, debido a que, también contrariando tesis del tan aludido recurrente, el acuerdo judicial de realización de las expresadas obras que correspondan en orden al edificio afectado por la litis entablada, para dejarlo en las debidas condiciones de solidez, seguridad y correcta entrega, no determina concesión de más de lo pedido, puesto que no rebasa lo solicitado en la demanda originadora del juicio motivador de este recurso, sino que guarda acomodo a lo en él pretendido, puesto que las obras tan citadas a los efectos indicados, bien lo fueran referidas a las que fuesen específicamente concretadas en período probatorio, o a las que fueren precisas y se acreditaren como tales, también específicamente, en fase de ejecución de sentencia, siempre enmarcan, en ambos supuestos, dentro del ámbito genérico, pretendido en la súplica de la demanda y que es esencial de ésta, de obras de derribo y construcción que correspondan para dejar el edificio tantas veces mencionado en las debidas condiciones de solidez, seguridad y correcta entrega.

2) S 26 enero 1982 (RA 309)

*Se impugna la sentencia por incongruencia a causa de que ésta condenó al cumplimiento de un contrato de compraventa, cuando el debate había quedado centrado en una promesa de venta.*

CONSIDERANDO: Que acogido al número 2.º del art. 1692 de la L. E. Civ., el motivo 1.º denuncia la infracción por violación, a causa de su no aplicación, del párr. 1.º del art. 359 de dicha Ley y Jurisprudencia que cita, por estimar los recurrentes que la sentencia impugnada, no es congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, ya que, según aquéllos, el Tribunal de instancia, separándose

del marco de los hechos debatidos —e incluso aceptados— por las partes, fundamenta su fallo en otros que no fueron objeto de debate, llegando en el primer considerando a la conclusión de que lo convenido entre las mismas fue un contrato de compraventa en favor de un menor representado por su tutor, y resolviendo sobre este motivo, ha de tenerse en cuenta que si bien el art. 359 anteriormente mencionado —como tiene declarado constante y reiterada doctrina jurisprudencial en sentencias, entre otras, de 10 junio 1951, 6 julio y 25 octubre 1952, 24 mayo 1954, 23 enero 1970 y 16 junio 1976— requiere para su efectividad la necesidad de que entre la parte dispositiva de la resolución judicial y las pretensiones deducidas oportunamente por los litigantes durante la fase expositiva del pleito exista la máxima concordancia y correlatividad, tanto en lo que afecta a los elementos subjetivos y objetivos de la relación jurídico-procesal, como en lo que atañe a la acción que se hubiere ejercitado, sin que sea lícito al juzgador modificarla ni alterar la causa de pedir o sustituir las cuestiones debatidas por otras, sin embargo también esa doctrina jurisprudencial —SS. de esta Sala de 21 noviembre 1963 y 21 diciembre 1966— tiene establecido que los Tribunales, en nuestro Ordenamiento positivo gozan de la facultad de indagar y escoger la norma jurídica aplicable al caso controvertido, aunque no la hubiesen invocado las partes, como así lo reconocen los apotegmas jurídicos «iura novit curia» y «da mihi factum et ego tibi dabo juris», si bien esta actuación de los Tribunales ha de estar subordinada a la iniciativa privada de los intereses, siendo obligada la vinculación de los hechos debidamente contrastados, mas en cuanto a las normas aducidas por las partes hay que combinarlas con los deberes y poderes del juzgador y, por ello, la no designación de norma por la parte, o su alegación errónea, no tendrá repercusión para la eficacia de la pretensión o defensa si el hecho fijado encaja en la norma que el juzgador estime correcta, a menos de una equivocación evidente, porque la acción se individualiza por el hecho —SS. de esta Sala de 26 octubre y 1 diciembre 1955— y, en consecuencia, sólo es posible la incongruencia por la alteración de la «causa petendi» y no por el cambio del punto de vista jurídico, por lo que, en aplicación del presente razonamiento al caso objeto del pleito origen de este recurso, es visto que, contrariamente a lo que afirma la parte recurrente, la Sala de instancia no se separa del «marco de los hechos debatidos» para fundamentar el fallo de la resolución recurrida sino que, por el contrario, los acepta plenamente, aunque calificándolos, a los efectos jurídicos procedentes, de modo distinto a la calificación que las partes les otorga, respecto a la cual, el Tribunal «a quo» llegó a la conclusión, tras interpretar el documento aportado con la demanda y cuya certeza fue reconocida por los demandados, que el contrato en él concertado es una compraventa y no una promesa de venta, interpretación esta última que es la dada por los litigantes, con la entrega de 500.000 pesetas, como parte del precio convenido, por el comprador y quedando aplazado el pago del recto, por lo que al decidir la sentencia de acuerdo con lo pedido por la parte actora, que no es otra que la de que se dé cumplimiento al contrato, es indudable que no sustituyó la pretensión procesal.

## 8. RECURSO DE CASACION

RESOLUCIONES IMPUGNABLES.

S 2 marzo 1982 (RA 1280)

*Se interpone recurso de casación por quebrantamiento de forma contra sentencia dictada por Audiencia provincial en apelación de un proceso de desahucio por precario.*

CONSIDERANDOS: Que, a consecuencia de las reformas introducidas por las leyes de 23 julio 1966 y 20 junio 1968, se ha variado sustancialmente el sistema de recursos y la competencia funcional en materia de juicios como el que en este recurso se trata, todo ello por derogarse por la primera ley los arts. 1587 y 1588 de la L. E. Civ., que autorizaban el recurso de casación contra las sentencias dictadas por los Jueces de Primera Instancia, en apelación de las de hoy Jueces de Distrito, en los juicios de desahucio, así como el art. 1689, en su núm. 2.º sobre la misma posibilidad de recurrir, a la vez que por la segunda ley de las citadas se alteraba la competencia respecto de dichas apelaciones, que pasó del Juez de Primera Instancia a la Audiencia Provincial territorialmente competente, pero sin que ello significara, según esta Sala ha declarado en otras ocasiones, una alteración del régimen de recursos en cuanto a la casación.

Que por ello, dictada la sentencia del recurso por la Audiencia Provincial en apelación de la del Juez de Distrito, en juicio de desahucio por precario, no cabe sino reiterar la improcedencia de su admisión por la Audiencia, ya que su resolución no cabe entenderla comprendida en la dicción «Auriencias» del núm. 1.º del artículo 1689 de la L. E. Civ., pues lo único que hizo la ley reformadora de 1968 fue sustituir al Juez de 1.ª Instancia por la Audiencia Provincial, y no otra cosa, criterio que sería otro, sin embargo, y así lo autoriza la ley, en el supuesto de que la sentencia de primer grado hubiera sido proferido por el Juzgado de 1.ª Instancia y vista en apelación por la Audiencia Provincial.

## 9. COSA JUZGADA

PRONUNCIAMIENTOS SOBRE RESPONSABILIDADES CIVILES DE SENTENCIA PENAL.

S 7 enero 1982 (RA 184)

*En proceso penal se dicta sentencia condenatoria al pago de cierta indemnización por responsabilidad civil. Por insolvencia del condenado, la condena sólo fue cumplida hasta el límite cubierto por el Seguro Obligatorio, satisfaciendo la cantidad la Sociedad aseguradora. El perjudicado reclama el resto del responsable y de la aseguradora en un proceso civil y la segunda opone cosa juzgada.*

CONSIDERANDO: Que el recurso se articula con tres motivos, amparándose los dos primeros en el núm. 1.º y el 3.º en el núm. 5.º del art. 1692 de la L. E. Civ.; procediendo que se comience con el examen de este tercero, en el que se alega ser el fallo combatido contrario a la cosa juzgada representada por la sentencia penal de 11 julio 1975 antes circunstanciada, excepción que fue oportunamente alegada en las dos instancias, argumentándose que la demandante y recurrida ejercitó en la causa criminal las acciones penales y «comoquiera que dicha perjudicada no se reservó el ejercicio de las acciones civiles, ha de entenderse utilizadas las mismas simultáneamente a las penales» por lo cual «quedó también consumida y ejercitada la acción civil derivada del delito» y «hay identidad de personas, puesto que si la Compañía de Seguros Mediodía, Sociedad Anónima, no fue parte en el procedimiento penal, sin embargo sí lo fue Teresa C. T. (la conductora, penada), que está unida a dicha Aseguradora por vínculos de solidaridad, con lo que se produce la identidad requerida, según se dispone en el párr. 2.º del expresado art. 1252 del C. Civ.»; y este motivo debe ser desestimado ínterin no se arbitra claramente la posibilidad procesal de dirigir el procedimiento contra las Aseguradoras dentro de las causas penales, removiéndose el obstáculo que actualmente impide el hacerlo y que se halla en sede de la prevención quinta, al final, del art. 784 de la L. E. Crim., a tenor de cuyo texto «En ningún caso y por concepto alguno la intervención en el proceso de tales entidades (aseguradoras), bancos o banqueros (llamados a afianzar las




Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

responsabilidades pecuniarias) podrá ser otra que la expresamente establecida en el párrafo anterior» que es la de garantizar las responsabilidades civiles que en definitiva puedan declararse procedentes; de tal suerte, que si, en principio, y conforme al art. 112 de la L. E. Crim., «Ejercitada sólo la acción penal, se entenderá utilizada también la civil, a no ser que el dañado o perjudicado la renunciase o la reservase expresamente para ejercitarla después determinado el juicio criminal si a ello hubiere lugar», pero, no obstante, ante aquel impedimento procesal debe concluirse, por ahora, mientras no se aplique de otro modo que, conforme a la normativa anterior a la Ley 50 de 1980, de Contrato de Seguro, las acciones derivadas de un contrato de Seguro Voluntario no resultan alcanzadas ni comprendidas en la general consunción que el proceso penal conlleva para cuantas otras acciones pudieran derivar de los hechos constitutivos de delito o falta y que, por el precepto últimamente invocado, deberían entenderse agitadas por ministerio de la ley, sin necesidad de expreso ejercicio ni por la parte perjudicada ni por la representación fiscal, obligada ésta, no obstante, a tal ejercicio conforme a lo que dispone el art. 108 en relación con el 100 de la misma L. E. Criminal.

## 10. PROCESO DE REVISION

LEGITIMACIÓN PARA INSTARLO.

S 8 marzo 1982 (RA 1292)

*Interpone el recurso de revisión quien no fue parte en el proceso anterior.*

CONSIDERANDO: Que si bien es cierto que la sentencia de esta Sala de 20 abril 1950 declaró que el recurso extraordinario de revisión sólo podían interponerlo quienes hubiesen sido parte en el proceso cuya sentencia es objeto de aquél, posteriormente, y por sentencia de 23 noviembre 1962, ha declarado que tal capacidad para promover dicho recurso ha de reconocerse también, considerándoles legitimados para ello, a todos aquellos que por estar directamente interesados en el resultado del pleito que da lugar a la revisión debieron ser llamados a él, pues lo contrario equivaldría a tolerar que, a más de no ser oídos en el proceso negándoles los medios de sus posibles derechos, privándoles de uno de los recursos que la Ley concede, sobre todo teniendo el carácter de extraordinario, por lo que, en principio y dadas sus alegaciones en orden a la necesidad de haber sido también demandado, ha de reconocerse que la recurrente está legitimada para instar la revisión de la sentencia recaída en el juicio de desahucio por precario seguido por el hoy recurrido contra el padre de aquélla, teniendo en cuenta, como el Ministerio Fiscal manifiesta, las especiales circunstancias que en la misma concurren, como son la de haber sido la vendedora de la vivienda a quien ejercitó la acción de desahucio, la cual, dice, venía ocupando juntamente con su padre, haber seguido pagando los recibos de contribución y gastos de la comunidad de propietarios después de la venta e, incluso, las costas de la apelación, lo que viene a caracterizarla como un tercero que la legitima para solicitar la revisión, sin que ello suponga necesariamente la procedencia del recurso en tal condición promovido, por cuanto ello está supeditado a la prueba de los hechos alegados y a la naturaleza de los mismos en orden a la fraudulenta maquinación denunciada, al amparo del núm. 4.º del artículo 1796 de la L. E. Civil.

## 11. PROCESOS ESPECIALES

RETRACTO. EFICACIA DEL ACTO DE CONCILIACIÓN EN ORDEN A TENER POR EJERCITADA LA ACCIÓN DENTRO DE PLAZO.

S 16 febrero 1982 (RA 741)





*El demandado funda el recurso en la falta de eficacia del acto de conciliación para el ejercicio de la acción de retracto.*

CONSIDERANDO: Que en el primer motivo se denuncia la interpretación errónea del párr. 4.º del art. 16 del Regl. de Arrendamientos rústicos de 29 abril 1959, intentan demostrar que la acción de retracto fue interpuesta ya transcurrido el plazo de caducidad establecido por dicho precepto, mas no tiene en cuenta que formulada la conciliación y consignado el precio de la venta dentro de dicho plazo, es evidente que el derecho fue reclamado dentro del término de caducidad fijado por la Ley sin que al recurrente le sea lícito hacer una interpretación legal distinta a la efectuada por la Sala.

«AB INTESTATO». EFICACIA DE LA PARTICIÓN APROBADA JUDICIALMENTE.

S 3 febrero 1982 (RA 374)

*La actora interpuso acción reivindicatoria fundándola en que el bien le había sido atribuido en partición aprobada en juicio de* ab intestato *y a la que el demandado no hizo oposición.*

CONSIDERANDOS: Que rechazada demanda entablada por la recurrente en ejercicio de acción reivindicatoria contra su hermano, ahora recurrido, sin invocar otro título legitimador que la adjudicación de la finca en las operaciones divisorias efectuadas en el mencionado juicio de abintestato, el primer motivo del recurso denuncia, por el cauce del núm. 1.º del art. 1692 de la Ley Procesal, violación por inaplicación del art. 1068 del C. Civ., que se entiende cometida «al no estimar suficiente para la entrega la partición legalmente hecha ni la propiedad de los bienes adjudicados en la misma», a pesar de que el Juez «aprobó la división por imperativo de lo dispuesto en los arts. 1079, 1081, 1083 y 1085 al no haberse formalizado oposición por ninguno de los coherederos»; alegación que no puede prosperar, ya que sin necesidad de detenerse en el tema de la naturaleza jurídica de la partición, aunque no sea ocioso señalar que la tesis que le asigna carácter determinativo o especificativo de derechos es mayoritaria en la doctrina más autorizada e informa la moderna Jurisprudencia —SS. de 25 enero 1943, 12 febrero 1944, 6 mayo 1958, 29 mayo 1963, 11 diciembre 1964 y 27 noviembre 1972—, claro está que la disolución de la comunidad hereditaria en orden a su efecto de convertir el derecho abstracto en titularidades concretas sobre bienes determinados («partición es departimiento que fazen los omes entre si de las cosas que han comunalmente por herencia o por otra razón», según palabras de la Ley Primera, Título 15 de la Partida sexta), entrañará la atribución del dominio conforme al artículo antes citado siempre que este derecho esté verdaderamente contenido en el caudal relicto y por lo tanto presupuesta su real pertenencia al as hereditario, pues mal podría operarse el fenómeno sucesorio cuando el bien concreto no forma parte del acervo transmitido (arts. 659 y 661 del C. Civ.), y es doctrina legal que para acreditar su dominio no le basta al coheredero adjudicatario con basarse en la partición, sino que es precisa la cumplida prueba de que pertenecía al causante el bien adjudicado cuya reivindicación postula —SS. de 17 mayo 1956, 2 febrero y 6 julio 1959, 31 enero 1963, 15 febrero 1968 y 25 marzo 1975 entre otras.

Que tal criterio jurisprudencial es igualmente aplicable al supuesto de las operaciones divisorias practicadas en el juicio sucesorio aun por lo que atañe a los convocados al mismo, porque si una ya añeja sentencia había advertido que el inventario «no es el medio legal de poner en cuestión y de perturbar los derechos de que se hallan en posesión y tranquilo goce terceros interesados», la de 7 febrero 1969, que a su vez invoca la de 3 diciembre 1928, ha declarado que la aprobación judicial recaída en un juicio de testamen-



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

taría «no varía la naturaleza del acto particional y es sólo el medio de poner fin al proceso cuando los interesados no impugnan dichas operaciones o las consienten», por lo que «no tiene el carácter de cosa juzgada y es susceptible de ser impugnada la división por los en ella perjudicados... en los dos supuestos a que se refiere el art. 1081 de la Ley Procesal, dado que este silencio y la pérdida del trámite para impugnar la partición no revela conformidad con la misma ni impide el juicio declarativo correspondiente».

Que la repulsa del motivo primero, determinada por esa carencia total de prueba respecto a la titularidad de los causantes sobre las fincas en litigio y la contraria demostración del dominio adquirido por el padre de ambos intervinientes en el debate (que el recurso ha pretendido extemporáneamente desvirtuar aludiendo al hecho nuevo de una hipotética comunidad familiar y al juego de la subrogación real), conlleva la del motivo segundo, basado en violación por inaplicación del artículo 348 del C. Civ., dado que mal podrá sostenerse que la partición constituye por sí misma título bastante para la reivindicación de los bienes adjudicados, a pesar de no venir acreditada su adquisición por el de cuius hereditate agitur, por la sola circunstancia de no haberse formulado oposición en el juicio sucesorio, cuando dicho queda que tal conclusión viene rechazada por la Jurisprudencia fundada en la consideración evidente de que la pasividad del titular no puede privar del dominio a quien lo ostenta si no se produce una adquisición contraria por alguno de los modos previstos en el art. 609 del mismo Cuerpo Legal; y la misma suerte ha de correr el motivo tercero, que siguiendo también el cauce del ordinal primero del artículo 1692, aduce violación de la doctrina contenida en las sentencias que invoca y transcribe, pues tales resoluciones no afirman, ni podrían hacerlo, que la falta de oposición en el juicio de abintestato o de testamentaría significa la pérdida del dominio que al coheredero corresponde sobre bienes privativos y como tales ajenos a la masa partible, por el sólo hecho de haber sido indebidamente incluidos en el inventario.

## 12. EJECUCION

PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA «ACTIO IUDICATI».

S 19 febrero 1982 (RA 746)

*En recurso de casación se impusieron las costas al recurrente vencido. Ocho años después los recurrentes instan la tasación, impugnando uno de los condenados los honorarios del letrado de los recurrentes por estimar prescrita la acción para exigirlos.*

Que según ya estableció la sentencia de esta Sala de 15 diciembre 1908, sancionando la doctrina reiterada, entre otras, por las sentencias de 22 abril 1915 y 7 julio 1921, «cualquiera que sea la naturaleza de la acción deducida en juicio, la ejecutoria que en éste recae constituye un nuevo y verdadero título, con efectos en derecho propios e inherentes a la misma, del que se deriva una acción personal para el cumplimiento de la resolución judicial distinta de la primitiva en que se basó la petición formulada en el pleito; y esto sentado, no habiendo la Ley fijado plazo especial para el ejercicio de la referida acción, es manifiesto que el plazo para la prescripción de la misma tiene que ser el de quince años a tenor de lo prevenido en el art. 1964 del C. Civ. relacionado con el 1971.

Que de inconcusa aplicación al caso debatido en el presente incidente la doctrina jurisprudencial a que se ha hecho mérito en el razonamiento que antecede, es visto que la acción para hacer efectivo el pago de las costas impuestas a las recurrentes en la sentencia pronunciada por esta Sala en 22 junio 1972 no ha prescrito, puesto que, como se argumenta con acierto en el escrito de la parte recurrida, la condena en costas crea una relación entre condenado y vencedor, representando un crédito a favor del último y no a favor de su Abogado y Procurador.





## 13. QUIEBRA

AUDIENCIA DEL SUJETO PASIVO ANTES DE DICTAR EL AUTO DE DECLARACIÓN DE QUIEBRA.

S 12 febrero 1982 (RA 681)

*El quebrado impugna el auto de declaración de la quiebra por no habérsele emplazado antes de su emisión.*

CONSIDERANDO: Que la inconsistencia y consiguiente desestimación del recurso de casación por pretendido quebrantamiento de forma determinante de esta resolución, surge de tener en cuenta que al prevenir el párrafo 2.º del art. 1325 de la L. E. Civ. que la declaración de quiebra, una vez acreditados los requisitos establecidos en el párr. 1.º de dicho precepto legal, se hará «sin citación ni audiencia del quebrado», claramente determina que ninguna exigencia de emplazamiento viene demandada al respecto por lo que en manera alguna puede haberse producido en el presente caso la «falta de emplazamiento» exigida por el núm. 1.º del art. 1693 de la L. E. Civ. para generar quebrantamiento de forma, por la sencilla razón de que prevenido legalmente que la declaración de quiebra ha de ser sin precisión de citar ni oír al quebrado, como consecuencia del alcance y finalidad que aquella declaración supone, claro es que no exige para hacer ese pronunciamiento el emplazamiento del quebrado, con lo que faltando la obligatoriedad de esa exigencia procesal en modo alguno puede producirse la consecuencia quebrantadora pretendida por causa de su omisión; y mayormente en cuanto que siendo la esencia del quebrantamiento de forma la producción de estado de indefensión, éste no se genera por consecuencia de la indicada resolución recurrida, por falta del emplazamiento de que hace mención la recurrente, que éste además aduce como motivador de vulneración del principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído, toda vez que precisamente para evitar esa indefensión y condena sin previa audiencia, dispone el art. 1326 de la L. E. Civ. que el quebrado, o sea la ahora recurrente «Entidad de Financiación Cortes de Navarra, S. A.», podrá hacer oposición al trámite de quiebra, dentro del plazo de ocho días siguientes a la publicación que previene el art. 1028 del C. Com., esto es a partir de que se publiquen los edictos que ya han sido acordados en el auto recurrido, que es precisamente el trámite adecuado para impugnar la declaración de estado de quiebra, y no el de quebrantamiento de forma que se ejercitó, dado que la efectividad de la resolución que acordó tal estado, por la urgencia que supone y la tendencia que significa a bloquear el actuar del quebrado en su persona y bienes, es meramente provisional, como reconoce el precitado art. 1028 del C. Com., en tanto no transcurra el expresado período de tiempo a que alude el mismo precepto mercantil sin instarse reposición de la declaración o instando se revoque el auto de declaración de quiebra siguiendo los trámites a que se contraen los arts. 1327 a 1330 de la L. E. Civ.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

# PROCESAL PENAL

VÍCTOR M. MORENO CATENA
Profesor Adjunto de Derecho Procesal
Universidad de Sevilla

SUMARIO:

1. Competencia. — 2. Partes. — 3. Presupuestos de procedibilidad. — 4. Artículos de previo pronunciamiento. — 5. Conformidad del acusado. — 6. Juicio oral. — 7. Suspensión del juicio oral. — 8. Sentencia. — 9. Recurso de casación. — 10. Cosa juzgada. — 11. Recurso de revisión.

## 1. COMPETENCIA

TERRITORIAL. EN DELITOS DE INJURIA Y CALUMNIA.

S 5 junio 1981 (RA 2579)

*En proceso seguido por injurias y calumnias, se plantea como artículo de previo pronunciamiento la declinatoria de jurisdicción, que es desestimada y contra este auto recurre el acusador, entrando el TS a analizar el lugar de consumación de estos delitos.*

CONSIDERANDOS: Que aunque el art. 14 de la L. E. Crim., establece como primera regla para determinar la competencia territorial, de la que corresponde conocer de la causa al Juez del lugar en el que se hubiere cometido el delito, como ni en ella, ni en el C. P., se dan normas para determinar cuál será el lugar que debe reputarse como el de la comisión, el silencio o vacío legal ha tenido que ser llenado por esta Sala, declarando al efecto, que por lugar de la comisión del delito ha de entenderse aquél en el que se produce la consumación, o sea, que la Jurisprudencia consagró el principio de que el «forum delicti commisi», viene determinado por la consumación.

Que esto sentado, la cuestión relativa a la determinación del momento y, a su vez del lugar en el que se ha producido la consumación, ha de hacerse con arreglo a las normas de derecho sustantivo, atendiendo a la estructura del tipo delictual de que se trate, tomando como dato muy esencial o revelador el objeto de la protección, razón por la que, esta Sala ha venido declarando por lo que concretamente se refiere al delito de injurias que se entiende consumado en el momento en que las expresiones o frases que re-



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

dunden en descrédito, deshonra o menosprecio de una persona hubieren adquirido publicidad, por lo que tratándose de delitos cometidos por medio de la imprenta, deberá entenderse que el delito se consumó en el lugar en donde radica la entidad editora y tuvo lugar la publicación, porque con ésta quedan cumplidos todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo, con independencia de que el sujeto activo alcance o no la finalidad propuesta y de que aún no haya llegado a conocimiento del pasivo, cuyo conocimiento únicamente adquiere el valor de momento consumativo cuando se trata de impresos o cartas a él remitidos por correo, siendo totalmente inaplicable al supuesto de autos la doctrina del delito a distancia que presupone una disociación espacial y temporal entre la manifestación de voluntad o la acción y el resultado.

## 2. PARTES PROCESALES

CAPACIDAD. MENOR EDAD. DETERMINACIÓN.

S 19 mayo 1981 (RA 2238)

*En recurso de casación interpuesto por quebrantamiento de forma, por falta claridad en la sentencia, en proceso seguido por delito de homicilio, se plantea por el recurrente la minoría de edad penal de un procesado.*

CONSIDERANDO: Que esta alegación no puede acumularse a la falta de claridad y debió proponerse en otro apartado, con base de documento auténtico, como ordena el art. 855 de la L. E. Crim. Como esto realmente se hizo con base de Informes de la Policía, y con reseñas de los datos de filiación, en el motivo primero, por infracción de ley, por error de hecho en la apreciación de la prueba, hubo necesidad de inadmitir tal motivo por carecer los documentos señalados de la condición de auténticos, a los fines de casación, como ordena la L. E. Crim. conforme al núm. 6 del art. 884 de la misma, tanto más cuanto que el Juzgado instructor procedió, conforme ordena el art. 375 de la L. E. Crim. para acreditar la edad, certificación de la inscripción en el Registro Civil, o su partida de bautismo —inexistentes, folio 81—, y en defecto de ambos medios de prueba, informe de los médicos forenses, que en los folios 52 y 54 hablan de edad comprendida entre los 18 y los 20 años, lo que quiere decir que son más de 18 y menos de 20, con lo que la expresión de los hechos probados no sólo es clara, sino que es real.

RESPONSABLE CIVIL. INTERVENCIÓN EN EL PROCESO PENAL.

S 20 abril 1981 (RA 1647)

*En proceso seguido por delito de imprudencia, la Compañía aseguradora no figura como interviniente en el proceso penal en los resultados de la sentencia de instancia. Ante ello recurre en casación por infracción de ley al amparo del art. 849, 1.º de la L. E. Crim. por aplicación indebida del artículo 22 del C.p. El TS desestima el recurso habida cuenta que de las actuaciones examinadas por él se infiere que tomó parte en el proceso y no fue por tanto condenada sin ser antes oída y vencida en juicio.*

CONSIDERANDO: Que, reiteradamente, ha declarado este Tribunal —véanse SS. de 17 octubre 1957, 27 abril 1963, 28 febrero, 3 y 10 marzo y 2 de mayo 1966, 15 de junio 1971, 28 de noviembre 1974, 4 de junio 1976, 30 de septiembre 1977 y 2 de marzo 1979 entre otras muchas— que, los aseguradores voluntarios en el seguro, de concreta cobertura de necesidad, de la responsabilidad civil, por daños a terceros producidos como consecuencia de la circulación, ni como acusadores particulares ni como obligados a resarcir, están legitimados para intervenir en el proceso penal, pues generándose, tanto su perjuicio y derecho como su responsabilidad, «ex contracto» y no





«ex delicto», debe ser por cauce extracriminal, y dentro del proceso civil correspondiente, como se podrán efectuar reclamaciones fundadas en el oportuno contrato de seguro o se les podrá exigir el cumplimiento de deberes de resarcimiento asumidos y contraídos en el referido contrato, pudiéndose ejercitar las acciones correspondientes, bien de modo directo, si el que reclama es el asegurado, bien a través de la acción subrogatoria cuando los que reclaman son, el ofendido, la víctima, o los herederos o parientes próximos de cualquiera de ellos, amparándose en lo dispuesto en el artículo 1.111 del C. Civ. y en el principio de derecho, «debitor debitoris debitor meus est». Pero, esto no obstante, también este Tribunal, en SS de 14 de junio 1977, 7 de mayo 1975 y 19 de mayo 1980, entre otras, ha declarado que, pese a lo dispuesto en el párrafo último de la regla 5.ª del art. 784 de la L. E. Crim., el cual prescribe toda intervención, en el proceso penal, de las compañías aseguradoras que no sea la del afianzamiento de las responsabilidades civiles, si, las referidas aseguradoras, sea por las razones que fuere, han sido parte en el proceso penal, calificando la causa, proponiendo prueba y participando activamente en el debate, nada impide, especialmente si se trata de la misma entidad que concertó el seguro obligatorio, que, el Tribunal criminal, por razones de elemental economía procesal y para evitar una dispersión de cuestiones de etiología común, expeditivamente resuelve cuantos temas conciernan a la responsabilidad civil de tales aseguradoras, e incluso, sin aplazar ni deferir, a la jurisdicción civil, la solución de los problemas planteados, condene al dicho asegurador al pago de las indemnizaciones correspondientes, bien sea de modo solidario, bien en forma subsidiaria según proceda; aunque, también se ha declarado que, en el enjuiciamiento de tales cuestiones, el Tribunal de lo penal, se habrá de atener a las normas de derecho privado reguladoras del contrato del seguro de que se trate, tanto en lo que se refiera a su vigencia y validez como al del alcance de las estipulaciones de las partes y al de las obligaciones contractualmente asumidas por las mismas.

LEGITIMACIÓN. DEL RESPONSABLE CIVIL SUBSIDIARIO PARA RECURRIR EN CASACIÓN.

S 18 mayo 1981 (RA 2233)

*El proceso seguido por delito de imprudencia recurren en casación tanto el MF como el responsable civil subsidiario, con planteamiento y peticiones diferentes, propiciando el primero la corresponsabilidad de los dos responsables civiles subsidiarios, mientras uno de los segundos insta declaración judicial por la que se le exima de toda responsabilidad.*

CONSIDERANDO: Que antes de examinar el aspecto penal de los hechos, y en cuanto con ello puede contribuirse a acotar el «tema deccidendi», ha de puntualizarse que la legitimación del responsable civil subsidiario queda constreñida a la impugnación de la existencia de los daños y perjuicios y de su cualidad de sujeto pasivo de los mismos, con discusión ceñida en este caso a negar el nexo y circunstancias en que se asienta su responsabilidad, pero carece de aquella condición procesal para impugnar la responsabilidad penal del autor directo porque asumiría la defensa de derechos ajenos que le está vedada en este recurso extraordinario según una doctrina jurisprudencial reiterada y mayoritaria que recoge, con tal carácter, la reciente sentencia de 10 noviembre 1980; y al rechazar la legitimación del responsable civil subsidiario para someter a debate la responsabilidad penal con desestimación del primer motivo de su recurso, que —en rigor— no debió superar el trámite de admisión por ser la legitimación «ad causam» defecto de la preparación e interposición (art. 884, cuarta de la Ley Procesal Penal y Auto



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

de 27 octubre 1971), queda limitada la vertiente penal de la casación a la procedencia de la calificación propugnada por el Ministerio Fiscal, y aunque no empece —entrando en materia— a la temeridad con que quiere adjetivarse la imprudencia del acusado la existencia de infracciones de las normas circulatorias, que como es comprensible, suelen acompañarla, resulta indudable que la velocidad antirreglamentaria y excesiva del turismo, habida cuenta de los puntos o zonas extremas que entraron en colisión, influyó causalmente en el resultado provocando la degradación de la responsabilidad del conductor del tractor, quien al acceder a la calzada preferente y hacer ese previo e indispensable juicio sobre distancias y velocidades pudo abrigar la confianza de que el turismo se acercaba a una velocidad —la reglamentaria— que permitiría consumar sin riesgo la maniobra de incorporación al curso circulatorio de la vía principal, razones que propician la calificación mantenida en la sentencia de instancia con la consecuente desestimación del primer motivo del recurso del Ministerio Fiscal.

## 3. PRESUPUESTO DE PROCEDIBILIDAD

AUTORIZACIÓN PARA PROCEDER. INVIOLABILIDAD DE MIEMBROS DEL PARLAMENTO VASCO.

S 22 mayo 1981 (RA 2268)

*En proceso seguido por delitos de asesinato y terrorismo ante la Audiencia Nacional, ésta ordena la suspensión del proceso para uno de los procesados, miembro del Parlamento Vasco, en la sentencia, contra la que recurre el MF, siendo estimado por el TS.*

CONSIDERANDOS: Que la parte dispositiva de la sentencia, entre otros pronunciamientos, ordena «la suspensión del curso de la causa» para uno de los procesados por ser miembro del Parlamento Vasco con el objeto de subsanar la falta de autorización del expresado Parlamento, conforme con lo establecido en el art. 26, 2.º, párr. 2 y las disposiciones transitorias 1.ª —in fine— y 7.ª de la Ley Orgánica 3/1979, sobre el Estatuto Vasco, en relación con el art. 71 de la Constitución y Reglamento del Congreso; sentencia que es impugnada casacionalmente por el Fiscal, en tres motivos, primero y segundo por quebrantamiento de forma, falta de claridad y no resolución de todos los puntos objeto de acusación, respectivamente— y el tercero por infracción legal —aplicación indebida de los arts. 71-2 de la Constitución y 257, 258, 406, 512 y 516 bis del C. P.—. Del examen comparativo de las tesis de la sentencia y la impugnación, la problemática del presente recurso puede reducirse, si se tiene en cuenta que el motivo tercero está en conexión causativa con los otros dos, a determinar, en primer lugar, si el precepto constitucional es aplicado o no indebidamente, pues su estimación o desestimación condiciona la viabilidad o no de los interpuestos preferentemente, sin que, en el presente caso, el orden lógico de resolver en primer término la impugnación por forma y después la legal, impida este planteamiento de modo inverso, ni el hecho de incluirse en el motivo de fondo la violación de diversos preceptos sustantivos dé lugar a su desestimación, por existir causa de inadmisión, como pretenden los recurrentes, pues el carácter prioritario citado viene dado por el condicionamiento expuesto, y además, no sólo por la relación existente entre los artículos invocados, sino principalmente porque la aplicación o no aplicación del precepto constitucional alegado puede y debe ser examinado por la Sala en todo caso por la imperatividad de su observancia, dado su carácter constitucional.

Que los preceptos constitucionales, al estar incardinados en la norma de mayor rango legal, ser de interés general e imprescindible aplicación en la convivencia social y desarrollo de las instituciones de Estado, deben ser observados por los Tribunales de





Justicia, excepto cuando su cumplimiento dependa del desarrollo legislativo por declaración expresa de los mismos, ya que su inaplicación o inobservancia originaría la inconstitucionalidad de la apreciación de toda la normativa legal que se oponga a su contenido, bien de forma originada o sobrevenida, con lo que no cabe la menor duda que su falta de aplicación o aplicación indebida, tiene potencialidad para dar lugar a los motivos de casación con incidencias tanto en la impugnación por forma —«error in procedendo»— como por infracción legal —«error in iudicando»— y por consiguiente con efectos en una y otra clase de casación, incluso la nulidad de oficio, cuando el Tribunal aprecie la inconstitucionalidad del acto o resolución, dejando sin efecto lo actuado con base en la misma, en virtud del art. 6, 3.º del C. Civ., como reiteradamente tiene establecido la doctrina de esta Sala —SS. de 17 mayo 1972, 26 abril 1974 y 17 mayo 1979.

Que en atención a las anteriores consideraciones, es preciso, necesario y obligatorio, analizar, prioritariamente, el contenido y alcance del art. 71 de la Constitución, invocado, por el Fiscal, como aplicado indebidamente en la sentencia recurrida; de su exégesis se pone de relieve, de modo indubitado, que en su número primero, se consagra o determina, imperativamente, la inviolabilidad de los Diputados y Senadores por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones, como expresión de este principio de inadmisión delictiva en aras de la actividad encomendada, y, en el número segundo, el de inmunidad durante el período de su mandato, para el no entorpecimiento de esta misma actividad, al establecer que sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito y que no podrán ser inculpados ni procesados —condicionamientos de la condena—, sin la previa autorización de la Cámara respectiva, con lo que es evidente que la apreciación delictiva y los actos procesales realizados contra estas dos disposiciones de rango constitucional, pueden servir de base para la articulación de los motivos casacionales y nulidad de actuaciones y resoluciones judiciales, actuando la inviolabilidad como principio eliminatorio de la antijuricidad, la inmunidad como requisito de procedibilidad y la infracción clara y terminante como originadora de la nulidad de pleno derecho. Por otra parte, es preciso determinar que este art. 71 de la Constitución tiene, como ámbito objetivo o material, el desarrollo y funcionamiento de las Cortes generales concretamente el de las dos Cámaras, por estar comprendido en el Capítulo I, Título III, que tratan de estas Instituciones.

Que la normativa del Organo Legislativo del País Vasco, está determinada en el Capítulo I del Título II de la Ley Orgánica 3/79, 18 diciembre, Estatuto de Autonomía con la denominación de Parlamento Vasco; en el art. 25, número 2.º, recoge el principio de inviolabilidad, al decir que el mismo es inviolable y lo limita, en el 6 del art. 26, a los votos y opiniones que se emitan en el ejercicio de los cargos; y el principio de inmunidad, en el párrafo último de este mismo art. 26, al establecer que, durante su mandato, solamente podrán ser detenidos y «retenidos» por delitos cometidos en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, en caso de flagrante delito, correspondiendo decidir, «en todo caso, sobre su inculpación, prisión, procesamiento y juicio, al Tribunal Superior de Justicia del País Vasco», y si el acto delictivo se realiza fuera del ámbito territorial citado, la responsabilidad penal será exigible, «en los mismos términos», ante la Sala de lo penal del T.S.; de esta normativa se deduce, que el privilegio de inviolabilidad tiene idéntico desarrollo legal que el de la Constitución, y que el de inmunidad se limita a no ser detenidos «ni retenidos», más que en los supuestos de flagrancia delictiva y al reconocimiento del fuero indicado, sin que sea necesario el requisito de procedibilidad de la autorización previa parlamentaria, para poder proceder.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Que la disposición transitoria primera (in fine) y la séptima, que se invocan por la sentencia recurrida para aplicar, en cuanto al parlamentario vasco procesado, el art. 71 de la Constitución y el Reglamento del Congreso de Diputados, en el sentido de declarar la necesidad de obtener la autorización o beneplácito, del Parlamento Vasco, para proceder contra él, no pueden tenerse en cuenta: la primeramente citada, porque no es de aplicación a la materia u objeto sometido a enjuiciamiento, como se deduce de su simple lectura, pues establece «que si en el plazo de 60 días desde la constitución del Parlamento no se hubiera elegido Presidente del Gobierno, se procederá a la disolución de la Cámara y a la convocatoria de nuevas elecciones», determinando seguidamente que «con carácter supletorio serán aplicables a las normas dictadas para regular las elecciones generales de 15 junio 1977, así como el vigente Regl. del Congreso de los Diputados»; y la mencionada en segundo lugar —7.ª—, porque el supuesto sobre el que se aplica, para dar vigencia a las actuales Leyes del Estado, no tiene el vacío legislativo o laguna legal que la misma exige, producido, por la no elaboración de las Leyes básicas o generales a las que el Estatuto se refiere o el Parlamento Vasco legisle, pues como se manifiesta en el anterior considerando el privilegio de inmunidad se limita a la detención por delitos no cometidos «in fraganti» y su tratamiento no reclama la autorización parlamentaria para proceder, desarrollándose únicamente mediante la existencia del fuero en los términos que quedaron expuestos, «a sensu contrario» de lo que ocurre en materia competencial del Tribunal Superior de Justicia para el País Vasco, que al no estar establecido hace preciso aplicar la normativa general del Estado, como se acordó por esta Sala, al resolver la competencia de este asunto a favor de la Audiencia Nacional.

Que de acuerdo con lo expuesto en las anteriores consideraciones jurídicas, es necesario reconocer y declarar, desde el punto eminentemente jurídico positivo, como conclusión, que los principios de inviolabilidad e inmunidad están reconocidos en el Estatuto Vasco, el primero con igual tratamiento legislativo que el art. 71 de la Constitución y el segundo con igual prohibición de detención y retención, excepto cuando se trate de delito «in fraganti», pero sin necesidad de autorización previa para poder proceder contra los parlamentarios, pues de manera clara y terminante faculta sobre la inculpación, el procesamiento, la prisión y el juicio oral al Tribunal Superior de Justicia del Tribunal Supremo, según el ámbito territorial o «locus actas» del delito, sin que en uno y otro caso se haya establecido, como lo hace el artículo 71 de la Constitución Española, el requisito de procedibilidad o la necesidad de la previa autorización del Parlamento Vasco para ser inculpado o procesados. Por todo lo expuesto hay que declarar que el Tribunal de instancia ha aplicado indebidamente el citado art. 71 de la Constitución y el Reglamento del Congreso de Diputados, y por consiguiente procede estimar el tercer motivo interpuesto por el Ministerio Fiscal, con incidencias causativas de igual tratamiento estimatorio para los motivos primero y segundo, en cuanto que una vez acordada la improcedencia de la suspensión, la omisión de hechos probados en la sentencia sobre la conducta enjuiciada del procesado Parlamentario Vasco, trae consigo la falta de claridad y no resolución de los puntos objeto de la acusación fiscal, por lo que deberá dictarse nueva sentencia para completar la ya dictada sobre estos extremos.

## 4. ARTICULOS DE PREVIO PRONUNCIAMIENTO

DECLINATORIA. POR FORMULAR ESCRITO DE CALIFICACIONES ACUSANDO DE DELITOS POR LOS QUE NO SE ESTÁ PROCESADO.

S 14 mayo 1981 (RA 2224)





*El Juzgado de Instrucción dictó auto de procesamiento contra el acusado recurrente en casación declarándolo procesado por delito de falsedad y por once delitos de préstamo usurario, siendo reformado con posterioridad y dejado sin efecto el procesamiento por los delitos de préstamo usurario, manteniéndola en cuanto a la falsedad. En trámite de calificaciones provisionales el acusador particular imputa también los delitos de usura. Ante ello el acusado promueve un artículo de previo pronunciamiento por declinatoria de jurisdicción al entender que la Sala no podía entrar en el enjuiciamiento de delitos por los que el acusado no se encontraba procesado, argumentando que ello comporta falta de jurisdicción. Siendo desestimado el artículo, contra el auto que así lo acuerda, recurre el acusado en casación.*

CONSIDERANDOS: Que el único motivo subsistente del recurso, contra el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 10 abril 1980, se basa en la infracción del art. 666, 1.º de la L. E. Crim., no aceptación del artículo de previo y especial pronunciamiento de declinatoria de jurisdicción, recurso, amparado por el art. 676 de la propia Ley «contra el auto resolutorio de la declinatoria», cualquiera que sea su contenido se da o procede el recurso de casación.

Que la naturaleza esencial de la declinatoria de jurisdicción bien se articule como cuestión de competencia, bien como artículo de previo y especial pronunciamiento consistente en un procedimiento para suspender el conocimiento de una causa por un Tribunal que se estima incompetente para que pase al de otro en quien se considera que radica la competencia —S. de 15 noviembre 1968, 6 junio y 9 noviembre 1970.

Que a la vista de esta naturaleza esencial y esta finalidad de la declinatoria, cobra especial relieve en su conocimiento y resolución el art. 14 de la propia L. E. Crim. que las excepciones del T.S., Audiencias Territoriales, Jurisdicción Militar o eclesiástica y autoridades administrativas, sienta como normas generales de competencia, para instrucción de las causas, los jueces de instrucción en que el delito se ha cometido (núm. 2.º) y para fallo de ellas, salvo lo previsto en el párrafo 3.º, la Audiencia provincial de la circunscripción en que el delito se ha cometido.

Que por tanto y a la vista de estos antecedentes legales, la declinatoria de jurisdicción, como artículo de previo y especial pronunciamiento debe pedir: 1.º La suspensión del procedimiento. 2.º Sostener su incompetencia y señalar las causas de ella. 3.º Señalar el Tribunal que se estima competente y razones legales de ella. 4.º Por fin rogar que se decline la competencia en favor de éste. 5.º Normalmente, tratándose de competencias dentro de la jurisdicción ordinaria, alegar y probar en la medida de lo posible que el delito no se cometió en la circunscripción donde territorialmente tiene competencia la Audiencia, a tenor del art. 14 de la L. E. Criminal...

Que tal tesis es inaceptable tanto legal, como jurisprudencialmente. Porque el sumario tiene su fase de instrucción, su fase de plenario, su fase de sentencia sustancialmente. En el sumario se practican las actuaciones encaminadas a averiguar y hacer constar la perpretación de los delitos, con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos (art. 299 de la Ley). Y donde el instructor tiene una facultad. Cuando resultare del sumario algún indicio racional de criminalidad contra determinada persona dictará auto declarándola procesado, mandando que se entiendan con ella las sucesivas diligencias de forma legal (art. 384 de la Ley).

Que tal apreciación jurídica meramente indicatoria del Instructor, no tiene valor vinculante alguno para las



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

partes. En primer lugar porque en el plenario las calificaciones provisionales del M.º Fiscal y del acusador si lo hubiere hacen la «calificación legal de los hechos, determinando ya el delito de que se trata» (art. 650, y siguientes de la L. E. Crim.), sin que necesariamente tengan que ajustarse al auto de procesamiento vigente aunque ordinariamente, suelen coincidir los indicios y las calificaciones. En segundo lugar, así establecida la materia propia del juicio o del proceso, es bastante amplia, puesto que las partes pueden presentar sobre los puntos objeto de calificación dos o más conclusiones en forma alternativa (art. 653 de la Ley), es de notar las facultades que la Ley otorga a las partes para modificar conclusiones (art. 732) y al Tribunal para plantear la tesis (art. 733), sin que en ningún caso se les limite sus facultades a la calificación de los indicios del auto de procesamiento. Por tanto legalmente es correcto que el Instructor califique indiciariamente los hechos de un delito y las acusaciones califiquen con libertad sin sujeción absoluta a aquella calificación, aunque sí al resultado de la investigación sumarial, enriquecido con las pruebas del juicio oral. Las informaciones suplementarias del art. 746 de la Ley son otra muestra más de la libertad de las partes y del Tribunal respecto de la apreciación del instructor, que investiga a los fines señalados en el artículo 259 de la Ley. Aun dentro del terreno en que se apoya el recurso, se observa que el Juez de Instrucción, apreció en primer lugar unos delitos de usura —sobre los cuales ya se investigó aunque luego a su juicio desaparecieran los indicios—, luego dentro de la tesis del recurrente no sería sostenible que la Sala era incompetente para conocer de los delitos de usura, cuando se procesó y ya no lo era cuando se levantó el procesamiento si la acusación mantuvo tal calificación.

Que jurisprudencialmente la tesis recurrente tampoco es sostenible porque según la doctrina de la Sala no se puede pretender que un Tribunal se declare incompetente para conocer de un delito investigado en un sumario tramitado por un Juzgado de su demarcación, por delito cometido en su provincia, porque sería vulnerar el art. 14 de la L. E. Crim. ni podría hacerse al no indicar el recurrente a favor de qué Tribunal iba a declinar el conocimiento, que eso es lo que supone toda declinatoria: inhibirse en favor de otro. En segundo término, porque siendo el juicio, el acto donde se ha desarrollado con amplitud la prueba, y donde las partes deben hacer valer en igualdad de condiciones los elementos de cargo y de descargo, el sumario no es otra cosa que el conjunto de actuaciones encaminadas a preparar el juicio y por tanto todas las medidas en él tomadas son provisionales y es el Tribunal el llamado a resolver todas las cuestiones propuestas en su sentencia, coincida o no con el que provisionalmente haya formado el instructor —S. de 6 junio 1970—. En tercer lugar, el procesamiento vincula a la persona y bienes del procesado, a los efectos del proceso, donde se pueda abrir el juicio con toda su amplitud, aun cuando se refieran a materias no precisamente mencionadas en el procesamiento «provisional acopio de indicios» pues habiendo acusación y defensa, es claro que el acusado no puede alegar ni indefensión, ni falta de competencia del Tribunal fundadamente, dentro de nuestro sistema acusatorio —S. de 7 octubre 1963.

Que por fin la acusación sobre delito investigado, procesado y levantado el procesamiento por el Juez, sería siempre, y ello sin prejuzgar, un dato favorable para la parte, sobre falta de prueba de tal delito, mas no para sostener una incompetencia de jurisdicción a todas luces injustificada y dilatoria.





## 5. CONFORMIDAD DEL ACUSADO

NO ESTIMACIÓN POR EL TRIBUNAL DE INSTANCIA. CONTROL EN CASACIÓN.

S 27 junio 1981 (RA 2829)

*En proceso seguido por delito de robo, el recurrente se conforma con la calificación provisional del MF, disintiendo los otros dos procesados. Tras sucesivas suspensiones del juicio oral por incomparecencia de alguno de los acusados, se celebra finalmente con la sola comparecencia del recurrente, quien, abierto el acto, reconoce los hechos imputados y se conforma con la pena solicitada, ordenando el Tribunal, ello no obstante, la continuación del juicio.*

CONSIDERANDOS: Que el único motivo del recurso interpuesto por la representación del procesado, acogido al núm. 4.º del art. 851 de la L. E. Crim., estima infringidas las formalidades legales prescritas, por cuanto el hecho de no ajustarse la Sentencia a la calificación provisional formulada por la acusación pública, con la que mostró su conformidad la defensa del recurrente, así como por éste, estimando innecesaria la continuidad del juicio oral, pese a lo cual el Tribunal de instancia acordó la continuidad del mismo, suponía un quebrantamiento de las garantías procesales que asistían al acusado, vulnerándose lo dispuesto en el párr. 2.º del art. 655 de la citada Ley que ordenaba dictar sin más trámites la Sentencia procedente, según la calificación mutuamente aceptada, sin poder imponer mayor pena de la solicitada, alegación carente de la consistencia legal exigida para producir los efectos casacionales postulados de anular las actuaciones practicadas en el juicio oral, devolviendo las mismas al Tribunal de instancia y dictar la sentencia a tenor de las conclusiones provisionales de las partes, habida cuenta, que siendo la casación un recurso extraordinario, al darse sólo contra resoluciones definitivas y de índole predominantemente formal, a las preceptivas normas reguladoras del proceso penal, han de concretarse necesariamente quienes lo formulan por su naturaleza de orden público, sin que éstas autoricen una libertad de interpretación conducente a una aplicación subjetiva de las reglas establecidas en favor de las tesis mantenidas en el recurso, convirtiendo aquélla en una segunda instancia desconocida en nuestro ordenamiento jurídico-penal o en una indirecta revisión del proceso extemporáneamente planteada con la formulación del recurso, al margen o en clara contradicción con el contexto de la resolución impugnada, dictada con riguroso acatamiento a la Ley adjetiva reguladora, en cuyo sentido y siendo así que seguida la causa contra el recurrente y otros dos coprocesados fue elevada a plenario conclusa la misma, siendo calificada provisionalmente por el M.º Fiscal imputando la comisión por los tres inculpados de común acuerdo de dos delitos de robo comprendidos en los arts. 500, 504-2.º y 505, núms. 1.º y 2.º, concurriendo en el recurrente la atenuante de menor edad de 18 años, solicitando para el mismo dos penas independientes de multa de 20.000 ptas., mientras para los otros dos inculpados solicitaba sendas penas a cada uno de 8 años de presidio mayor y 3 años de presidio menor, conformándose la defensa de aquél con dicha calificación y proponiendo prueba para la celebración del acto del juicio oral, mientras disentía de tal calificación la defensa conjunta, de los dos restantes procesados, proponiendo asimismo prueba para el acto del juicio oral. Que señalado juicio oral para el 12 enero 1977, fue suspendido por incomparecencia del recurrente Sergio B. y otro, siendo señalado para el 3 abril siguiente, que al ser suspendido por nueva incomparecencia de aquél, fue señalado nuevamente para el 18 mayo inmediato, siendo suspendido por incomparecencia de los dos coprocesados no recurrentes, y vuelto a señalar, para el 30 junio siguiente, compareciendo solamente



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

aquél, y abierto el acto manifestó al Tribunal reconocer los hechos imputados por la acusación y conformarse con la pena solicitada, conforme al Tribunal la celebración del juicio oral «al no ser bastante dicha conformidad, teniendo en cuenta que las penas no son las procedentes y que hay otros dos procesados en la causa, por lo que el juicio debía continuarse», no haciéndose protesta alguna por la defensa, sino la mera manifestación de no estimar necesaria tal continuación; celebrado el mismo el M.º Fiscal, a tenor de su resultado modificó sus conclusiones provisionales con relación al recurrente, solicitando que por el primer delito de robo se le impusieran tres meses de arresto mayor y por el segundo solicitaba la pena de multa de 20.000 ptas. conforme a sus conclusiones provisionales, mientras la defensa consideró improcedente elevarlas a definitivas, informándose a continuación por las partes y declarándose el juicio concluso para Sentencia.

Que del examen de las actuaciones, conforme queda anteriormente expuesto, realizada por esta Sala según la facultad otorgada por el art. 899 de la L. E. Crim., dada la naturaleza del recurso y para la mejor comprensión de los hechos, se desprende que se respetaron íntegramente las garantías procesales del inculpado, toda vez que si bien a tenor del art. 655 de dicha Ley la defensa mostró su conformidad con las provisionales de la acusación pública, no expresó en las suyas además «si esto no obstante conceptuaba necesaria o no la continuación del juicio», conforme al inciso final del párrafo 1.º de aquél, entendiéndose lo primero por la mera proposición de las pruebas solicitadas, y aunque en el acto del juicio oral volviera a ratificarse la conformidad, así como la del procesado, el Tribunal no quedaba vinculado a la misma según consta en el acta, al apreciar en conciencia que las penas solicitadas no eran las procedentes, sino otras mayores, así como existir ligados como coautores del hecho otros dos procesados que habían disentido expresamente de la calificación Fiscal, con lo que celebrado el acto ya no vino aquél coartado por la conformidad indicada, al no tener que sujetarse a la calificación y penas aceptadas (Exposición de la Fiscalía del T. S. de 15 septiembre 1883) sino que quedó liberado respecto de todos y cada uno de los procesados, como si ninguno hubiera prestado tal conformidad, conforme declaró la S. de 3 octubre 1884, lo mismo si se trata de un solo delito o de varios, según se prevé en los párrs. 3.º y 4.º del art. 655 de referencia, criterio avalado asimismo con las SS. de 22 abril y 20 junio 1966, por lo que al ser correcta procesalmente tal continuación del juicio oral por las razones aducidas por el Tribunal «a quo», del resultado del mismo el M.º Fiscal pudo modificar, como lo hizo, las provisionales de acuerdo con los nuevos elementos de juicio aportados, modificación que tan sólo afectó al primer delito de robo sobre el que pedía multa de 20.000 ptas. con arresto sustitutorio y para el que en las definitivas solicitó tres meses de arresto mayor y sus accesorias, sin que la Sentencia pronunciada, haya sobrepasado tales penas al decretar en su fallo la de dos meses y 17 días de arresto mayor para este primer delito de robo por cuantía de 36.300 ptas. y la multa de 20.000 ptas. con arresto sustitutorio para el segundo delito de robo por cuantía de 8.700 ptas., igual a la que se prestó la conformidad de principio, con lo que en resumen, el motivo articulado lo que en realidad viene a socavar y tratar de sustituir es la facultad del Tribunal de instancia expresamente reconocida de su libre arbitrio objetivamente motivado de discrepar de las conclusiones provisionales de la acusación, reconocida en el párr. 3.º del mencionado art. 655, de la que hizo uso en el caso concreto enjuiciado, respetando ortodoxamente el espíritu y la letra del precepto procesal, sin que este supuesto encaje en el cauce tutelado por el núm. 4.º, del artículo 851 en el que se ampara el recurso, al no haber sido penado el recurrente por delito más grave del acusado, sino por el mismo delito imputado tanto en las conclusiones provisionales como definitivas por el M.º Fiscal y con sanción inferior a la solicitada en éstas, por lo que pudo ser inadmitido a tenor de la causa 1.ª del art. 884 de la repetida Ley, como así lo interesó dicho Ministerio, lo que en este trámite es causa de desestimación, que conjuntamente se aprecia con la improcedencia de su fundamentación que, esencialmente ha quedado expuesta, lo que conlleva a su rechazo por su clara inconsistencia, tanto en su aspecto formal como de contenido.





## 6. JUICIO ORAL

INDEFENSIÓN. UTILIZACIÓN DE MEDIOS DE PRUEBA PERTINENTES. DENEGACIÓN DE DILIGENCIA DE PRUEBA.

1) S 7 mayo 1981 (RA 2136)

*En proceso seguido por delito de robo recurre en casación el acusado y condenado al amparo del art. 850-1.º de la L. E. Crim. El T. S. desestima el recurso ya que el medio probatorio que dice denegado el recurrente —reconocimiento en rueda de detenidos— no se formuló en el escrito de calificación y en el acto del juicio sólo se hace constar la petición de suspensión sin expresar la causa ni especificar su contenido o finalidad, y sin formular la oportuna protesta, además de que el hecho a probar se encontraba acreditado por la declaración testifical en el acto del juicio.*

Que, sin el menor síntoma dubitativo, las disposiciones constitucionales, como integrantes de la Ley suprema del Estado y amparadoras de los derechos fundamentales y libertades públicas, en cuanto que la misma no se remita a la promulgación de una norma específica reguladora de la materia, producirá la modificación de los preceptos que estén en contradicción con ellas, dando lugar a una inconstitucionalidad sobrevenida de los mismos, por lo que toda la normativa de inferior rango legal ha de ser interpretada y aplicada de acuerdo con el contenido constitucional; con ello el único motivo del recurso, objeto de decisión, al ser articulado por entender que se ha infringido el art. 24 de la Constitución, en cuanto que el Tribunal de instancia no le permitió el utilizar «el reconocimiento en rueda de detenidos en el acto del juicio oral», debe ser analizado jurídicamente poniendo en relación este precepto constitucional con los que regulan el trámite probatorio, ya que es preciso en primer término concretar la posibilidad de contradicción entre uno y otro precepto que llevaría consigo la no aplicación de los últimos.

Que de este análisis se deduce que el art. 24 de la Constitución, que el recurrente considera como infringido, establece que todas las personas tienen derecho «a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa»; pertinencia y defensa que marcan una relación íntimamente unida entre los dos puntos de vista que guían toda la indagación del derecho de defensa, pues por un lado ha de pertenecer al objeto del proceso y ha de venir a propósito o servir sus fines, y, de otro, su negativa ha de producir la indefensión; puntos de vista que son los que regulan toda la normativa procesal de la ilicitud de la denegación de la admisión y práctica de la prueba por parte de los Organos Judiciales en materia penal, como se desprende claramente de la doctrina de esta Sala, que reiteradamente ha establecido, al interpretar el motivo casacional del núm. 1 del art. 850 de la L. E. Crim.., y analizar la impertinencia desde la óptica formal, en cuanto que es necesario para la viabilidad de la infracción legal que el medio probatorio sea propuesto en el momento procesal adecuado y con los requisitos legales, haciendo constar su contenido y constancia de la no aquiescencia a la negativa mediante la correspondiente protesta, y además desde el punto de vista material, pues es preciso que esté no solamente rela-



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

cionado con el proceso —conexión o pertinencia objetiva—, sino también que esté encaminado al conocimiento o esclarecimiento de los hechos —conexión o pertinencia funcional—, al objeto de no producir indefensión ni merma de las garantías procesales, entre las que se encuentra el desarrollo normal del propio proceso.

2) S 13 mayo 1981 (RA 2223)

*En proceso seguido por delito de apropiación indebida, recurre el acusado al amparo del art. 850-1.º de la L. E. Crim. al haberse denegado unas pruebas articuladas durante el juicio oral y no en el escrito de calificaciones provisionales.*

CONSIDERANDO: Que ejercitado el primer motivo del recurso por quebrantamiento de forma, al amparo del núm. 1 del art. 850, en relación con los 726 y 729 de la L. E. Crim. y en concordancia con lo dispuesto en los artículos 24 y 53 de la Constitución Española, alegando que la denegación de la prueba documental presentada en el acto de juicio oral ha ocasionado la indefensión del recurrente, para la resolución de dicho motivo, se hace preciso recordar: a) que aunque efectivamente el precepto invocado en primer lugar concede la facultad de interponer el recurso de casación por forma, en aquellos casos en los que se haya denegado por el Tribunal de Instancia alguna diligencia de prueba, ello sólo se limita como se expresa en el mismo precepto a aquéllas que hayan sido propuestas en tiempo y forma, ya que el art. 728 impide que puedan practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes, de lo que hay que concluir que el citado artículo no autoriza sin más a recurrir contra cualquier denegación, sino que circunscribe la impugnación casacional a aquellas denegaciones que recaigan sobre las pruebas que hayan sido presentadas o propuestas dentro del plazo o momento preclusivo señalado legalmente al efecto y, en el caso que nos ocupa, dicho momento era el de la presentación del escrito de calificaciones provisionales, en el que ni siquiera aparece propuesta, dando lugar a que por ello el segundo Letrado designado por el procesado, que formuló dicho escrito, inmediatamente después de la admisión de las pruebas propuestas y señalamiento de la fecha del juicio oral, renunciase a la defensa, por no haberle sido entregadas por el proceso diversas pruebas que le había prometido facilitarle en el momento procesal oportuno y sin las cuales se encontraba ante la incompatibilidad de conciencia de realizar la defensa que le había sido encomendada, lo que dio origen al nombramiento de un nuevo Letrado, quien presentó con el escrito de conclusiones definitivas una serie de documentos que no constan en autos al haber sido rechazados por la Sala por tratarse de un juicio ordinario, formulándose por ello y por la defensa propuesta correspondiente que consta en el acta del juicio oral. b) Que si bien es cierto que el núm. 3 del art. 729, permite excepcionalmente a la Sala, admitir las diligencias de prueba de cualquier clase que en el acto ofrezcan las partes para acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de la declaración de un testigo, ello constituye una facultad conferida al Tribunal con carácter discrecional, sin que por tanto su decisión pueda ser combatida en casación, máxime cuando en el caso de autos no se formuló con tal carácter de rectificación de la declaración de un testigo, sino con carácter independiente y autónomo como consta en el citado escrito. c) Que aunque el art. 24 de la Constitución, expresa que todas las personas tienen el derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que en ningún caso pueda producirse indefensión... y a utilizar todos los medios de prueba pertinentes para su defensa... ello ha de entenderse que ha de ser ejercitado conforme a la normativa procesal y reglamentaria y nunca en forma anárquica y en el momento en que a cada una de las partes se le ocurra proponer o aportar pruebas, pues ello destruiría toda posibilidad de ordenación racional del proceso, derogando o subordinando a la voluntad del inculpado toda la actividad judicial, por lo que ha de reputarse errónea la conclusión sostenida en el motivo, de que son pertinentes todas las pruebas que de no admitirse produzcan indefensión, sea cualquiera el momento procesal en que se propusiesen y presentaren. d) Que en este caso la parte además tendría que demostrar la indefensión del procesado, que con tales pruebas desvirtuaría la acusación, lo que no parece posible a la vista del acta notarial de reconocimiento, de haber dispuesto en provecho propio de una cantidad destinada a otros menesteres; por todo lo cual el referido motivo no puede ser acogido.





PRUEBA PERICIAL. PROPOSICIÓN EN FORMA.

1) S 30 junio 1981 (RA 2937)

*Propuesta en tiempo pericial, no fue admitida por el Tribunal de instancia. Recurrida la sentencia por quebrantamiento de forma el T. S. desestima el recurso por cuanto no se propusieron dos peritos, como es preceptivo.*

CONSIDERANDO: Que, en el caso presente, se trata de prueba pericial que la defensa del acusado propuso en su escrito de calificación provisional —por lo tanto, oportunamente—, que era pertinente, así como conducente, y cuya denegación fue reclamada tempestivamente; pero, a pesar de ello, el motivo tercero del presente recurso —al que se ha concedido prioridad por razones obvias—, basado en el núm. 1.º del art. 850 antecitado, no puede prosperar, ya que, dicha prueba pericial, no fue propuesta en forma, puesto que se designo un solo perito —don José A. L.—, siendo así que, tratándose de proceso ordinario por delito, y, a tenor de lo dispuesto en la regla tercera del artículo 800, interpretada a «sensu contrario», y en los arts. 723 y siguientes y 459, todos de la L. E. Crim., se debió proponer inexcusablemente el dictamen de, al menos, dos peritos.

2) Con la misma doctrina, v. S. 15 junio 1981 (RA 2660), que resuelve los recursos interpuestos contra la sentencia dictada en el proceso seguido por el incendio del «Scala».

## 7. SUSPENSION DEL JUICIO ORAL

POR RETRACTACIONES INESPERADAS. INFORMACIÓN SUPLEMENTARIA.

S 4 abril 1981 (RA 1518)

*El procesado había negado su participación en el delito de robo perseguido durante todo el sumario, no habiendo sido identificado debidamente por el perjudicado, pero sí por el coprocesado, en declaración sumarial, quien se retractó de su declaración en el acto del juicio oral. Esto motivó la petición de suspensión del juicio para aclarar la participación del recurrente en los hechos, denegándola el Tribunal de instancia y formulando el acusado la oportuna protesta.*

CONSIDERANDO: Que... la potestad de suspensión o continuación del juicio oral por la razón aducida es facultad discrecional del Tribunal «a quo», supeditada a que éste considere o no necesaria dicha información suplementaria, cuya determinación encuentra su natural y justo límite en la importancia y trascendencia de la misma, evitando de un lado cualquier indefensión y de otro que las partes entorpezcan y demoren el proceso, provocando suspensiones inmotivadas, y en consecuencia, aquél decide, con objetiva y diligente reflexión, oyendo a las partes personadas, el seguimiento o interrupción del expresado acto, según se sienta o no suficientemente informado con los elementos de juicio y probanzas aportados a los autos, siendo tal cues-



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

tión primordial, ya que los mismos viene obligado a deducir en conciencia el preceptivo juicio declarativo y cognitivo previsto en el art. 741, «como fundamento fáctico de la calificación jurídico-penal que conlleva al justo fallo como objetivo esencialmente perseguido, y en el supuesto enjuiciado aquél se consideró debidamente instruido, con aprobación de tal medida por el Ministerio Fiscal, procesalmente correcta cuando el Tribunal entiende contar con los necesarios antecedentes y datos probatorios para forjar estado de conciencia sobre los hechos dimanantes de las actuaciones.

POR INCOMPARECENCIA DE TESTIGOS.

S 13 abril 1981 (RA 1635)

*La Audiencia desestimó la petición de suspensión del juicio oral por incomparecencia de testigos, que no habían sido propuestos «nominatim» por la defensa, que no fueron los únicos propuestos, que ya habían declarado en el sumario, que se trataba de procedimiento de urgencia, y finalmente que el recurrente condenado en ningún momento ha revelado ni formulado lo que se proponía preguntar a los incomparecidos.*

CONSIDERANDO: Que en lo que concierne a la denegación de suspensión de las sesiones del juicio oral por incomparecencia de testigos, ya es conocida la doctrina de esta Sala que distingue entre la pertinencia de la declaración de dichos testigos y la necesidad de la práctica de la misma, pues puede suceder que, a la vista de las demás pruebas efectuadas o que han de practicarse, las Audiencias se estimen suficientemente informadas de los problemas fácticos que ofrezca el proceso de que se trate, y, en consecuencia, no reputen indispensable oír al testigo o testigos incomparecidos, siendo la decisión tomada al respecto meramente discrecional o potestativa de las dichas Audiencias, tal como se infiere de los términos en que se expresan los arts. 745 —: podrá»— y 746, núm. 3 —«y el Tribunal considere necesaria la declaración de los mismos»—, para el proceso ordinario, y, 801, de la Ley Procesal Penal —este último con mayor energía: «no se suspenderá el juicio... ni tampoco por la de testigos cuando éstos hubieren declarado en el sumario y el Tribunal se considere suficientemente informado con la prueba practicada para formar juicio completo sobre los hechos»—, para el proceso de urgencia; si bien, dicha facultad, es revisable en casación donde podrá fiscalizarse el buen o mal uso que las Audiencias hayan hecho de la mencionada facultad.

DENEGACIÓN DE DILIGENCIA DE PRUEBA. PROCEDIMIENTO DE URGENCIA.

S 26 de junio 1981 (RA 2798)

*Propuesta en tiempo y forma por el procesado una prueba documental fue admitida, lo que revelaba según el TS que era concerniente respecto a la materia objeto del proceso y conducente para la formación del juicio fáctico en relación con la calificación jurídica y la imputabilidad. Llegado el juicio oral sin haberse recibido contestación del organismo público al que se solicitó la información, se pide por la representación del procesado la suspensión del juicio oral hasta recibirlo, siendo denegada. Habiéndose protestado la decisión, por reputarla prácticamente como denegación del medio probatorio con indefensión del procesado, lo que originaba quebrantamiento de forma por nulidad de actuaciones en el decir del procesado, el TS desestima el recurso porque entiende que la alegación carece de la suficiente consistencia legal a efectos casacionales de anulación de lo actuado.*

CONSIDERANDO: Que... la alegación carece de la suficiente consistencia legal a los efectos casacionales de anulación de lo actuado desde la apertura del juicio oral, por las entre otras sucintas razones: a) porque si la prueba indicada efectivamente fue admitida en su momento por el Tribunal de instancia, librando la comunicación procedente para que ella tuviera lugar, con fecha 26 febrero 1980, y señalando el acto del juicio oral para el 16 mayo siguiente, existía tiempo sobrado para que se practicase, y sin embargo no lo fue por no haberse recibido la información instada, sin que la parte proponente realizase gestión de carácter alguno para que fuera reclamada, limitándose solamente a realizar la indicada protesta en el acto del juicio, de cuya situación no puede deducirse que el Tribunal denegó tal prueba, sino que la admitió, y si no fue practicada se debió a causas independientes de su voluntad —S. de 23 abril 1965—; b) porque la mencionada prueba estaba al alcance del proponente que pudo solicitarla y obtenerla directamente del Organismo Provincial citado y presentarla en el acto del juicio oral conforme a la regla primera del art. 800, al ser el procedimiento tramitado de urgencia, conforme a la Ley 3/67, de 8 abril; c) ...por lo que la no suspensión del juicio, tras oír el Tribunal a las demás partes personadas que se opusieron a ello, representase infracción procesal alguna, por no estar aquélla amparada explícitamente en ninguno de los seis números del art. 746 que se invoca en el motivo, aunque sin concretar o mencionar ninguno de los apartados en que se comprende; y d) que el Tribunal de instancia obró dentro de las facultades que en relación al cauce procesal a que se acoge el motivo tienen los Juzgadores penales, al no ser obligado a acceder a lo que sobre este particular concreto solicitan las partes, que tan sólo procede cuando las diligencias a practicar sean indispensables y procedentes, cuyas condiciones corresponde apreciar al Tribunal en sus aspectos objetivo y funcional si contribuyen eficaz y verdaderamente a la segura aclaración y precisión de los hechos a los efectos de formación del juicio cognitivo de conciencia, exigido por el art. 741, según se desprende de la conjunta interpretación de los arts. 657, 682, 726, 798 y 850 de la propia Ley Adjetiva, pero no cuando tenga suficientes elementos de juicio y prueba para asentar su calificación y dictar el fallo procedente, máxime tratándose de procedimiento de urgencia en que de principio han de rechazarse aquellas suspensiones del juicio oral por diligencias que demora y retrasan la tramitación sin resultados manifiestamente necesarios y decisorios, lo que consecuentemente lleva a la desestimación por improcedente del motivo examinado.

## 8. SENTENCIA

CONTENIDO. «THEMA DECIDENCI».

S 11 mayo 1981 (RA 2226)

*Interpuesto recurso de casación por no resolución de todos los puntos objeto de acusación y defensa, el TS entra a examinar el contenido de la sentencia, con carácter previo al examen del motivo casacional.*

CONSIDERANDO: Que el «thema decidendi» del proceso penal, se integra por las cuestiones, problemas, puntos o extremos, de matiz jurídico, que las partes han planteado en sus escritos de calificación provisional elevados más tarde a definitivos o en las conclusiones de este último carácter, mediante los oportunos pedimentos, peticiones o pretensiones formulados en los mismos; pudiéndose entender que, las Audiencias, incurren en la incongruencia omisiva consagrada en el núm. 3.º del art. 851 de la L. E. Crim., cuando no dan adecuada respuesta a las cuestiones planteadas, guardando silencio respecto a las mismas y absteniéndose de resolverlas, positiva o negativamente, para bien o para mal, explícita o implícitamente, en sus sentencias.







Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

CONGRUENCIA CON LAS CALIFICACIONES.

S 4 junio 1981 (RA 2571)

*En recurso de casación interpuesto por el procesado al amparo del artículo 851-4.º de la L. E. Crim., por penar por delito más grave que el acusado, el TS hace unas reflexiones previas sobre la congruencia de la sentencia penal.*

CONSIDERANDO: Que es doctrina reiteradísima de este Tribunal la de que los Tribunales de instancia no quedan vinculados por las calificaciones jurídicas que de los hechos hubiesen hecho las partes, sino que conforme a los principios generales de aplicación, tanto en el proceso penal como en el civil, «iura novit curia» y «da mihi factum dabo tibi ius» el Tribunal corresponde hacer la calificación jurídica de los hechos probados que estime procedente, sin otra limitación que la de no condenar por delito más grave que el que haya sido objeto de acusación, salvo si hubiese hecho uso de la facultad que le confiere el art. 733 de la L. E. Crim.; que puede apreciar la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal cuando así se desprenda de los hechos, aun cuando no hubiesen sido alegadas por las partes y, por último, que entra dentro de su arbitrio imponer la pena en la extensión que fuere procedente dentro del grado de que se trate o de la señalada al delito objeto de acusación.

## 9. RECURSO DE CASACION

### 9.0. Doctrina general

LEGITIMACIÓN. DEFENSA DE DERECHOS PROPIOS.

S 8 junio 1981 (RA 2630)

*En proceso seguido por delito de imprudencia, el procesado recurre en casación por quebrantamiento de forma fundándolo en el denunciado defecto procesal de no haber sido notificado a la Compañía de seguros el auto de conclusión del sumario, ni haber sido emplazada a comparecer ante la Audiencia, no obstante figurar declarada responsable civil subsidiario por el Juzgado de Instrucción, siendo el recurso desestimado por el TS.*

CONSIDERANDO: Que... el recurrente, al razonar como lo hace, olvida, por un lado, que los recursos se dan para la defensa de derechos propios por lo que no se halla legitimado para la defensa de los derechos que a la citada Compañía aseguradora pudieran corresponder, sin que ningún perjuicio pueda derivarse para los derechos que a su favor puedan dimanar del contrato de seguro voluntario que tenga concertado con la mentada Compañía del supuesto defecto procesal.

CUESTIONES NUEVAS.

S 1 abril 1981 (RA 1503)

*El procesado, recurrente en casación, no invocó una atenuante en sus conclusiones definitivas, alegándola como primer motivo en la impugnación casacional. Hay que advertir que, a pesar de ello, el TS entró a examinar la alegación del procesado, dada la inconexa, lacónica y a veces poco comprensible redacción de la sentencia recurrida.*

CONSIDERANDO: Que es consustancial a la naturaleza del recurso de casación por infracción de Ley que, la censura o revisión que implica el mismo, se circunscriba al examen de los errores «in iudicando» que pudo cometer el Tribunal «a quo» al enjuiciar el «thema dedidenci» que las partes le brindaron, y que, por lo tanto, no pueden detectarse ni corregirse errores en la aplicación o interpretación de preceptos sustantivos cuando, cualquiera de dichas partes, reservándose «in pectore» determinadas alegaciones, las sustraen al conocimiento de las





Audiencias y, por tanto, al debate de instancia, reservándolas para la casación como cuestiones nuevas que acceden, sorpresivamente y «per saltum», al T. S., sometiendo a éste una óptica de contemplación que no pudo ser ni conocida, ni controvertida o rebatida, conculcando así flagrantemente los principios de bilateralidad, contradicción y «bona fides» procesal que inspiran y presiden la fase plenaria del proceso penal español. Por ello, tales cuestiones nuevas, están repudiadas y proscritas en este trámite según declaración constante de este Tribunal, formulada en sentencias que, por su abundancia y concordancia, es ocioso citar.

### 9.1. Recurso de casación. Por infracción de ley

POR ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA.

1) S 9 mayo 1981 (RA 2163)

*Interpuesto recurso de casación basado en error de hecho por tres motivos, es desestimado por el TS. El segundo de ellos se trataba de una certificación del Registro de la Propiedad en la que se hace constar que la venta de una de las naves fue realizada por los hermanos C., cuando en el Registro figuraba como titular dominical don Vicente C. M.; se desestima porque el TS entiende que la certificación no goza de autenticidad sobre este extremo, por no arrojar el carácter de indubitado, dados los principios en que se funda la legislación vigente del registro inmobiliario.*

CONSIDERANDO: Que el motivo del recurso de casación, articulado al amparo del núm. 2.º del art. 849 de la L. E. Crim., reclama para su viabilidad la concurrencia de los requisitos siguientes: 1.º La existencia de una equivocación en la actividad apreciativa de la prueba por el Organo Judicial, puesta de manifiesto de modo evidente, y en virtud de la cual en la declaración de hechos probados se hace constar como supuesto fáctico lo realmente no acontecido; 2.º Que la equivocación o el error se derive de la existencia de un documento auténtico, aportado como medio probatorio, tanto desde el punto de vista externo —otorgado con las formalidades exigidas por la Ley— como desde el interno —contenido indubitado—; 3.º Que el error no se encuentre desvirtuado por otros medios probatorios; y 4.º Que, como requisito de carácter formal, en la preparación del recurso, se designen los particulares del documento, sin necesidad de razonamiento alguno, que pongan de manifiesto el error alegado, según el párr. 2.º del art. 855 de la Ley Procesal citada —SS. 7 noviembre 1979, 13 octubre 1980 y 13 enero 1981.

2) Con la misma doctrina, v. S. 25 junio 1981 (RA 2792).

### 9.2. Recurso de casación. Por quebrantamiento de forma

POR DENEGACIÓN DE DILIGENCIA DE PRUEBA. EXTENSIÓN. POR DENEGACIÓN SUSPENSIÓN DEL JUICIO ORAL.

S 13 abril 1981 (RA 1635)

*En el inicio de las sesiones del juicio oral la defensa del procesado solicitó la suspensión de las mismas «hasta que se resuelva la apelación interpuesta en las Diligencias Preparatorias» seguidas ante un Juzgado de Instrucción. No se trataba, por tanto, de ninguna de las causas legalmente establecidas ni, según el TS, tendía a la aportación de elementos probatorios propuestos en tiempo y forma.*

CONSIDERANDO: Que, la doctrina jurisprudencial, ha interpretado, el número 1 del art. 850 de la L. E. Crim., de un modo extensivo comprendiendo, dentro de dicho precepto, no sólo los supuestos en los que, las Audiencias, han denegado diligencia o diligencias de prueba que, propuestas en tiempo





Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

y forma, eran pertinentes, sino también a aquéllos otros en los que, declarada previamente la pertinencia de determinadas pruebas, y no pudiendo practicarse éstas durante el decurso de las sesiones del juicio oral por razones ajenas e independientes a la voluntad de la parte que las propuso, la Audiencia, pese a solicitarlo la referida parte, se negare a suspender dichas sesiones hasta que sea posible la práctica de las citadas pruebas; pero, por muy evolutiva y expansiva que sea dicha hermenéutica no lo es hasta el punto de albergar en el precepto analizado las peticiones de las partes no relacionadas con la aportación de medios probatorios ni las solicitudes de suspensión de las sesiones del juicio oral fundadas en causas distintas a las previstas por el legislador en los arts. 745 y 746 de la L. E. Criminal.

POR DENEGACIÓN DE DILIGENCIA DE PRUEBA. REQUISITOS.

1) S 29 abril 1981 (RA 1679)

*Aun reconociendo el TS que se dan cumplidamente los requisitos exigidos para la estimación del recurso amparado en esta causa, declara no haber lugar a él por cuanto falta la conexión funcional o necesidad de que el medio de prueba sea practicado para llegar al claro conocimiento de los hechos.*

CONSIDERANDO: Que como tiene reconocido esta Sala reiteradamente —SS. 30 octubre 1980, 17 enero y 13 febrero 1981, entre otras—, el motivo casacional del núm. 1.º del art. 850 de la L. E. Crim. —denegación de prueba pertinente propuesta en tiempo y forma—, tiene su razón de ser en la protección y desarrollo del derecho que consagra la Constitución, en su art. 24, «a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa», frase que implica el reconocimiento de un derecho procesal con la limitación de la pertinencia, en el sentido de que puede ser denegado en aras de la efectividad del trámite procesal, cuando sea impertinente, por lo que esta misma Sala, en las resoluciones antes citadas, tiene declarado que, para la viabilidad de la casación ante la negativa probatoria del Tribunal de Instancia, es necesario: 1.º Que el medio probatorio sea propuesto en el momento procesal adecuado y con las formalidades legales; 2.º Que conste la denegación de la prueba propuesta, bien en la admisión o en la práctica; 3.º Que no sea impertinente, bien en su consecución material, en cuanto que es preciso que la prueba tenga relación con el objeto del proceso, o en su conexión funcional, ya que también es necesario que esté encaminada al conocimiento de los hechos; 4.º Que se dé a conocer el contenido del medio probatorio propuesto, con la finalidad de apreciar su pertinencia o impertinencia y con ello evitar la indefensión proscrita legalmente con rango constitucional; 5.º Que se haga constar la correspondiente protesta, como justificante del «petitum» de la subsanación y la no aquiescencia al defecto procesal.

*En parecido sentido, v. S. 25 junio 1981 (RA 2792).*

2) S 15 junio 1981 (RA 2660)

*En proceso seguido por el incendio del «Scala» la defensa de uno de los procesados propuso la declaración de 38 testigos denegando la Audiencia la declaración de 16 de ellos. ..Recurrida en casación la sentencia, entre otros por este motivo, el TS desestima el recurso razonando sobre cada una de las inadmisiones.*

CONSIDERANDO: Que, para que una pretensión casacional, fundamentada en el núm. 1 del art. 850 de la L. E. Crim., pueda prosperar, es preciso, que se trate de prueba o pruebas —acreditamiento de hechos controvertidos—, propuestas por las partes el —«onus probandi», en el proceso penal, incumbe ordinariamente a aquéllas—, en tiempo —en los escritos de





calificación provisional si se trata de proceso ordinario y, en aquellos y hasta el inicio de las sesiones del juicio oral, si se trata de procedimiento de urgencia—, y, en forma, esto es, del modo que previenen los arts. 566 y 657 de la L. E. Crim., que hubieren sido denegadas, bien «ab initio» o de modo inadmisivo, bien de manera efectiva o en el momento de la práctica de las que habían sido oportunamente admitidas, que fueren pertinentes, esto es, relacionadas con el «thema decidendi» o referidas a los hechos que sean objeto del debate, y conducentes, es decir, útiles y que, su resultado, pueda contribuir efectivamente a formar la convicción del juzgador sobre los problemas fácticos que defiera el proceso, no siendo conducentes las pruebas inútiles, superfluas e inanes, y, finalmente, que se haya formulado oportunamente la protesta o reclamación a que se refieren los arts. 659, párr. 4.º, 855, último párr., y 884, núm. 5, de la L. E. Criminal.

POR FALTA DE CLARIDAD EN LOS HECHOS PROBADOS.

1) S 20 mayo 1981 (RA 2265)

*En proceso seguido por delito de apropiación indebida, el recurrente en casación alega el quebrantamiento por este motivo, siendo desestimado el recurso por el TS al entender que se trata de supuestas omisiones consistentes en no haber incluido en el relato fáctico de la sentencia todo lo que el recurrente entiende debió haberse incluido.*

CONSIDERANDO: Que como esta Sala tiene declarado hasta la saciedad, la falta de claridad en el relato fáctico de la sentencia con virtualidad suficiente para engendrar la causa de nulidad del inciso primero del art. 851 de la L. E. Crim., es aquella que se produce cuando al relatar los hechos que se declaren probados se haga de manera tan vaga, oscura o imprecisa que en el relato resulte ininteligible a los efectos de la procedente ulterior calificación jurídica antecedente del fallo, por lo que no integra el supuesto previsto por el mentado precepto legal, ni el que el Tribunal no recoja las alegaciones fácticas que hubieren realizado las partes, en cuanto que lo único que viene obligado a consignar son los hechos que, según su convicción, hubiesen quedado terminantemente probados, ni el que en el mencionado resultando se contengan omisiones, ya que la existencia de éstas tienen fórmulas legales específicamente destinadas a obtener su subsanación, como son, o bien el cauce establecido en el número 2.º del art. 849 de la propia Ley, para lograr que se complete el relato fáctico de la sentencia, o bien el establecido en el núm. 1.º del propio artículo, para el supuesto de que las omisiones denunciadas afecten a alguno de los elementos integrantes del tipo del delito de que se trate y por el que el procesado recurrente hubiese sido condenado.

2) S 8 junio 1981 (RA 2629)

*En proceso por delito contra la salud pública, recurren en casación los procesados alegando entre otros este motivo de casación. Por las consideraciones que siguen, el TS desestima el recurso, aun cuando hubiera algunos extremos no consignados en los resultandos de la sentencia.*

CONSIDERANDO: Que el inciso primero del núm. 1 del art. 851 de la L. E. Crim. y la regla 2.ª del art. 142 del mismo cuerpo legal, exigen y requieren que, las narraciones históricas de las sentencias penales, sean claras, expresas y terminantes, esto es, que, de modo nítido, diáfano, comprensible, explícito y categórico, realicen cuantas declaraciones fácticas sean precisas para constituir el adecuado soporte de los problemas jurídicos que hayan de dilucidarse en el proceso concreto de que se trate, evitando cuidadosamente la oscuridad, el conceptismo y la im-



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

penetrabilidad, el empleo de términos incoherentes, fragmentarios, oscuros, enigmáticos, esotéricos y anfibológicos, así como las vaguedades, imprecisiones, equívocos, ambigüedades y términos dubitativos. Siendo preciso añadir que, esto no obstante, ciertos comportamientos, como el de autos, gracias a desenvolverse o transcurrir clandestinamente y en la penumbra ilícita que constituye un «habitat», no se manifiestan de un modo tan público y notorio que permita acreditar toda suerte de datos y pormenores, sino que, antes al contrario, los protagonistas de tales hechos suelen enmascarar y disimular sus ilegítimas actividades tras un velo de misterio que disfrace el tráfico a que se dedican, siendo así harto difícil conocer y describir, exacta y minuciosamente, todos los detalles de su nefasta actuación, por lo que, este Tribunal, no puede ser implacable a la hora de enjuiciar los términos del «factum» de las sentencias de instancia dedicadas a dichos temas, siempre y cuando, claro está, se inserten y consignen en el mismo los requisitos fácticos esenciales que permitan la decisión de la habitual temática del proceso penal así como de la especial que el caso concreto defiera.

3) S 15 junio 1981 (RA 2662)

*En proceso seguido por delito de depósito de armas de guerra recurre el procesado alegando falta de claridad con base en que no se concretan a su entender las personas que recogen las armas y su número lo que contribuye a su condena, desestimando el recurso el TS ya que en la sentencia de instancia se especifica que un comando llamado Perú, dependiendo de la organización terrorista E.T.A. militar y formado por tres personas, citando entre ellas al procesado.*

CONSIDERANDO: Que el defecto formal denunciado, falta de claridad en los hechos probados, como comprendido en el inciso 1.º del art. 851-1.º de la L. E. Crim., ha de consistir, según reiteradísima doctrina de esta Sala, cuando existe una carencia absoluta de hechos probados, cuando se redactan con oscuridad, vaguedad, de forma ininteligible o incomprensible o cuando no son terminantes, esto es, cuando son dubitativos, no son categóricos, ni concluyentes, así como cuando se limitan a relatar el resultado objetivo de las pruebas, sin formar convicción el Tribunal de la apreciación conjunta de las mismas porque ello no supone hechos declarados probados por el Tribunal —SS. de 12 febrero 1979, 7 mayo 1979, 14 mayo 1979, 30 junio 1979, 25 marzo 1980, 29 mayo 1980, 22 septiembre 1980 y 1 diciembre 1980.

*En el mismo sentido, S. 7 abril 1981 (RA 1605).*

POR CONTRADICCIONES EN HECHOS PROBADOS..

1) S 9 abril 1981 (RA 1614)

*La acusación particular, recurrente en proceso seguido por presuntos delitos de falsedad, estafa y apropiación indebida, alega la contradicción en hechos probados entre las frases contenidas en la sentencia de instancia de que «el saldo de la cuenta de ahorros de la que es titular C. Mutua Patronal de Accidentes de Trabajo quedó afecto al buen fin del cobro de papel descontado a otras empresas» con la en que se manifiesta que «se documentó por personas no debidamente concretadas, irregularmente en la cartulina o ficha de apertura de la cuenta de ahorro aludida y no en otro impreso, intercalando la frase, afecta a los riesgos del grupo S.», siendo desestimado el recurso por el TS porque, con la simple lectura, se pone de manifiesto que la contradicción no existe, cual ocurre también con la manifestación «hasta el límite del saldo que mantuviese C. en cuenta de ahorro» y la que afirma «que el importe de los devueltos excedió de límite», todo ello en el siguiente*





CONSIDERANDO: Que para la viabilidad del motivo de casación previsto en el inciso segundo del núm. 1.º del art. 851 de la L. E. Crim., tiene establecido la doctrina de esta Sala —SS. 27 de septiembre de 1980, 28 enero y 17 de marzo 1981, que son necesarios los siguientes requisitos: 1.º La existencia de frases incompatibles entre sí en su apreciación cognoscitiva, de tal modo que si se acepta el conocimiento de una de ellas no es factible el de la otra; 2.º Que esta incompatibilidad guarde conexión con los elementos de la calificación jurídica; y 3.º Que la supresión de las expresiones incompatibles produzca un vacío, ante la imposibilidad de ser suplidas por otras de la misma narración fáctica, determinante de un fallo incongruente.

2) S 13 mayo 1981 (RA 2220)

*El procesado recurrente en casación alega el vicio procesal a que se alude en este apartado haciendo una particular interpretación y composición de la frase de la sentencia de instancia en la que se dice que el procesado, que ejercía su profesión con toda normalidad y con disputas frecuentes, había anunciado que mataría a su suegra y a su esposa, poseía una personalidad psicopática, violenta en sus reacciones, con inteligencia normal y en plenitud de sus facultades cognoscibles y volitivas.*

CONSIDERANDO: Que como ha declarado reiteradamente la doctrina de esta Sala, y últimamente en sus SS. de 13, 23 y 28 enero y 31 marzo 1981, el vicio procesal de manifiesta contradicción entre los hechos probados a que alude el inciso segundo del núm. 1.º del art. 851 de la L. E. Crim., requiere los siguientes presupuestos, primero, que dicha contradicción sea manifiesta, entendiendo por tal, no tanto que sea ostensible, sino que también y principalmente, que sea irreconciliable, incompatible, insubsanable e insoslayable dentro de su integración y contexto en el relato histórico; segundo, que sea interna, es decir que resulte del propio relato histórico; tercero, que afecte a hechos o circunstancias o elementos esenciales; y, cuarto, que sea causal del fallo, en el sentido de hacer llegar hasta él el vicio de que se trata.

*En el mismo sentido, S. 16 mayo 1981 (RA 2230).*

3) S 20 mayo 1981 (RA 2262)

*El condenado por delito de escándalo público recurre en casación alegando contradicción entre las frases de la sentencia de instancia «fue sorprendido cuando se masturbaba en el interior del furgón», a la que se añadía en el mismo resultando «hechos éstos que fueron presenciados por los vecinos de las casas cercanas», porque «sorprender» no tenía una equivalencia idiomática y una significación gramatical a la de presenciar o contemplar, siendo desestimado el motivo por el TS.*

CONSIDERANDO: Que como tan reiteradamente se tiene declarado por esta Sala, el vicio o defecto procesal contemplado en el inciso segundo del núm. 1.º del art. 851 de la L. E. Crim., de que «resulte manifiesta contradicción» entre los hechos declarados probados, supone y requiere que en el contexto de éstos se inserten aseveraciones fácticas incompatibles, implicando por tanto objetivamente dos o más pasajes o extremos de los mismos sobre cuestiones esenciales que sean enteramente inconciliables y cuya oposición y antítesis han de quedar clara y patentemente reflejadas, de tal forma que al resultar amparados por la intangibilidad y vinculación de los hechos probados, tales pasajes se anulan recíprocamente, creando un vacío fáctico insubsanable, con repercusión en la fundamentación jurídica de la Sentencia carente de la indispensable y lógica sustentación válida para llegar al adecuado y más acertado fallo, como fase final y primordial del proceso



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

tramitado, este defecto procesal no puede derivarse de las deducciones o interpretaciones más o menos sagaces que las partes puedan aportar de los distintos apartados que la narración fáctica ofrezca, que aun siendo esquemática puede comprender los elementos sustanciales para la correcta tipificación de la conducta enjuiciada y de los hechos, pues la contradicción tutelada ha de ser manifiesta, es decir tan clara, ostensible y palmaria, que sin complementos adicionales ni sugerencias ingeniosas, se desprenda por sí misma del simple contraste directo y escueto de las locuciones o frases comparadas como supuestamente contradictorias sin serlo, que es el caso que se examina, en que al emplear el verbo «sorprender» es análogo en el sentido del relato a «descubrir» o presenciar el acto atentatorio a la moral y buenas costumbres realizado, lo que nada impide que el mismo fuera simultáneamente observado por otros vecinos de casas inmediatas que se sintieron ofendidos en su recato y pudor, sobre todo si eran mujeres o menores, que es precisamente lo acaecido, según se desprende del examen de los autos por esta Sala para la mejor comprensión de los hechos conforme a la facultad otorgada por el art. 899 de la citada Ley Procesal.

*En el mismo sentido S. 28 abril 1981 (RA 1675).*

POR PREDETERMINACION DEL FALLO EN HECHOS PROBADOS.

1) S 9 abril 1981 (RA 1618)

*En proceso seguido por delito de robo se alega por el condenado esta falta procesal fundada en la expresión de que el «procesado abrió los candados que cerraban dichas maletas con un alfiler».*

CONSIDERANDO: Que doctrina jurisprudencial reiterada —SS. 19 mayo 1980, 11 julio del mismo año y 5 febrero de 1981— determina que para su apreciación es necesario: 1.º Que los supuestos de hecho de la narración que la sentencia hace sobre los mismos declarándolos probados, contengan frases o expresiones que necesitan para ser comprendidas conocimientos jurídicos; 2.º Que estos supuestos estén en conexión con los elementos del delito, con la determinación de su ejecución, participación o circunstancias influyentes en la responsabilidad; y 3.º Que la supresión de los mismos produzca un vacío en la descripción fáctica, que produzca un fallo congruente.

*En el mismo sentido, S. 9 abril 1981 (RA 1613), y 16 junio del mismo año (RA 2748).*

2) S 14 mayo 1981 (RA 2225)

*El condenado en proceso seguido por imprudencia temeraria recurre en casación alegando como predeterminación del fallo la frase de la sentencia de instancia, según la cual, «el recurrente había ingerido bebidas alcohólicas con pérdida de reflejos», desestimando el recurso por entender que no constituyen expresiones técnico-jurídicas, que supongan la esencia del delito de imprudencia.*

CONSIDERANDO: Que los conceptos jurídicos predeterminantes del fallo, según reiterada doctrina de esta Sala, son: 1.º) Las expresiones técnico jurídicas de carácter sustantivo penal, que dan nombre, individualizan o especifican el delito o definen la esencia del tipo de la infracción criminal o uso indebido de palabra que denoten lo que es la médula y entraña del tipo delictivo. 2.º) Que tales expresiones son sólo, ordinariamente asequibles a los juristas, no siendo propias del lenguaje común u ordinario, que es el que el Juez debe emplear para narrar conductas sometidas a su enjuiciamiento y fallo, en cuanto que son juicios de valor, que encierran la calificación jurídico-penal de los hechos, cuyo lugar adecuado y procesal son los consi-





derandos de la sentencia, desplazada inadecuadamente a la narración fáctica —SS. de 10 mayo y 23 junio 1978, 20 marzo, 30 octubre 1979, 28 octubre 1978, 7 febrero y 25 marzo 1980.

*En el mismo sentido S. 23 junio 1981 (RA 2789) y 29 junio 1981 (RA 2933).*

3) S 19 mayo 1981 (RA 2243)

*En proceso seguido por delito de hurto, el TS desestima el recurso de casación al considerar que no se da el vicio de predeterminación cuando se emplean expresiones como «cogieron con ánimo de beneficio», «en beneficio propio», «quedarse y disponer en personal beneficio», «propósito de beneficiarse de su producto», «con ánimo de propio beneficio», o «con ánimo de patrimonial beneficio», citando jurisprudencia al respecto, así como tampoco implica predeterminación la frase utilizada en la sentencia recurrida «se apoderó con ánimo de beneficiarse».*

CONSIDERANDO: Que, como ya ha tenido ocasión de precisar reiteradamente la doctrina de esta Sala al enjuiciar el alcance del inciso 3.º del número 1.º del art. 851 de la L. E. Crim. (SS. 14 marzo y 26 diciembre 1979, 19 abril y 23 mayo 1980 y 13, 15 y 27 de enero último), se incurre en el vicio procesal de predeterminación del fallo cuando en el relato de hechos probados se emplean palabras o frases que están íntimamente ligadas al núcleo de la acción que se tipifica como delito, con las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal o con los grados de participación o ejecución del delito y que para su comprensión o alcance se precisan conocimientos propios de la ciencia jurídica y que su supresión produzca un vacío fáctico que, a su vez, sea causal del fallo, precisando, además, establecer la diferenciación última en el sentido de que las palabras o frases sean patrimonio exclusivo de la ciencia jurídica y no puedan ser entendidas más que en tal aceptación o que, aun coincidiendo en su expresión, inteligencia o sentido con aquéllas, suponga, desde el punto de vista semántico, una expresion de uso corriente o vulgar en el lenguaje de comunicación, dejando entonces de constituir el vicio procesal de que se hizo mérito.

POR PENAR UN DELITO MÁS GRAVE QUE EL ACUSADO.

1) S 19 mayo 1981 (RA 2244)

*Los acusados por delito de atentado impropio, fueron condenados por delito de incendio. Recurriendo en casación el TS desestima este motivo, argumentando que el delito de atentado está penado con las penas de prisión menor y multa, en tanto que el de incendio lo está con la de presidio menor, no siendo en consecuencia este delito más grave que el primero, por cuanto la duración temporal de la privación de libertad es la misma, y el delito de atentado está sancionado con dualidad punitiva, bien que teniendo la misma duración temporal, habría de considerarse más grave la de presidio que la de prisión.*

CONSIDERANDOS: Que la casación de la sentencia, conforme establece el motivo 4.º de la Ley reguladora del proceso penal en su art. 851, tendrá lugar cuando se pone un delito más grave que el que haya sido objeto de la acusación, si el Tribunal no hubiese hecho uso de la facultad discrecional que le confiere el art. 733 con carácter excepcional, lo que determina la imposibilidad de sancionar delito de mayor punición en aras del principio acusatorio, derivándose de la exégesis de ambos preceptos.

1.º Que la normativa general de carácter prohibitivo, viene dada por la limitación jurisdiccional del Tribunal, para apreciar una infracción delictiva más grave que la determinante del enjuiciamiento del proceso; 2.º Que la excepción se permite cuando el Organo Judicial pide ilustración a las partes



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

sobre si los hechos constituyen la figura delictiva que desea ser aplicada; y 3.º Que el Tribunal puede imponer mayor pena que la solicitada por las acusaciones, siempre que no exceda de los límites de la correspondiente al delito objeto de acusación en virtud de la discrecionalidad imperativa de las reglas para su aplicación.

2) S 8 junio 1981 (RA 2586)

*En el considerando que se transcribe el TS entiende que no incurre en este vicio procesal la sentencia que condena no ya por un delito más grave, sino que impone pena superior a la solicitada por estimar la concurrencia de circunstancias agravantes.*

CONSIDERANDO: Que lo que da lugar al vicio o defecto contemplado en el núm. 4 del art. 851, es que el Tribunal «a quo» haya procedido a penar un delito más grave que el que era objeto de la acusación, sin haber hecho uso de la fórmula contenida en el art. 733 de la L. E. Crim.; por lo que planteado el primer motivo del recurso de Francisco B., no porque se hubiera penado por la Sala de Instancia un delito más grave, sino por haber apreciado la existencia de una circunstancia agravante de reiteración que no fue objeto de la acusación; dicho motivo no puede ser acogido, por ser facultad potestativa del Tribunal el aplicarla cuando resulte su existencia de los hechos declarados probados, ya que su facultad de arbitrio, sólo se halla limitada a no imponer una pena por delito más grave que el que haya sido objeto de las acusaciones, que es la falta que dicho artículo contempla y no el caso de que condenando el Tribunal por el mismo delito que ha sido objeto de la acusación, las penas impuestas fueran de mayor duración que las solicitadas por el M.º Fiscal, en virtud de la aplicación de circunstancias agravantes de la responsabilidad criminal, que por error, olvido o cualquier otra causa no hayan sido tenidas en cuenta o alegadas en los escritos de calificación de las partes, ya que el Tribunal puede por sí subsanar tal olvido, sobre todo si como sucede en el presente caso, podía imponer la pena que impuso, aun sin tener en cuenta la existencia de la agravante citada.

## 10. COSA JUZGADA

NULIDAD DE ACTUACIONES. PLANTEAMIENTO.

S 2 junio 1981 (RA 2564)

*El acusado en el escrito de interposición del recurso de casación y por medio de otrosí, plantea «ex novo» la existencia en el caso de cosa juzgada material, aduciendo una condena anterior por razón de los mismos hechos, cuestión que el TS rechaza por no concurrir las identidades exigidas, al ser hechos diversos los enjuiciados en uno y otro proceso.*

CONSIDERANDOS: Que a diferencia del ordenamiento procesal civil que conoce el incidente o recurso de nulidad de actuaciones —véase art. de la 745 de la L. E. Civ.—, la L. Pro. Penal no regula ni prevé otro tipo de nulidad de actuaciones que el que pueda acordarse por la vía impugnativa de los recursos de reforma, súplica, apelación, casación por quebrantamiento de forma o revisión cuando, a través de ellos, se registre o acredite que el Tribunal de que se trate ha incidido en algún vicio procedimental que es preciso enmendar o corregir. .Este Tribunal, pese a que la L. E. Civ., se suele entender de aplicación subsidiaria respecto a su fraterna L. E. Crim., se resistió largo tiempo a admitir cualquier pretensión determinante de nulidad de actuaciones y que no se canalizara por la vía de los recursos de casación por quebrantamiento de forma cuyos motivos se enumeran taxativamente en los arts. 850 y 851 de la citada Ley Procesal Penal, siendo paradigma de lo que se dice las SS. de 5 mayo 1953, 25 febrero 1954, 6 marzo 1961 y 22 junio 1962; pero, posteriormente —véanse





SS. de 24 mayo 1965, 28 septiembre 1973, 11 junio 1974, 21 noviembre 1969, 2 abril 1979 y 6 junio 1980 y los autos de 2 marzo, 20 abril y 29 noviembre 1977—, admitió la posibilidad de plantear temas relacionados con la validez de las actuaciones, bien por la vía del art. 666 de la L. E. Crim., bien aprovechando el acceso de los autos a este Tribunal, e incluso «ex officio», siendo la base o sustentáculo de la nueva doctrina jurisprudencial, el carácter cogente e imperativo de las normas procesales, su naturaleza pública e inderogable y no dispositiva, y la necesidad ineludible de observar estrictamente cuantos preceptos rituarios establecen las Leyes procesales en garantía del adecuado enjuiciamiento de cuantas cuestiones se someten a los Tribunales y del más escrupuloso respeto a las garantías individuales y a los derechos fundamentales de la persona de los acusados; habiendo declarado también este Tribunal: a) que dicha pretensión sólo puede prosperar cuando se refiere a normas de procedimiento cuya conculcación puede entrañar grave transgresión de lo preceptuado o acarrea la total o parcial indefensión de alguna de las partes; b) que de ninguna manera puede fundarse en cuestiones de fondo y no en errores «in procedendo», las cuales tienen amplias posibilidades de impugnación siquiera sea por la vía natural del recurso de casación por infracción de Ley; y c) que, de todos modos, debe imperar un criterio restrictivo en orden a la admisibilidad de pretensiones de la índole reseñada si no se quiere que, la «ratio legis» del recurso de casación por quebrantamiento de forma, se vulnere, y que su carácter extraordinario y lo taxativo y «numerus clausus» de sus motivos queden, fraudulentamente, hollados, desvirtuados y escarnecidos gracias a una admisión inmoderada de toda clase de pretensiones basadas en presuntos vicios de sustanciación que, a veces, no se denunciaron en su momento ni se intentaron corregir acudiendo a cualquiera de los recursos ordinarios o extraordinarios procedentes.

Que ante todo, es preciso destacar que, la cosa juzgada, presunción de verdad que requiere inexcusablemente la conocida coincidencia de límites subjetivos y objetivos —«eadem res», «eadem personae» y «eadem causa petendi»— no es una cuestión formal o procedimental ni entraña —su inaplicación— un vicio o defecto de sustanciación corregible por la vía escogida por el recurrente, sino que, antes bien, toda pretensión basada en su existencia debe encauzarse por la vía del art. 666 de la L. E. Crim. o por la del núm. 1 del art. 849 de dicho cuerpo legal.

## 11. RECURSO DE REVISION

NULIDAD DE ACTUACIONES.

S 7 mayo 1981 (RA 2130)

*Habiéndose incoado dos sumarios y recaído dos sentencias condenando a la misma penalidad y por los mismos hechos a la misma persona, el TS estima el recurso de revisión interpuesto, declarando la nulidad de la segunda sentencia.*

CONSIDERANDOS: Que a través del recurso de revisión de los arts. 954 y siguientes de la Ley, se ejercita realmente un recurso de nulidad de actuaciones, porque tratándose de un mismo hecho, sobre el que han recaído dos sentencias condenatorias, contra la misma persona, procedentes de distintos Juzgados y la misma Audiencia Provincial, es claro que con un rigor legal, no se encuentra el supuesto comprendido en ninguna de las previsiones del art. 954 de la L. E. Crim., mas ello no obsta para que contrariándose el principio elemental del «non bis in idem», pueda abordarse el problema desde otra óptica, para darle una solución justa, humana y equitativa, que son los principios imperantes en toda nuestra legislación vigente.

Que ya ha establecido esta Sala con carácter reiterado hasta el punto de formar cuerpo de doctrina, que el re-



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

curso o incidente de nulidad de actuaciones es un procedimiento inexistente en nuestra L. E. Crim., pero que la doctrina jurisprudencial en casos especiales y excepcionales ha procedido a la declaración de nulidad, bien de oficio, bien a instancia de parte, cuando las normas violadas afectan al orden público procesal o sustantivo de carácter tan imperativo que dan lugar a vicios absolutos e insubsanables. Y que esta nulidad sólo es aplicable, cuando no hay otro camino legal para restaurar el principio de orden público violado, amparador de los intereses de las partes y de la justicia —Res. de 29 octubre 1974, 6 noviembre 1976, 7 febrero 1978, 21 febrero y 3 marzo 1980.

Que es principio esencial de derecho público procesal el contenido en el art. 300 de la L. E. Crim.: cada delito será objeto de un sumario, no de dos. Y los conexos, si existieren, se comprenderán en un solo proceso. Y el implícitamente contenido en el art. 666 núm. 2.º de la L. E. Crim., «non bis in idem», cuando se dan las tres identidades esenciales subjetivas —de personas objetivas— de cosas o de hechos enjuiciados y de acción, razón o causa de pedir, es decir el concepto y calificación del hecho enjuiciado —SS. de 15 abril 1946, 13 marzo 1970, 24 marzo 1971 y 28 enero 1980.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

JURISPRUDENCIA

# PROCESAL LABORAL

JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER
Profesor Adjunto contratado de Derecho Procesal
Universidad de Valencia

SUMARIO:

1. Conflictos de jurisdicción. — 2. Partes. — 3. Actos procesales. — 4. Sentencia. — 5. Medios de impugnación. — 6. Recurso de casación. — 7. Recurso de casación por infracción de ley. — 8. Recurso de casación por quebrantamiento de forma. — 9. Proceso de revisión. — 10. Proceso de ejecución.

## 1. CONFLICTOS DE JURISDICCION

JURISDICCIÓN CIVIL Y LABORAL.

S 16 noviembre 1981 (RA 4715)

*El Juzgado de Primera instancia es el competente para conocer en un proceso de quiebra de las ejecuciones laborales que se sigan contra el quebrado, si la declaración de quiebra fue posterior al inicio de la ejecución laboral.*

CONSIDERANDOS: Que ya esta Sala Especial, en S. de 26 noviembre 1979, con ocasión de un conflicto surgido entre las jurisdicciones ordinaria y laboral, en proceso que guarda similitud con el que aquí se enjuicia, vino a establecer que, una de las consecuencias o subsiguientes efectos de la declaración de quiebra, y así se dice en el auto en el que la misma se declara, es la acumulación a tal proceso universal, de las ejecuciones pendientes contra el quebrado y de todas las demandas ordinarias y ejecutivas, acumulación que lo que pretende, es impedir que se ejecuten sentencias o se sigan procesos separados contra el quebrado, al tiempo de declararse la quiebra, ya que su integración, como tales acreedores, en la masa pasiva los iguala en condición por razones de interés público, que ha de primar sobre el particular del acreedor.

Que lo anterior significa tanto como que, la naturaleza, fundamento y sustrato del juicio universal de quiebra y en definitiva su primordial finalidad, es la que tiende a lograr que los bienes del quebrado, cuya insuficiencia para cubrir su pasivo han sido los determinantes de tal declaración, sean equitativamente distribuidos entre los acreedores, lo que no sería posible sin

atribuir una específica «vía atractiva» al tal proceso universal que resultaría inocuo, si a la acumulación, por unas causas u otras, no se llegara; debiendo distinguirse, a los efectos acumulativos, dos tipos de procesos o actuaciones; de una parte, los existentes al declararse la quiebra, y, de otra, los surgidos por créditos posteriores a tal declaración, que más bien son deudas de la masa que del quebrado, siendo respecto de los primeros procedente la acumulación, y no en lo que afecta a los segundos, cuyo cobro o realización ha de verificarse fuera o al margen del juicio de quiebra y no dentro de él.

Que al no existir norma legal alguna que excluya de la acumulación a los procesos laborales, vista la terminante prescripción del art. 1379 de la L. E. Civ., que no permite otra exclusión que la de los procedimientos en que se sigan bienes especialmente hipotecados, el único módulo que ha de operar, para determinar si el conflicto ha de resolverse a favor de la Jurisdicción ordinaria o la laboral, es el juego de fechas de la iniciación de este último procedimiento y el de la declaración de quiebra, y como quiera que el documento ejecutivo que originó aquél, es de fecha 30 octubre 1970, dictándose por la Magistratura Especial de Ejecuciones de Barcelona su primera providencia, acordando el embargo si no se satisfacía el débito, en 20 enero 1972, produciéndose tal diligencia en 4 mayo siguiente, en tanto el auto de declaración de quiebra, dictado por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 7, de los de Barcelona, es de fecha 15 mayo 1976, está fuera de toda duda que, de acuerdo con los precitados razonamientos glosados de la sentencia dictada por esta Sala Especial, en la fecha referida el Conflicto Jurisdiccional que se contempla ha de ser resuelto en favor de la Jurisdicción ordinaria, acogiendo y dando por reproducidos los razonamientos acertadamente expuestos por el Ministerio Fiscal en su dictamen, sin que a la vista de lo actuado proceda hacer específico pronunciamiento en cuanto a las costas causadas, debiendo, por ello, cada parte sufragar las causadas a su instancia y por mitad las comunes.

## 2. PARTES

CAPACIDAD DE ACTUACIÓN PROCESAL Y LEGITIMACIÓN.

S 14 diciembre 1981 (RA 5085)

*Las actuaciones procesales practicadas por persona que carece de capacidad de actuación procesal (nulidad de la representación de la persona jurídica demandada) y, consecuentemente, de legitimación, deben ser declarados nulos.*

CONSIDERANDOS: Que habida consideración a lo establecido en el art. 1.º de la L. E. Civ. de supletoria aplicación al orden jurisdiccional Laboral a virtud de lo dispuesto en la disp. final 1.ª del Texto Refundido aprobado por Decreto Regulatorio de 17 agosto 1973, es obligado por razones de orden público procesal dado que estas normas, son de derecho necesario y por consecuencia irrenunciables debe plantearse «ex officio», si en el procedimiento originario se han observado y cumplido la normativa procesal aplicable y especialmente en cuanto atañe a la legitimación de las partes en el proceso, y al propio tiempo a su específica capacidad procesal y así se deriva e infiere, del examen de la sentencia que es objeto del presente recurso; al efecto han de ser objeto de considerado análisis, los propios dictados contenidos, en la sentencia recurrida y que se concretan en las siguientes precisiones incorporadas a los hechos probados: a) que han comparecido en juicio atribuyéndose la representación de la parte demandada (Banco Español de Crédito, S. A.), Francisco O. M. representación que acredita (sic), mediante testimonio de escritura de poder, expedido por el Notario de Madrid, don Félix P. R., de cuyo documento resulta, que el señor O., está facultado para representar en





juicio a la demandada, mancomunadamente con otra persona, que tenga poderes y facultades para ello; b) que don Felipe O. R., que acreditaba su representación, mediante copia de escritura de poder, otorgada en Madrid ante el Notario don Rafael N. L. el 13 mayo 1977, con el núm. 1013 de su protocolo y de cuyo documento no resulta que el señor O. esté facultado para representar ante los Tribunales de la jurisdicción laboral a la empresa demandada; c) que el Magistrado de instancia decide el problema planteado en el fallo de la sentencia y declara: «que estimando la excepción de falta de personalidad de los representantes de la empresa Banco Español de Crédito, S. A., que concurrieron en dicha representación al acto del juicio y decide que «debo declarar y declaro nula la representación que en el mismo ostentaron de dicha empresa, a la que se tiene por no comparecencia en juicio y sin valor alguno las manifestaciones que en calidad de tales representantes hicieron aquéllos, así como cuantos documentos aportaron y diligenciados se practicaron a su instancia» (sic) al propio tiempo, en el fallo se dice «que debe desestimar la demanda interpuesta contra dicha empresa, por Gabriel R. C., y debo declarar y declaro procedente el despido decretado por la demandada contra actor, y en su virtud, debo declarar y declaro resuelta la relación laboral que vinculaba a las partes en litigio, sin derecho por parte del trabajador a indemnización alguna».

Que de estos antecedentes, contenidos e incorporados a la sentencia recurrida, obligado es partir para decidir la procedencia o improcedencia del recurso el que está subordinado a la correcta formalización de la sin duda, relación jurídica procesal, en la que descansa lo decidido, y en la propia sentencia se reconoce, que quienes comparecieron en el procedimiento —en la primera oportunidad, es decir en el acto del juicio—, carecían de capacidad —y subsiguiente legitimación— para representar a la entidad demandada, en cuanto ésta debía ser de carácter y naturaleza mancomunada, la que está exigida a la vista de los poderes aportados, como se acepta bien explícitamente, en la propia sentencia recurrida; consecuentemente la relación jurídico-procesal, no está constituida, en los términos derivados de lo dispuesto en el art. 10 de la L. Pro. Lab., en cuanto establece, que «los litigantes podrán comparecer —ante las Magistraturas de Trabajo—, por sí o debidamente representados»; incuestionable es que en el art. 9.º de la propia Ley Procesal Laboral, existe una remisión del art. 2.º-3 de la L. E. Civ., donde precisa que «por las sociedades y demás entidades jurídicas, comparecerán —en juicio— las personas que legalmente representen»; al no existir más concreción en la L. Pro. Civ., es de evidencia, que de conformidad con lo establecido en el art. 35 núm. 2.º del C. Civ. en relación con el art. 76 de la Ley de 17 julio 1951, ha de atenderse en cada caso a los contratos constitutivos, pactos o estatutos para determinar la representación y de lo probado en autos se infiere que por propia decisión de la entidad la capacidad para comparecer en juicio de sus representantes o apoderados, debería ser mancomunada, por exigencia de los propios Estatutos de la Sociedad demandada; al no concurrir esta circunstancia, evidénciase que carecía de legitimación para ser parte en el proceso, cual se deriva de lo dispuesto en el ya citado art. 10 de la L. Pro. Lab. dado que no citada la entidad demandada ni debida, ni suficientemente representada, y consecuentemente carecían de capacidad para ser parte los representantes o apoderados (no mancomunados) designados por la entidad demandada.

Que de otra parte y a mayor abundamiento el problema planteado viene circunscrito a pronunciarse, sobre si la relación jurídica procesal originaria, está o no irregular e inconcretamente continuada, y al efecto ha de considerarse: a) «que la entidad demandada, ante los defectos de apoderamiento a que se deja hecha referencia, no pudo



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ser parte en el litigio, ni formal ni materialmente, como se reconoce en la propia sentencia recurrida en cuanto no estuvo debidamente representada»; b) que esta insuficiente representación, fue reconocida por el propio juzgador de instancia, el que excluye y elimina del proceso todas las alegaciones y pruebas aportadas por la representación anómala e irregular de la entidad demandada; y c) que no obstante e inexplicablemente se declara la procedencia del despido del actor, sin otra prueba útil y sólida que su propia demanda y la carta de despido anexa; de estos concretos antecedentes, se deriva que «ex officio» debe ser corregida, esta irregularidad procesal, en cuanto afecta al orden del proceso —y su correcta adecuación—, dado que las normas procesales son imperativas y consecuentemente de obligado cumplimiento y así se infiere de la doctrina contenida en las SS. de esta Sala, de 20 octubre 1971; de 28 diciembre 1972 y de 25 noviembre 1977, entre otras, y en razón de que «cuando un fallo contiene pronunciamientos realmente inconciliables, o un conjunto de infracciones llevadas a efecto por el órgano jurisdiccional de normas procesales, que por ser de derecho necesario y de obligado cumplimiento, en garantía de los litigantes, se impone su subsanación, por vía de la nulidad de actuaciones —S. de 4 diciembre 1973—, de otra parte, a esta opción conduce, que cuanto disponen los arts. 72 y 73, con carácter general que en todo caso está subordinado al cumplimiento de las normas generales contenidas en los arts. 10 y 11 de la L. Pro. Lab., en cuanto el Título III de dicha Ley dispone «que la comparecencia en juicio, la representación y defensa» son normas generales incorporadas al Libro Primero de dicha Ley y que en consecuencia tiene la mayor amplitud y condicionan los desarrollos posteriores de dicho Texto Legal y al efecto ya esta Sala en S. de 15 febrero 1977, establece: «que el art. 2.º, párr. 3.º de la L. E. Civ. en lo relativo a la representación en juicio de las personas jurídicas (Corporaciones, Sociedades y demás Entidades) habrán de comparecer mediante las personas que legalmente las representen, en razón sin duda de la imposibilidad de que estos entes convencionales, puedan realizar actos procesales por sí mismos, y de ello se deriva que las personas jurídicas han de promover su propia legitimación y representación, por medio de órganos idóneos.

Que de lo razonado se deriva que la relación jurídico procesal —determinante de este proceso no ha sido constituida en términos de corrección y adecuación, ni a lo dispuesto en la L. Pro. Lab. (art. 10), ni en los de la supletoria L. E. Civ., a los que se deja hecho referencia, y en consecuencia es obligado que se declare, la nulidad de las actuaciones practicadas en el proceso a partir del acto de conciliación y juicio, donde concurrieron los representantes del Banco Español de Crédito, con poderes insuficientes y en consecuencia, deben ser citadas de nuevo las partes, para la celebración de nuevos actos de conciliación y juicio, cuidando el Magistrado de dar cumplimiento exacto, a cuanto dispone el artículo 10 de la L. Pro. Lab., en relación con el art. 2.º de la L. E. Civ. y preceptos concordantes, dictándose la sentencia que sea procedente en derecho.

LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO.

S 4 noviembre 1981 (RA 4370)

*Presupuestos y tratamiento procesal del litisconsorcio pasivo necesario.*

CONSIDERANDO: El litis-consorcio pasivo, como señala la sentencia de esta Sala de 11 marzo 1980 es utilizable por el actor como ejercicio de su derecho a pedir contra quienes estime oportuno, alegable como excepción por el demandado, y apreciable por el juzgador de oficio, y requiere estar establecido expresamente en un precepto legal o derivarse de la relación jurídico-material que se ventila en el pleito, siendo reiterada la doctrina de la Sala





que, señala en materia social puede y debe apreciarse de oficio el litisconsorcio pasivo necesario al pertenecer al orden público procesal —SS. 15 marzo 1958, 18 abril 1968, 16 marzo 1970, 11 noviembre 1975 y otras.

## 3. ACTOS PROCESALES

DEL SECRETARIO; REGISTRO DE ENTRADA.

S 28 noviembre 1981 (RA 4655)

*El TS expone, ante el supuesto extravío de la demanda, lo que es básico en cuanto a su fecha para determinar si la pretensión de despido ha caducado o no, por qué medios puede hacerse constar válidamente la fecha de entrada.*

CONSIDERANDOS: Que el procedimiento tramitado por la Mag. Trab. de instancia se inicia mediante escrito de 18 junio 1980, en el que manifiesta el actor que el 26 abril anterior presentó demanda por despido que no aparece inscrita en los libros-registro de las Magistraturas de Madrid, de la que acompaña copia que solicita se habilite como escrito de demanda del citado 26 abril, copia que fue registrada con el carácter pretendido y fecha de entrada de 18 junio 1980, procediendo a su tramitación la Magistratura a la que correspondió en turno de reparto, y como consecuencia de este planteamiento sostiene la parte demandante, en la instancia y en el recurso, que ha de aceptarse como fecha de presentación la de 26 abril y no la de 18 junio, lo que es trascendente a efectos de caducidad de la acción.

Que las actuaciones judiciales, al intervenir en ellas, además de las partes, el Organo jurisdiccional y ser su certeza principio básico del ordenamiento público del proceso, están sometidas, en cuanto a su constatación, a normas propias, art. 21 y concordantes de la L. Pro. Lab. y art. 249 y siguientes de la de Enjuiciamiento Civil y en el punto concreto que afecta al tema debatido, art. 38 de la primera y 250 de la segunda de las Leyes mencionadas, sin quedar por ello supeditada tal constatación a las reglas generales sobre alegación y prueba de los hechos, y en este sentido ha de ponerse de relieve que en la copia habilitada como demanda consta anotada por el Registro de las Magistraturas la fecha de entrada de 18 junio 1980.

Que partiendo de lo expuesto han de rechazarse los tres primeros motivos del recurso, teniendo en cuenta: a) Que el Magistrado de instancia, al aceptar en la sentencia como fecha de presentación la de 18 junio, lo que hizo tras cerciorarse, mediante certificado del Secretario del Decanato de las Magistraturas aportado para mejor proveer, de que la anotación que el registro hizo constar en la demanda corresponde a lo que resulta de los libros de presentación de tales documentos que se llevan por el Decanato, en los que no existe registrada entrada de otra del actor de fecha anterior, no incurre en la infracción por aplicación indebida del art. 1214 del C. Civ. y de la doctrina legal que lo interpreta —SS. de este Tribunal de 18 marzo 1932, 17 mayo 1947, 9 junio 1949, 20 noviembre 1950, 23 junio 1951 y 15 junio 1973—, que, sin el debido rigor por hacerlo conjuntamente, se instrumentan en el primer motivo del recurso al amparo del ap. 1 del art. 167 de la L. Pro. Lab., porque para llegar a dicha conclusión se parte en la sentencia de lo diligenciado en las actuaciones, careciendo de la aplicación las normas sobre la carga de la prueba de los hechos y también la doctrina conformada por las sentencias invocadas, que se refieren a supuestos, distintos del de autos, en los que, por no constar la fecha de presentación, para suplir a esta omisión, se acude a medios suficientes para justificar tal extremo, como la primera providencia, los datos que constan en el libro registro llevado bajo la fe del Secretario, lo que acredita la hoja correspondiente de la tasa judicial extendida por el Secretario,



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

o lo que resulte de cualquier otro documento fehaciente demostrativo de la presentación, sin que pueda atribuirse este valor, como el recurrente pretende, a una fecha estampada en la parte superior de demanda, sin constancia por nota del Secretario o diligencia del Decanato o de la Oficina de reparto, de que corresponde a la efectiva presentación del documento, por otra parte justificada en cuanto a que tuvo lugar el 18 junio por la anotación extendida por el registro de demandas del Decanato; b) Que el segundo motivo ha de correr la misma suerte adversa porque en él se aduce, con el mismo amparo procesal, infracción por aplicación indebida del art. 1253 del C. Civ., cuando la sentencia recurrida no se basa en la prueba de presunciones sino en lo que resulta de lo diligenciado; y c) Que la aceptación en la sentencia de la fecha de una actuación judicial conforme a lo que resulta del mismo procedimiento, no es cuestión que pueda ser impugnada con éxito al amparo del núm. 5 del art. 167 de la L. Pro. Lab. en base a que en su documento aparece estampada en su parte superior, sin garantía de autenticidad, fecha distinta de lo que resulta de la anotación del Registro de entrada, lo que determina el fracaso del tercer motivo.

## 4. SENTENCIA

REQUISITOS INTERNOS; CONGRUENCIA; DIFERENCIAS CON EL «RECURSO» DE ACLARACIÓN DE SENTENCIA.

S 7 noviembre 1981 (RA 4392)

*La incongruencia no es denunciable a través del llamado «recurso» de aclaración de sentencias, sino a través del recurso de casación, por el motivo 2.º del art. 167 LPL.*

CONSIDERANDOS: Que sobre los Tribunales de justicia actúa el derecho-deber de que al dictar sus sentencias, éstas sean «...claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito...», como enseña el art. 359 de la supletoria L. E. Civ., vinculación que, aun siendo incumplida, puede ser restaurada de propio oficio o a instancia de parte y dentro del día siguiente al de haber sido firmada la sentencia, si el incumplimiento hubiera consistido en la exposición oscura de algún concepto, o en la omisión, al decidir, de algún punto sobre el que se hubiera discutido en el proceso, ya que entonces el Tribunal «motu propio» o instado por alguna de las partes, puede aclarar, sin más efecto que retrasar la llegada de la firmeza de la sentencia, el concepto oscuro, o integrarla con el dato omitido, conforme disponen los arts. 363 y 407 de dicha ley, y ello comporta que, transcurrido el aludido plazo o tratándose de otro tipo de omisión o exceso en el fallo, no podrá solucionarle el propio Tribunal, si bien podrá hacerlo, hasta incluso el T. S., si hasta él llega, a medio del recurso de casación, instado con amparo en los números 2, 3 y 4 del art. 1692, el conocimiento de las posibles extralimitaciones cometidas por incongruencia, y entonces, anulando la sentencia y demás actuaciones posteriores remitirá el procedimiento al Tribunal que incidió en ellas, para que de nuevo dicte la resolución ajustada a Derecho.

Que la aludida doctrina inspira a la L. Pro. Lab. como se desprende de sus arts. 91 y 188, por más que en éste se cometa la incorrección técnica de denominar recurso de aclaración a la petición de este nombre que, dentro del día siguiente, las partes pueden hacer al Tribunal que formuló la expresión oscura o la sentencia incompleta, ya que pasado el plazo, cualquier vicio de incongruencia que pueda contener la sentencia de instancia, sólo será acusable ante esta Sala y a través del recurso de casación amparado en el número 2 del art. 167, que es lo que han hecho, de un lado, la parte recurrente, y de otro, el Ministerio Fiscal, al solicitar al unísono la nulidad de la sentencia combatida, y así ha de acordarlo la Sala, desde el momento en que, al menos dos de las pretensiones formuladas en la demanda, las relativas a percepciones supuestamente debidas por los conceptos de plus de convenio y dietas ascendentes a un considerable número de pesetas, no han sido examinadas ni decididas en la sentencia, por más que, incluso, se haya practicado alguna prueba en relación con ellas; causa suficiente sin necesidad de examinar los demás motivos del recurso para anularla y todas las actuaciones que posteriormente se han llevado a cabo, a la vez que, se devuelve el procedimiento a la Mag. Trab. con el fin de que por el mismo Magistrado se dicte y con entera libertad, la oportuna sentencia, pudiendo acordar, si lo creyera oportuno, la práctica de nuevas diligencias de prueba, y si aquél no pudiera intervenir y hubiera de ser sustituido por otro, cumpliendo lo ordenado en el art. 90, se anula también el acto de la vista, que habrá de celebrarse de nuevo, para poner fin al proceso con nueva sentencia.





## 5. MEDIOS DE IMPUGNACION

«REFORMATIO IN PEIUS».

S 26 noviembre 1981 (RA 4605)

*Concepto y presupuestos del principio de la «non reformatio in peius».*

CONSIDERANDO: Que esta Sala tiene dicho, en S. de 11 diciembre 1979, que el concepto del principio prohibitivo de la «non reformatio in peius» supone la resolución de una cuestión y la limitación de la facultad del superior jerárquico para resolver sobre esa misma cuestión en perjuicio del recurrente a quien favorece, si no fue recurrida o de algún modo impugnada de contrario en el recurso de apelación o de alzada, por lo que se entiende que tal pronunciamiento ha sido consentido por aquél a quien perjudica y no puede ser modificado en perjuicio de aquél a quien beneficia, y así, las amplias facultades de la Comisión Técnica Calificadora Central, quedan limitadas al resolver, en vía administrativa, el recurso de alzada y, de igual modo las del Magistrado de Trabajo al decidir el recurso jurisdiccional, y así lo tiene establecido la Jurisprudencia de esta Sala sobre los más variados temas en sus SS. de 9 marzo 1955, 16 noviembre 1965, 18 enero 1960, 20 febrero 1963, 5 abril 1966, 9 noviembre 1971, 29 septiembre, 3 octubre y 24 noviembre 1973, 19 junio 1974, 2 del 8 febrero, 9 y 17 marzo 1977, 24 abril, 17 junio, 3 y 30 octubre 1978 y 30 enero 1979; doctrina legal que ha de aplicarse en el presente caso, en el que la Comisión Calificadora Central, al estimar el recurso de alzada que la trabajadora interpuso, resolvió que su petición de revisión de incapacidad estaba presentada en tiempo hábil, decisión no combatida en modo alguno por la Mutualidad y frente a la cual se promovió la demanda inicial únicamente por la misma trabajadora con la pretensión de que se la declarase en situación de incapacidad permanente absoluta por revisión de la total que ya le estaba reconocida; demanda a la que se opuso la Mutualidad suscitando de nuevo el tema de la extemporaneidad de la instancia de revisión, ya definitivamente resuelto por la Comisión Central; y como la dicha oposición se acoge por la sentencia de instancia es claro que incidió en la vedada «reformatio in peius», ya que el Magistrado sobrepasó el límite que a sus facultades señala la doctrina legal expresada, lo que lleva a la estimación del primer motivo del recurso que, con invocación del art. 167, 1.º del Texto Procesal Laboral, alega violación del art. 408 de la supletoria L. E. Civ. y de las sentencias de esta Sala que cita, que es apoyado por el M.º Fiscal en su informe; y, en consecuencia, aunque hayan de examinarse los dos siguientes.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

## 6. RECURSO DE CASACION

POR INFRACCIÓN DE LEY Y POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA; DIFERENCIAS ENTRE FALTA DE CONGRUENCIA Y NO RESOLUCIÓN DE UNA CUESTIÓN PREVIA.

S 19 noviembre 1981 (RA 4565)

*La caducidad de la pretensión del actor, aducida por la demandada y no resuelta por el Magistrado en la sentencia de instancia, es una incongruencia de prioridad, puesto que debe ser solucionada en primer término en la sentencia, dado que por su naturaleza obsta a la continuación del juicio o a su fallo final, pero el motivo procedente para recurrir en casación no es el 1.º del art. 167, sino el 4.º del art. 168, ya que es una cuestión previa y, por tanto, recurrible en casación su falta de resolución por quebrantamiento de forma.*

CONSIDERANDO: Que, por la entidad recurrente se estima, que la sentencia recurrida, no es congruente con las pretensiones deducidas por las partes, por lo que incurre en violación del art. 359 de la supletoria L. E. Civ., el cual tiene su amparo procesal en el núm. 2 del art. 167 del Texto Procesal Laboral, toda vez, que dicha entidad, alegó la excepción de caducidad de la acción por parte de la demandante, por haber dejado transcurrir el plazo de treinta días previsto en el art. 59 del referido Texto Procesal Laboral, no siendo la expresada cuestión objeto de examen y consiguiente pronunciamiento en la sentencia recurrida, aduciéndose al efecto por el Ministerio Fiscal, que la referida cuestión, no puede ser alegada en casación por infracción de Ley o doctrina legal, sino que debe ser planteada por la vía del quebrantamiento de forma, lo que hace surgir el problema de si realmente nos encontramos o no ante una cuestión previa, para cuya calificación es necesario tener presente, que son dos los factores determinantes para considerarla como tal, cuales son, la prioridad en su examen y la necesidad de su resolución con anterioridad a los demás problemas afectante al fondo de la cuestión debatida, siendo necesario hacer resaltar a estos efectos, que la jurisprudencia de esta Sala viene manteniendo de manera constante que la misma, ha de ser resuelta antes de entrar a decidir las demás cuestiones debatidas —S. de 2 julio 1968— cuyo carácter previo procesal es de necesaria y anticipada resolución —S. de 24 abril 1967— y ha de ser antecedente obligado para la decisión sobre el fondo —S. de 20 marzo 1967— trámite indispensable, para llegar a la decisión jurisdiccional o bien premisa necesaria para resolver otra postulada, y, por último, la S. de 11 noviembre 1970, sostiene que ha de tratarse de cuestión, que hubiere de ser resuelta antes de entrar a decidir las demás suscitadas, es decir, no puede encuadrarse dentro del término de incongruencia, la falta de pronunciamiento sobre una cuestión de esta naturaleza en un sentido estrictamente procesal, sino que más bien, en realidad nos hallamos ante una incongruencia de prioridad, que debe ser solucionada en primer término en la sentencia de instancia, puesto que por su naturaleza obsta a la continuación del juicio o a su fallo final, características que reúne la existencia de la posible caducidad de la acción ejercitada por la demandante y opuesta por la entidad recurrente, por lo que no puede afirmarse, que nos encontremos ante un supuesto de incongruencia al que se refiere el precepto que se cita como infringido en el motivo al que sirve de base, sino que aquella cuestión, ha de ser encuadrada dentro de las incluidas en el motivo cuarto del art. 168 del Texto Procesal Laboral, razones que han de llevar a rechazar el primero de los motivos en los que el recurso se apoya.





## 7. RECURSO DE CASACION POR INFRACCION DE LEY

MOTIVOS; CAUCE ADECUADO.

S 5 noviembre 1981 (RA 4375)

*La falta de precisión del salario en el resultando de hechos probados debe impugnarse por el art. 167-5.º y no por el art. 167-1.º LPL.*

CONSIDERANDO: Que en cuanto al recurso de casación por infracción de ley sólo es viable cuando al fallo recurrido se atribuya violación, interpretación errónea o aplicación indebida de una ley sustantiva y no si se denuncia la infracción de un precepto estrictamente procesal contenido en las norma reguladoras del procedimiento, ese primer motivo debe rechazarse de plano, así lo precisa la jurisprudencia de esta Sala recogida en numerosas sentencias —las de 19 octubre 1977, 19 junio 1979 y 3 y 20 octubre 1981, entre algunas de ellas—, concretando expresamente otras —cual la de 17 febrero 1981, entre las recientes— que, alegándose insuficiencia de los hechos probados, su impugnación debe hacerse a través del error de hecho o del de derecho. Y éste es precisamente el caso planteado: a juicio del recurrente el Resultando de Hechos Probados de la sentencia recurrida adolece de la falta de precisión del salario que, caso de ser declarado afecto de una incapacidad permanente absoluta, había de ser tenido presente para fijar la pensión correspondiente; pues bien, como ya se indica, el motivo debió ampararse en el núm. 5 del art. 167 de la L. Pro. Lab. y precisar el documento ecidenciador del hecho cuya inclusión en la narración fáctica de la sentencia de instancia el recurrente considera precisa.

APLICACIÓN INDEBIDA DE NORMAS DE CARÁCTER GENÉRICO.

S 12 noviembre 1981 (RA 4497)

*La alegación del art. 1214 CC sólo puede servir de base al recurso de casación cuando la sentencia de instancia fundamente su decisión en el principio de la carga de la prueba.*

CONSIDERANDO: Que, es doctrina jurisprudencial de esta Sala, en orden a posibles infracciones del art. 1214 del C. Civ., que regula la carga de la prueba, dentro del procedimiento, que se trata de un precepto de acusado carácter genérico, y que como tal, no puede servir de base al recurso de casación, salvo en los supuestos en los que la sentencia de instancia fundamenta su decisión en el principio de la carga de la prueba, realmente por tanto, en los casos en los que el Juzgador, haya dispensado sin más a una de las partes de toda prueba sobre los hechos alegados, ateniéndose exclusivamente a lo manifestado por un litigante y haciendo recaer sobre el otro la carga de desvirtuar las alegaciones del primero —SS. de 25 febrero 1966 y 23 noviembre de ese mismo año— añadiéndose en la de 3 octubre 1975, que la cita del precitado art. 1214 del C. Civ., es estéril, por ser un precepto regulador de la carga de la prueba, pero no de una prueba en concreto, y sólo es apto para la casación si la sentencia funda su fallo en atribuir la carga de la prueba a quien no corresponde, pero no sirve para apoyar en él la modificación de los hechos probados, doctrina que aplicada a los recursos formulados contra la sentencia recurrida, llevan a desestimar el único motivo en el que se fundamenta el interpuesto por el trabajador y el primero de los que integran el de la parte empresarial, ambos con amparo del núm. 1 del art. 167 del Texto Procesal y por aplicación indebida del repetido art. 1214, porque si bien es cierto, que el Magistrado de instancia, aceptó como probado el importe de los salarios reclamados, y no hizo lo mismo respecto a las pagas extraordinarias que en la resultancia fáctica estima no están acreditadas, la existencia de los expresados salarios, viene demostrada



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

por su constancia en juicio de despido seguido entre las partes, y si bien tal clase de prueba no es vinculante, por tratarse de procesos de distinta naturaleza, hemos de admitir que es un elemento a tener en cuenta, y que en todo caso a la parte demandada le incumbía desvirtuarlo, lo que no resulta demostrado en autos, a su vez, y, por lo que se refiere a las pagas de carácter extraordinario, la postura de dicha parte demandada no puede en ningún momento estimarse como aceptación tácita y tampoco ésta es suficiente para una posible conformidad sobre tal extremo exigente siempre de una manifestación expresa, no siendo admisible que ante tal postura, el actor y recurrente no venga obligado a demostrar la existencia de las pagas extraordinarias que reclama no reconocidas en precepto legal del proceso, hecho de marcado carácter positivo cuya probanza a él de manera exclusiva le incumbe, a tenor del artículo que se estima como infringido, y por lo que se refiere al primero de los motivos del recurso interpuesto por la empresa, acordado por el Magistrado de instancia, la acumulación a los presentes autos, de los seguidos entre las partes con el núm. 1420/75 ante la Mag. Trab. de Madrid, núm. 5 y en el que se declaró improcedente el despido, condenando a la empresa a la readmisión del actor en el puesto de trabajo que tenía en la empresa, o bien que le indemnizase en 30.000 ptas., y que cualesquiera que fuese la opción, o que además le haga efectivo el importe de los salarios dejados de percibir desde el día 22 mayo, a razón de 30.000 ptas. mensuales, sentencia que por otra parte quedó firme, las consecuencias que de la misma han de derivarse respecto a la cuantía de los salarios son manifiestas, constituyendo un principio de prueba, sin que según se afirma por el Juzgador de instancia, no se desprenda ninguna otra dimensión cuantitativa del salario de la valoración conjunta de las pruebas practicadas, en uso de las facultades que le confieren los arts. 89 del Texto Procesal Laboral, y no siendo dable admitir que por él se adoptase una posición contraria respecto a las expresadas pagas extraordinarias ya que no se dan las circunstancias concurrentes respecto a los salarios, razones que asimismo han de producir la desestimación del motivo.

ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS; VIABILIDAD DEL MOTIVO.

S 2 noviembre 1981 (RA 4355)

*El TS expone los requisitos que deben darse para que pueda prosperar el submotivo de error de hecho en la apreciación de las pruebas del artículo 167-5.º LPL.*

CONSIDERANDO: Que para cumplir debidamente lo dispuesto en los artículos 89, párr. 2.º, de la L. Pro. Lab. y 632 de la L. E. Civ., supletoria en esta Jurisdicción, el Magistrado de Trabajo debe relatar en su sentencia los hecos que estime probados, formando juicio sobre las pruebas propuestas, admitidas y practicadas, cuyo contenido debe apreciar según las reglas de la sana crítica, sin estar vinculado al dictamen de los peritos; y cuyos hechos, a instancia de las partes, en este recurso extraordinario, según viabiliza el art. 167 en su párr. 5.º, pueden adicionarse, suprimirse o rectificarse, si concurren, según constante jurisprudencia de esta Sala, las siguientes circunstancias: a) que se concrete con precisión y claridad el hecho incluido, negado y omitido, en la narración de hechos que haga la sentencia recurrida, determinante del recurso; b) que tal hecho resalte, de forma clara, patente y directa de la prueba documental, o pericial, obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones más o menos lógicas, puesto que si varias de esas pruebas muestran resultados divergentes, o no coincidentes, salvo cualificadas excepciones, en razón de solvencia científica notoria o contundencia sólidamente fundamentada, han de





prevalecer las conclusiones que el Magistrado de Trabajo ha elaborado apoyándose en tales pruebas; c) que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de errónea, bien sustituyendo alguno de sus puntos, bien completándola; y d) que tal hecho haya de tener trascendencia para llegar a la modificación del fallo recurrido, pues, aun en la hipótesis de haberse incurrido en error, si carece de virtualidad a dicho fin, no puede ser acogido.

## 8. RECURSO DE CASACION POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA

REQUISITOS DE VIABILIDAD.

S 7 noviembre 1981 (RA 4390)

*Tres requisitos deben concurrir para que el recurso de casación por quebrantamiento de forma pueda ser viable.*

CONSIDERANDO: Que la viabilidad de recurso de casación por quebrantamiento de forma, requiere la concurrencia de los tres requisitos siguientes: a) infracción procesal esencial, de las contempladas a estos fines en el art. 168 de la L. Pro. Lab. determinante de indefensión de la parte que recurre; b) haberse previamente agotado en la instancia los recursos procesales previstos para reparar y subsanar la falta, art. 1696 de la supletoria L. E. Civ.; y c) caso de no conseguirlo, se formule por la parte, y conste en autos, la formal protesta a efectos ulteriores.

## 10. PROCESO DE REVISION

PROCEDENCIA.

S 12 noviembre 1981 (RA 4495)

*El proceso de revisión cabe contra sentencias firmes; de ahí que la denominación de «recurso» sea inadecuada.*

CONSIDERANDO: Que siguiendo nuestro legislador la tradición legislativa, dispuso en el art. 189 de la Ley de 13 junio 1980, que «contra cualquier sentencia firme dictada por Mag. Trab. procederá el recurso de revisión previsto en el libro II, Título XXII de la L. E. Civ.», remisión tan general que obliga a tener presente la definición que la sentencia firme se contiene en el art. 369 de la propia Ley, la que considera como tal, a aquella otra contra la que no quepa recurso alguno ni ordinario ni extraordinario, con lo cual, si el art. 1796 previene que el recurso de revisión se podrá utilizar solamente contra sentencias firmes, claramente se advierte que la institución que regula dicho Título XXII no es un recurso, aunque así lo denomine, si es que no se quiere incurrir en una contradicción de principios; por el contrario, lo que allí se regula es un tipo especial de procedimiento que se inicia con la «...demanda de revisión...» a que se refiere el art. 1803, dando con ello ocasión a la relación jurídica-procesal, que bajo el imperio del principio de no retroactividad de las normas procesales, debe regularse por las que se hallen vigentes en el momento en que se inicie el proceso, en su virtud, si como se ha dicho, la demanda que ha iniciado el que ahora se decide tiene fecha de 2 octubre 1980, estando vigente entonces la L. Pro. Lab. de 13 junio 1980, a ella debía acomodarse como lo hicieron los demandantes, pero no a la de 1973, como pretende la parte demandada, siendo ello suficiente para rechazar la primera causa de oposición que ésta formula.

DEPÓSITO.

1) S 9 diciembre 1981 (RA 4949)

*La no constitución del depósito significa la declaración de que el «recurso» ha quedado desierto.*

CONSIDERANDO: Que al no haberse hecho el depósito que exije el ar-



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

tículo 1799 de la L. E. Civ., en cuanto tal depósito es indispensable, para que la Sala pueda conocer del recurso de revisión interpuesto, cualquiera que sea la naturaleza y la certeza de las alegaciones que en él se hacen el recurso debe ser declarado desierto.

2) S 12 noviembre 1981 (RA 4495)

*El trabajador está exento de efectuar el depósito previo a la interposición de la demanda de revisión, puesto que goza de la declaración legal de pobreza.*

CONSIDERANDO: Que como causa segunda de oposición a la admisión a trámite de la demanda, se alega que los demandantes no constituyeron el depósito dinerario previsto en el artículo 1799, requisito que es necesario cumplir para que aquella pueda tramitarse, si es que antes no ha sido declarada merecedora del beneficio de justicia gratuita la parte que la formula, y como en esta ocasión no se ha decidido judicialmente que los actores pueden gozar de dicho beneficio, es patente el rechazo de la demanda sin más examen de las actuaciones; pretensión a la que no puede accederse, independientemente de la general supletoriedad de la L. E. Civ. prevista en la única disposición final de la L. Pro. Lab. de 13 junio 1980, ni la especial, antes citada, contenida en su art. 189, pues sabido es, que dichas remisiones en bloque sólo son eficaces en tanto que las normas de la L. E. Civ. se hallan de acuerdo con los principios inspiradores de la Procesal Laboral, perdiendo su eficacia desde el momento que las contradicen; esto sentado, si el art. 12 de la Ley últimamente citada, previene que «...la justicia... (laboral) se administrará gratuitamente hasta la ejecución de la sentencia...», dicha gratuidad afecta a todos los tipos de procedimiento que se regulen conforme a dicha Ley, tanto se rijan por la misma, como si se hace uso, por remisión, de los regulados en otra ley. Así entendido, si los actores en este proceso, por aducir ser trabajadores tienen legalmente reconocido el beneficio de justicia gratuita, de él han podido hacer uso en el proceso de revisión que ahora se decide sin necesidad de la expresa declaración individual a que se refiere el art. 1799 en principio citado, siendo ello suficiente para desestimar también la segunda causa de inadmisibilidad de que ha hecho uso la parte demandada, y de que quede paso abierto para examinar el fondo del litigio que distancia a las partes.

MAQUINACIONES FRAUDULENTAS.

S 12 noviembre 1981 (RA 4496)

*Es maquinación fraudulenta el empleo de ardides que impidan a los demandados el conocimiento de la existencia del pleito que contra ellos se tramita.*

CONSIDERANDOS: Que expedito así el acceso al fondo de la cuestión planteada por la pretensión revisoria, que con correcta formulación procesal se acoge al núm. 4 del art. 1796 de la L. E. Civ., aplicable por la expresa remisión que efectúa el 189 de la L. Pro. Lab., preciso se hace dejar establecidos los siguientes datos: A) Ante la Mag. Trab. núm. 9 de Barcelona, por reparto y con fecha 2 febrero 1979, don Agustín T. y don Miguel M., presentaron demanda sobre improcedencia de despido en la que se designaba como domicilio de la empresa Promesa, demandada, el de calle Rosellón, 134, bajos, en Barcelona; B) Señalada la celebración de la conciliación y juicio y ordenada la citación de las partes, la cédula librada para la de la empresa, aparece cumplimentada en los siguientes términos: «Diligencia negativa. En Barcelona, a 8 febrero 1979. Constituido yo el Alguacil de Servicio en el domicilio indicado no pude proceder a su entrega al interesado, debido a que se marcharon»; C) Ello motivó la suspensión del señalamiento, que se fijara para nueva fecha, se ordenara la citación de la demandada por edicto que se publicó en el B. O. de la Provincia; y que el día 22 marzo 1979 se celebrara el juicio sin que compareciera la empresa «a pesar de estar debidamente citada» (según se dice en el acta), con la sola asistencia de los demandantes, asistidos de Letrado; en cuya misma fecha dictó sentencia el Magistrado acogiendo la demanda y declarando improcedente el despido con las consecuencias inherentes, en la que, como hecho probado, consta: «En esta vía judicial no compareció la demandada pese a estar citada en forma, por lo que no han quedado acreditadas las imputaciones que se hacen a los actores»; y que en su considerando único dice: «el comportamiento de la patronal ya descrito, es constitutivo de un despido en su variante de improcedente, por lo que procede declararlo así a tenor de lo dispuesto en el art. 37 del R. D.-Ley de 4 marzo 1977, habida cuenta la incomparecencia de la demandada a la que damos por confesa en virtud del art. 81 de la L. Pro. Lab.; D) Notificada también por edicto inserto en el Boletín Provincial dicha sentencia, presentaron el día 21 mayo siguiente los demandantes escrito de fecha 4 abril precedente en el cual afirmaban que la demandada no había procedido a su readmisión y solicitaron que se sustituyera la obligación de readmitir por el resarcimiento de perjuicios, fijando la indemnización que corresponda, más la complementaria de los salarios dejados de percibir desde el momento del despido, al que recayó providencia que ordenaba requerir a la demandada para que acreditara haber procedido a la efectiva readmisión de sus contrarios, requerimiento nuevamente efectuado a medio de publicación de edicto en el Boletín; lo que una vez efectuado motivó Auto de fecha 4 julio 1979, que acordó haber lugar a la indemnización solicitada, fijada entonces en la cantidad de 187.000 pesetas, para don Agustín T. y de 170.000 pesetas para don Miguel M. y declaró resuelta la relación laboral, Auto que se notificó, una vez más, por publicación de edicto en el periódico oficial dicho de 3 octubre siguiente; E) Mediante escrito, fechado el 1 septiembre del mismo año, los actores afirmaron que su adversaria no había abonado las indemnizaciones, solicitaron que se prosiguiera la ejecución por vía de apremio y que se ordenara el embargo de bienes de la demandada, designando al efecto los siguientes: existencias en productos sitos en el domicilio de aquélla, calle Rosellón, 134, bajos, de Barcelona; y bienes contenidos en el local de la empresa, en Madrid, sita en calle Arturo Soria, 228; el que motivó Auto de 8 noviembre siguiente mandando proceder a la ejecución y, sin previo requerimiento de pago, al embargo solicitado, por ahora en cuanto a bienes sitos en Barcelona; en igual fecha (sic) se declaró en rebeldía a la demandada y se dispuso no remitirle más notificaciones que las que expresamente determina la Ley; F) El día 22 enero 1980 presentaron nuevo escrito los demandantes, fechado el 22 diciembre anterior, en el que manifestaban que, para que se prosiguiera la ejecución por vía de apremio, designaban nuevos bienes para embargar, a saber «el contenido en metálico que se encuentra en las siguientes cuentas corrientes, propiedad de la demandada: cuenta corriente núm. 384/1343 del Banco de Bilbao, sito en calle General Mola, 267, Madrid, teléfonos 259-50-53 y 457-32-36. Cuenta corriente núm. 7794 del Banco de Bilbao, sito en General Mola, 267, de Madrid»; G) En la misma fecha de presentación del escrito se acuerda el embargo del saldo de las cuentas expresadas y se remite comunicación al Banco; y el día 20 mayo se constituye la Comisión Ejecutiva de la Magistratura en el domicilio designado como de la demandada, donde encuentran al personal de la misma, con uno de cuyos miembros entienden la diligencia de embargo y al que notifican el Auto de 8 noviembre anterior; H) La Sociedad, inicialmente demandada y hoy actora en la revisión,







Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ha acreditado que desde el año 1970 hasta la fecha de su escrito de revisión ha ocupado la única tienda o local comercial en planta baja de la finca núm. 134 de la calle Rosellón de Barcelona, ininterrumpidamente; que sólo tuvo conocimiento del procedimiento sobre despido seguido en su contra desde el día 20 de mayo 1980 y posteriormente al recibir carta de los servicios jurídicos del Banco de Bilbao de fecha 2 junio del mismo año, que le comunicaba haber retenido de su cuenta y abonado a la Mag. Trab. la cantidad embargada.

Que cuanto queda expuesto (pormenorizadamente, para que puedan ser adecuadamente valorados los hechos y las intenciones de los que en ellos intervienen como protagonistas) evidencia con toda claridad que los primitivos actores, en todo momento y durante el trámite de las actuaciones motivadas por su demanda, conocieron que la demandada pudo y debió ser citada, tanto en la sede de su delegación en Barcelona como en la de su domicilio en Madrid, por constarles ambos datos, así como que en una y otra se mantenía el desarrollo normal y nunca interrumpido de sus actividades; y por tanto, aun en el supuesto (difícilmente creíble) de que fueran ajenos a la anormal diligencia negativa de citación inicial, conocieron ya al celebrarse el juicio que no era cierta la premisa de que la demandada estuviera debidamente citada, no obstante lo cual nada advirtieron sobre el particular, para más adelante afirmar que la empresa no había procedido a su readmisión, primero, y no había procedido a abonar las indemnizaciones después, pese a constarles que no era, en absoluto, conocedora de ninguna de las resoluciones jurisdiccionales y a no haber realizado ninguna gestión para que las mismas fueran acatadas y cumplidas, o impugnadas en su caso; en tanto que revelaban por sus escritos solicitando embargos, que conocían perfectamente la localización de los establecimientos de la demandada y hasta tan específico detalle como el de domicilio y número de su cuenta corriente bancaria; todo ello manifestador de un clarísimo dolo, al menos, civil que entraña la maquinación fraudulenta que, como causa de revisión prevé el art. ya citado 1796, núm. 4 de la L. E. Civ., tal como en supuestos análogos tiene declarado esta Sala en SS. de 5 julio y 30 noviembre 1973, 10 abril 1978, 18 enero 1979 y 11 marzo 1980, pues si en los casos por ellas tratados hubo un silenciamiento del domicilio de la empresa, también en éste se produjo una ocultación de la presencia de la misma en el designado, además de callarse el otro conocido también, todo con la finalidad de obtener, como fue lograda con tal torticero actuar, una sentencia injusta, que inequívocamente lo es, pues en ella se vulneró el principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio, de universal aplicación; y se obtuvo que fuera pronunciada cuando la parte demandada estaba en situación real de indefensión, en contra de aquel principio y aun de lo que proclama el art. 24,1 de la vigente Constitución.

## 11. PROCESO DE EJECUCION

IMPOSIBILIDAD DE DISCUTIR EN EJECUCIÓN CUESTIONES QUE FUERON OBJETO DEL PLEITO; TRANSFORMACIÓN DE LAS OBLIGACIONES DE HACER EN INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS.

S 6 noviembre 1981 (RA 4384)

*El TS, a través del recurso de casación interpuesto al amparo del artículo 1695 LEC, razona la naturaleza de la ejecución de la sentencia en que se condenaba al INS a la reposición de los actores en sus puestos de trabajo y la imposibilidad de plantear incidentes en ejecución de sentencia sobre cuestiones ya decididas por ésta.*

CONSIDERANDOS: Que con apoyo en el art. 1695, de la L. E. Civ. (supletoria en el orden jurisdiccional laboral) se interpone recurso de casación, contra los autos dictados en ejecución de la sentencia originaria de este procedimiento, por incidirse en contradicción con lo ejecutoriado, dado que el Dr. S. I., fue repuesto en su puesto de trabajo el 24 abril 1980, es decir con anterioridad al 17 mayo 1980, fecha del Auto fijando las indemnizaciones, que es del 17 mayo de dicho año (lo que está acreditado a los folios 217 y 218), sin que tengan consistencia, las razones esgrimidas en la instancia; al someterse que las ejecuciones en especie o «in natura» adquieren eficacia, desde el momento que se producen; incuestionable es y de ello ha de partirse para examinar este motivo; y son premisas constatadas en el proceso: a), que la sentencia dictada por la Magistratura, adquirió firmeza el 3 octubre 1979; b), que el 15 noviembre 1979, se dictó providencia, en la que se requería al Instituto Nacional de la Salud, para que cumpliera el Fallo, en razón de que la sentencia dictada, había adquirido firmeza al no haber sido recurrida por ninguna de las partes, ejecución en la que se acordaba, que el Instituto Nacional de la Salud, repusiera a todos los actores (incluido por consiguiente el señor S.), en los puestos de trabajo que venían desempeñando, con anterioridad; esta providencia le fue notificada al Instituto Nacional de la Salud, el mismo día 15 noviembre 1979 (folio 137); c), que ello no obstante el Instituto Nacional de la Salud no cumplió lo acordado en la anterior providencia; y en consecuencia, con fecha 15 enero 1980, por la Magistratura de Instancia, en otra providencia acordó proseguir la ejecución por los trámites de los arts. 928 y siguientes de la L. E. Civ., sustituyendo en consecuencia la obligación de hacer (reintegro de los actores a los puestos de trabajo), por la de indemnizar los daños y perjuicios, inherentes al incumplimiento de la sentencia; daños y perjuicios, que fueron provisional e inicialmente fijados por los actores, en escrito presentado ante la Magistratura el 18 enero 1980 y definitivamente en escrito de 12 marzo siguiente (folio 152); siendo resuelto el incidente por Auto 17 mayo 1980, donde se fijaron las indemnizaciones de daños y perjuicios y el que es objeto de este recurso.

Que partiendo de los antecedentes, a que se deja hecha anteriormente referencia, es doctrina surgida, en torno a la aplicación e interpretación, y de la viabilidad, del recurso de casación, amparado en el art. 1695 de la Supletoria L. E. Civ., la siguiente: a), que deben rechazarse con arreglo al artículo 743 de la L. E. Civ., los incidentes que se susciten en trámite de ejecución de sentencia, cuando versen sobre las mismas cuestiones que se hayan controvertido en el pleito y decidido en la ejecutoria, pues es incuestionable que la eficacia de la cosa juzgada no puede combatirse, sino en la forma y en los casos concretamente determinados por las leyes, y no tiene carácter de incidente, conforme al artículo 742 de la L. E. Civ., la misma cuestión principal objeto del pleito, sino también cualquiera otra que con ella estuviera relacionada y por esto así, el único incidente susceptible de ser suscitado, ha de descansar en supuestos no controvertidos en el pleito ni decididos en la ejecutoria, ya que éste es el único que autoriza el artículo 1695 de la L. Pro. Civ. —Sentencias de la sala 1.ª de 13 noviembre 1895 y 11 julio 1908 y las de la Sala 6.ª de 14 noviembre 1967, 11 febrero 1971, 4 octubre 977 y 15 junio 1979.

Que de otra parte, cuando en la sentencia se contiene una obligación de hacer (y en el supuesto cuestionado, se condenó al Instituto Nacional de la Salud a reintegrar a sus respectivos puestos de trabajo, a los actores y cuya aceptación y cumplimiento, no fue atendido, no obstante haber adquirido firmeza la sentencia, que así lo decidía); evidénciase que se está en hipótesis de pura y simple ejecución de dicha obligación y ésta se agota, con el requerimiento, de quien viene obligado a cumplir (art. 924, de la L. E. Civ.) y «ex lege», se sustituye la inactividad







Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

del obligado, es decir, el Instituto Nacional de la Salud, por la correlativa indemnización de daños y perjuicios, novándose la obligación establecida en la sentencia, al ser sustituida por la obligación de indemnizar daños y perjuicios, y que está establecida en dicho precepto el que está además en relación con lo dispuesto en el art. 1098 del C. Civ. y de lo razonado, se desprende que es inaceptable la tesis recurrente, en cuanto pretende acogerse al contenido de actuaciones procesales sucesivas, es decir las surgidas con ocasión de la ejecución y que derivan del propio incumplimiento de la entidad demandada, siendo inaceptable, que puedan favorecerle y ni excluirse al Dr. S., ya que su reintegro a las tareas profesionales anteriores sobreviene con posterioridad a adquirir firmeza la sentencia inicial, dado que se acuerda su reintegro con fecha 24 abril 1980 y la sentencia citada está en fase de ejecución desde el 15 enero 1980, fecha que se acordó tramitar el incidente de indemnización de daños y perjuicios y la que no fue recurrida.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

JURISPRUDENCIA

# PROCESAL ADMINISTRATIVA

JULIO GARCÍA CASAS
Profesor Adjunto Numerario
de Derecho Procesal
Universidad de Sevilla

SUMARIO:

1. Naturaleza, extensión y límites de la jurisdicción contencioso-administrativa; 1.0. Competencia de la jurisdicción; 1.1. Naturaleza revisora. — 2. Las partes; 2.0. Legitimación; 2.1. Representación y defensa. — 3. Procedimiento en primera o única instancia; 3.0. Diligencias preliminares. Recurso de reposición; 3.1. Alegaciones previas. Inadmisibilidad; 3.2. Nulidad de acusaciones; 3.3. Notificaciones defectuosas en vía administrativa; 3.4. Sentencia: Cosa juzgada. — 4. Recursos ordinarios contra sentencias; 4.0. Recurso ordinario de apelación. — 5. Recursos extraordinarios contra las sentencias; 5.0. Recurso de revisión; 5.1. Recurso extraordinario de apelación o en interés de Ley. — 6. Disposiciones comunes; 6.0. Suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado.

## 1. NATURALEZA, EXTENSION Y LIMITES DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

### 1.0. Competencia de la jurisdicción

IMPRORROGABILIDAD DE ESTA JURISDICCIÓN. — DECLARACIÓN DE INCOMPETENCIA Y REMISIÓN DE ACTUACIONES A LA SALA COMPETENTE. — INADMISIBILIDAD IMPROCEDENTE DEL RECURSO POR INDICACIÓN INADECUADA DE LA VÍA A SEGUIR.

S 7 febrero 1981 (Sala 4.ª) (RA 581)

*La Sala estima la alegación previa en este recurso de inadmisibilidad por incompetencia objetiva de esta Sala, declarando sin curso legal la demanda interpuesta y ordenando en consecuencia la devolución del expediente administrativo. Promovida apelación con la sentencia, el TS estima la apelación, revocando el auto apelado (en que se acoge la incompetencia), y en su lugar declara competente para conocer del recurso contencioso interpuesto a la Sala de la Audiencia Nacional.*

CONSIDERANDO: Que al versar la pretensión ejercitada sobre impugnación de la Resolución del M.º de la Vivienda en cuanto aprueba definitivamente el Plan Parcial de Ordenación Urbana, es asumible, en parte, el razonamiento del auto apelado al proclamar la incompetencia del Tribunal «a quo» para enjuiciar tal cuestión en armonía con la doctrina de esta Sala dictada en casos análogos, esto es, al fijar el ámbito objetivo de aplicación de la norma 1,c, del art. 10 en relación con lo dispuesto en el art. 14 1, A. a), 29, 2, a) de la Ley Jurisdiccional, artículos 28, 32, 225 y concordantes de la Ley del Suelo y entender, en definitiva, tal cuestión (impugnatoria de una decisión ministerial en materia no desconcentrada) entre las hoy atribuidas a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional —habida cuenta del estado de las actuaciones en el momento de entrada en vigor del Real-Decreto-Ley de 4 enero 1977— a cuyo favor debió inhibirse la Sala de instancia no sólo por aplicación de lo dispuesto en el ap. 3.º del art. 8 de la Ley —en todo supuesto de declaración de incompetencia con anterioridad a la sentencia definitiva— sino porque en el caso estudiado la desviación procedimental (el hecho de haber acudido a un órgano jurisdiccional no adecuado) se originó por la propia Administración al indicar tal vía (recurso contencioso ante la Audiencia Territorial respectiva) la aprobación definitiva del Plan por Orden Ministerial, sin que sea imputable tal error al administrado en virtud de la doctrina de la buena fe administrativa y de la sentada en supuestos de notificaciones defectuosas que permiten sostener la necesidad inexcusable de dar por válidas las actuaciones procesales realizadas en este proceso —arts. 52 Ley de Pro. Adm., 127 y concordantes de la Ley Jurisdiccional— y en particular la fecha de la interposición del Recurso, como soporte material o procedimental de una declaración de inhibición a favor del órgano judicial competente con emplazamiento de las partes; técnica ésta, además de legal, insustituible para evitar una auténtica denegación de justicia.

S 5 marzo 1981 (Sala 4.ª) (RA 1174)

*En un supuesto de acotamiento clandestino de una porción de un Monte consorciado, tramitado el expediente de denuncia por la Jefatura Provincial de ICONA, se impuso al particular la multa correspondiente. Recurrido el acuerdo en alzada, la Dirección General de ICONA desestimó el recurso por silencio administrativo. Más tarde el particular sancionado interpuso recurso contencioso ante la Sala de la Audiencia, que desestimó el recurso deducido. Promovida apelación, el TS confirma la sentencia apelada y desestima en consecuencia la apelación interpuesta.*

CONSIDERANDOS: Que con acentuada insistencia argumental, relativa a fundamentos de la demanda rechazados en la sentencia, el apelante intenta desvirtuar la motivación de ésta a virtud de un desplazamiento del tema de la propiedad del monte consorciado al de su posesión de año y día anterior al consorcio —arts. 82 de la Ley de Montes y 410 conectado con el 407 del Reglamento— con olvido de que el hecho determinante del acto administrativo aquí impugnado fue el cierre de una parcela en dicho monte precisamente efectuado por el actor mediante un muro de piedras, operación que, de conformidad con lo establecido en el art. 388 del C. Civ., corresponde a ejercicio de facultades inherentes al derecho de propiedad, es decir, acto de posesión real o a título de dueño y no simple hecho posesorio; posesión real que, aparte de no probada por carencia en el título de identificación de la parcela o monte, tampoco puede por sí sola y como hecho fundamentar presunción de un dominio legitimante de dicho acto de propia autoridad por la petición de principio que ello implica, pues, reconocido el hecho del consorcio bien que se niegue su validez jurídica, queda implícitamente aceptada por el apelante la posesión de ICONA también como hecho sobre la finca en cuestión, sin que la posesión como hecho pueda ser reconocida en dos personas distintas, según dispone el artículo 445 del C. Civ., salvo casos de indivisión aquí no dados, ni posibilidad de resolver la planteada y dual convergencia posesoria haciendo uso esta Jurisdicción —autorizada para ello por el art. 4.º de la Ley de 27 diciembre 1956— de los criterios señalados en el susodicho art. 445 del Código, toda vez que reconocida por la Administración la propiedad de los consorciantes señores S. V. sobre el monte no es factible al Tribunal de lo Contencioso posponer títulos dominicales de terceros obrantes en el distinto y aquí marginal expediente de consorcio y del que dimana, en concepto de «ius possidendi el título que el Patrimonio Forestal del Estado —después ICONA— ostenta «ex lege» a virtud del derecho real de vuelo sobre la finca automáticamente atribuido por el art. 287 del Reglamento de Montes y plenamente operante en el ámbito administrativo, mientras que ante la Jurisdicción civil competente no haya obtenido el aquí actor la declaración de un dominio y posesión real definitivos que venza al título aportado por la Administración; al igual que resulta inoperante, como criterio de decisión, la simplemente alegada mayor antigüedad de una posesión cuyo objeto no aparece identificado a favor del apelante en este litigio y que sólo se concreta en cuanto a la discutida parcela con base en el muro referido, cuya fecha de construcción tampoco el accionante acredita como anterior en año y día a su denuncia por la Guardia Forestal.

Que también erróneamente exige el apelante una prueba, por la Administración sancionadora de la propiedad de los señores S. V., calificando mientras tanto de nulo el consorcio y jurídicamente ineficaz la derivada posesión de ICONA, pues por el contrario es al actual recurrente a quien incumbe probar, y de ello sólo ofrece atisbos o conjeturas, la propiedad que de modo directo o como poseedor real causahabiente le faculte al cierre de parcela que carece a tal efecto de inscripción a su favor en el Registro de la Propiedad; razones todas que obligan a concluir, fundamentalmente ante la ausencia de elementos concluyentes de posesión y propiedad, en el sentido de ratificar las consideraciones de la sentencia apelada en cuanto estiman insuficiente la prueba aportada en orden a declarar esta Jurisdicción en vía prejudicial la existencia de factores presuntivos de legitimación dominical con respecto a la construcción del muro objeto de las medidas adoptadas por la Administración en uso de una no discutida competencia «in genere», sin perjuicio de los derechos del apelante a ejercitar ante la Jurisdicción Civil las pretensiones reivindicatorias o recuperatorias de posesión real procedentes, conforme el art. 348, párr. 2.º del C. Civ. en relación con el 4.º ap. 2 de la Ley Jurisdiccional.

### 1.1. Naturaleza revisora

NATURALEZA REVISORA. — EXAMEN DE OFICIO DE CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO.— FALTA DE AUDIENCIA DE LOS INTERESADOS. — INDEFENSIÓN. — DOCTRINA DE LA NULIDAD DE ACTUACIONES.

S 2 enero de 1981 (Sala 4.ª) (RA 171)

*En un procedimiento administrativo sobre derribo de edificaciones de propiedad municipal, el particular reclamante encuentra su petición desestimada por silencio administrativo. Interpuesto recurso contencioso ante la Sala de la Audiencia ésta dicta sentencia, en que declara que «sin entrar en el fondo de la cuestión planteada, anula el expediente reponiendo las actuaciones a su estado inicial de presentación del escrito por el recurrente, con objeto de que el expediente sea puesto de manifiesto al interesado, etc.». Recurrida la sentencia por el Abogado del Estado, el TS confirma la sentencia de*







Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

*instancia, desestimando en consecuencia el recurso de apelación interpuesto.*

CONSIDERANDO: Que la sentencia apelada, de forma acertada plantea una nulidad de actuaciones, en defensa de un derecho que no puede ser más esencial para la validez del acto administrativo presunto que se impugna por el recurrente, y sin el cual, aquél no puede alcanzar virtualidad alguna, dado que el derecho a ser oído en el expediente motivado por la denuncia de una edificación supuestamente ilegal, de la persona que llevaba a cabo la construcción de dicha edificación, y en quien, por tanto, concurría la cualidad de interesado establecida en el ap. b) del art. 23 de la L. Pro. Adm., es como típica manifestación del llamado principio contradictorio, necesario para la prosperabilidad y eficacia de la declaración administrativa que al respecto se produzca, principio que la Jurisprudencia ha encarecido reiteradamente en gran número de sentencias, por la importancia y trascendencia del mismo, por cuanto de no tenerse en cuenta dicho principio, podrían llegar a formularse actos administrativos que lesionaren gravemente los intereses de los administrados, sin que éstos tuvieran opción a ni tan siquiera manifestarse al respecto, como podría haber ocurrido en el presente caso, de accederse a la petición de derribo de la edificación cuestionada, sin que su propietario hubiera sido oído en defensa de su derecho, dado que, además, el expediente no había tenido publicidad alguna, ni apertura a la información pública.

## 2. LAS PARTES

### 2.0. Legitimación

EXISTENCIA DE INTERÉS DIRECTO Y SUBSIGUIENTE LEGITIMACIÓN. — INTERESES PROFESIONALES DE LA CLASE MÉDICA.

S 11 marzo 1981 (Sala 4.ª) (RA 1306)

*Se trata de un supuesto de representación, mediante la elección correspondiente, de los Médicos de la Seguridad Social, ante el Consejo General de Colegios Médicos. Recurrido en alzada ante el Director General de Sanidad el acuerdo correspondiente, en que se impugnaba la convocatoria de elecciones, la Dirección General desestima el recurso por silencio administrativo. Contra dicho acuerdo tácito el Colegio de Médicos interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala de la Audiencia Nacional, desestimando ésta el recurso. Más tarde, el TS, conociendo en apelación de la sentencia, estima dicha apelación y revoca la sentencia impugnada, anulando y dejando sin ningún valor ni efecto las resoluciones anteriores.*

CONSIDERANDO: Que en vía previa, por el cauce del procedimiento incidental previsto para las alegaciones en momento anterior a la demanda, ha quedado resuelta la cuestión que en orden a la capacidad procesal opuso el Abogado del Estado, aduciendo que sólo el Presidente de la Corporación demandante, sin decisión de los «órganos colegiados del mismo, ejercitó la acción, de suerte que si bien ostenta el mismo la representación colegial, como dice el art. 1.º de la Orden ministerial de 26 enero 1967, faltaba para plantear en sede judicial la validez de la «convocatoria» de elecciones para un puesto en el Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos el acuerdo previo del órgano colegial, cuestión que debemos dar aquí por resuelta incorporando, en un todo, lo que dijimos en la resolución desestimatoria de las alegaciones previas; más excepcionada luego una falta de legitimación activa del Colegio de Madrid, que es tema distinto del de la capacidad, tenemos que dar respuesta a este alegato, y en este punto, el mismo marco de fines colegiales explica y justifica que la corporación profesional aquí actora esté legitimada en defensa de lo que entiende son intereses profesionales de la clase médica, y esto, aunque por su ámbito





territorial no asuma la totalidad de la representación del colectivo eventualmente afectado por el acto, pues es el «interés» el determinante de la legitimación y el Colegio accionante ostenta por la propia esencia colegial ese interés.

### 2.1. Representación y defensa

INTERESADOS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. — ACTUACIÓN NO FORMALIZADA POR MEDIO DE REPRESENTANTE. — SUBSANACIÓN NO INSTADA E INADMISIBILIDAD IMPROCEDENTE.

S 26 enero 1981 (Sala 4.ª) (RA 1019)

*En un procedimiento administrativo, el Ayuntamiento dictó acuerdo sobre concesión de licencia municipal; acuerdo que recurrido ante la jurisdicción contenciosa, determinó una Sentencia de la Sala estimatoria del recurso, anulando determinadas condiciones del acuerdo recurrido y manteniendo la validez del acto administrativo principal de concesión de la licencia. Promovida apelación por el Ayuntamiento, el TS confirma en parte el fallo y en parte lo modifica.*

CONSIDERANDO: Que los temas de la representación en la actuación administrativa y su forma de acreditación están tratados en el art. 24 de la L. Pro. Adm., que sienta la regla —por otra parte consagrada ya en el art. 1710 del C. Civ.— de que en general es posible la representación por escrito o verbalmente conferida, al exceptuar los supuestos de desistimiento, renuncia y reclamación. Y si bien es cierto que la interposición de los recursos administrativos puede ser asimilada al concepto de reclamación, ha de ponderarse también que el principio «pro actione», el carácter de mero defecto subsanable que en la vía jurisdiccional tiene la omisión de los documentos justificativos de la representación, al carácter enérgicamente informalista de la Ley de la Jurisdicción y de modo muy especial los efectos que deben reconocerse a la aceptación sin reserva por la Administración de la representación invocada accediendo a dar trámite al recurso son motivos que atenúan aquellas exigencias de acreditación formal de la representación y justificar en Derecho —en la línea ya seguida por la jurisprudencia, sentencias de 26 septiembre 1965, 26 febrero 1970, 5 junio 1971 y 18 octubre 1976, entre situaciones procedimentales que deben comportar la aceptación de la representación invocada, análogas o idénticas a la producida en este caso en el que el Ayuntamiento de San Sebastián admitió a trámite y en efecto tramitó sin reserva alguna el recurso de alzada interpuesto por don Javier L. en representación como mandatario verbal del interesado don Rafael U. U. El reconocimiento por la Administración de la representación así invocada impide que que en fase ulterior pueda la misma administración desconocerla. Ello implicaría la derogación del principio de vinculación de los actos propios, más grave cuando además esta ilegítima conducta haya imposibilitado la subsanación de un defecto, subsanable en su origen.

## 3. PROCEDIMIENTO EN PRIMERA O UNICA INSTANCIA

### 3.0. Diligencias preliminares. Inadmisibilidad

INADMISIBILIDAD DEL RECURSO POR FALTA DEL PRECEPTIVO RECURSO PREVIO DE REPOSICIÓN. — IMPUGNACIÓN DIRECTA POR UN PARTICULAR DE UNA DISPOSICIÓN DE CARÁCTER GENERAL.

S 20 enero 1981 (Sala 5.ª) (RA 63)

*Recurrida en la vía contenciosa una Orden de la Presidencia del Gobierno relativa a la jubilación voluntaria anticipada de unos funcionarios, el TS declara inadmisible el recurso por las razones que aduce en sus dos primeros considerandos.*



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

CONSIDERANDOS: Que las alegaciones sobre inadmisibilidad del recurso formuladas por el Abogado del Estado al contestar a la demanda, la primera que ha de examinarse y decidirse es la de falta del recurso de reposición como requisito previo y esencial para poder acceder a esta vía jurisdiccional; del expediente remitido, no consta que se haya formulado tal reposición por el demandante, y de sus propios escritos, tanto el de interposición del recurso contencioso-administrativo, al no manifestar que ha deducido tal recurso administrativo, y citar la fecha de publicación en el Boletín Oficial del Estado de la Orden impugnada, a efectos del cómputo del plazo, como en su escrito de demanda, al alegar en su fundamento sexto, los arts. 37 y 39, en concordancia con el 53 de la ley de esta jurisdicción, artículo éste que excluye de la necesidad del recurso de reposición, y en el fundamento séptimo, que cita el art. 58 del mismo cuerpo legal, y decir que interpuesto el recurso contencioso-administrativo antes del día 10 enero 1979, lo fue dentro del plazo, pues la Orden recurrida se publicó el día 9 noviembre 1978, llevan claramente a la conclusión de que la Orden de la Presidencia del Gobierno de 2 noviembre 1978, ha sido impugnada directamente por el recurrente, sin el previo recurso de reposición.

CONSIDERANDO: Que la necesidad de interponer tal recurso administrativo antes de acudir a la vía jurisdiccional, aparece impuesta por el art. 52 de la Ley que rige esta jurisdicción, sin que esté exceptuado de tal obligación previa por el art. 53 de la misma Ley, que al referirse a la impugnación de las disposiciones de carácter general sólo exime de ese requisito previo cuando la acción contencioso-administrativa se ejercita por Entidades, Corporaciones e Instituciones de Derecho Público y cuantas entidades ostentaren la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo, legitimadas por el ap. b) del art. 28; pero no alcanza esta excepción a los administrados que impugnaren directamente tales disposiciones generales, o a través del acto de aplicación de las mismas, ya que su legitimación deriva del párr. 3 del art. 39 y no del 1, lo que marca una clara diferenciación entre unos y otros recurrentes; como el demandante en este proceso no cumplió el requisito previo de formular recurso de reposición, y al interponer el jurisdiccional había transcurrido con exceso el plazo de un mes en que debió presentar aquél para su eficacia reconocida en la ley, ha de apreciarse que su actuación está incursa en el ap. e) del art. 82 de la Ley que regula esta jurisdicción, y, por tanto, declarar la inadmisibilidad del presente recurso contencioso-administrativo, como alegó el defensor de la Administración; y en consecuencia, no se entra a resolver el fondo de las cuestiones planteadas en la demanda.

### 3.1. Alegaciones previas. Inadmisibilidad

INADMISIBILIDAD DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO POR FALTA DE REPOSICIÓN PREVIA. — IMPUGNACIÓN DIRECTA POR PARTICULARES DE UNA DISPOSICIÓN DE CARÁCTER GENERAL.

S 22 enero 1981 (Sala 5.ª) (RA 82)

*Declaración de inadmisibilidad de un recurso contencioso interpuesto por una funcionaria contra una Orden Ministerial relativa a jubilación forzosa anticipada.*

CONSIDERANDO: Que planteándose por la Abogacía del Estado la inadmisibilidad del presente recurso, esta cuestión ha de ser objeto de enjuiciamiento prioritario, como ha declarado reiteradamente la jurisprudencia, al no aducirse por la demandante infracciones formales que, pudiendo determinar la nulidad de pleno derecho de la Orden impugnada, la dictada por la Presidencia del Gobierno sobre jubilación voluntaria anticipada de los funcionarios de la Administración Institucional de Servicios Socio-Profesionales, obligaren en su caso a alterar el orden de examen enunciado, y puesto que la representación de la Administración del Estado incluye entre los motivos que, según ella hacen inadmisible el recurso, el de la falta de interposición del previo de reposición, hecho fácilmente constatable, puesto que se deduce, no ya de su inexistencia en el expediente, sino de las propias manifestaciones de la parte actora en su escrito de interposición y en el desarrollo de los fundamentos procesales de su demanda, ha de establecerse al respecto que, según ha tenido ocasión de declarar reiteradamente este Tribunal, con la lógica variación de la persona que actúa como recurrente, la impugnación directa de las disposiciones de carácter general, cuando como en este caso, se invoca para ello el art. 39-3 de la Ley de esta Jurisdicción, no está exceptuada del requisito previo de la formulación del recurso de reposición, pues el art. 53 de dicha Ley, en el que se enumeran los actos y disposiciones de carácter general, cuya impugnación jurisdiccional está exonerada del cumplimiento de tal requisito, únicamente figuran, en su ap. e), dichas disposiciones de carácter general, «en el supuesto previsto en el art. 39, párr. 1.º», por lo que, de conformidad con la tesis de la representación de la Administración del Estado, el recurso contencioso-administrativo aquí enjuiciado, ha de estimarse incurso en el motivo de inadmisibilidad incluido en el ap. e) del art. 82 de la Ley Procesal, sin que pueda entrar en juego la facultad de subsanación del defecto apreciado que se prevé con carácter específico para la falta de interposición del recurso de reposición en el párr. 3.º del art. 129 de la misma Ley, porque la interposición del recurso de reposición resultaría extemporánea, como lo ha entendido esta Sala explícita o implícitamente en casos similares, sentencias antes citadas, habiendo transcurrido ya al iniciarse el presente proceso, 8 enero 1979, el plazo de un mes prescrito para aquélla en el art. 52,2 de tan repetida Ley de esta Jurisdicción, puesto que la orden impugnada se publicó en el B. O. del Estado de 9 noviembre 1978.

DESVIACIÓN PROCESAL POR PRESENTAR DEMANDA CONTRA ACTO DISTINTO DEL RECURRIDO. — INADMISIBILIDAD POR NO HABERSE AGOTADO LA VÍA ADMINISTRATIVA. — SUSCEPTIBILIDAD DE UN PRECEPTIVO RECURSO PREVIO DE ALZADA.

S 14 febrero 1981 (Sala 3.ª) (RA 400)

*Interpuesto un recurso de apelación ordinario contra sentencia de la Sala de la Audiencia que había declarado la inadmisibilidad del recurso contencioso interpuesto en primera instancia contra acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo Provincial, denegatorio de la suspensión de la ejecución de la liquidación recurrida por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, el TS desestima la apelación interpuesta, pronunciándose asimismo sobre las costas procesales de la segunda instancia.*

CONSIDERANDOS: Que la sentencia apelada, sin entrar a conocer de las cuestiones de fondo, declara inadmisible el recurso contencioso-administrativo que interpuso la Sociedad apelante contra resolución del T. Econ.-Adm. Provincial denegatoria de la suspensión del ingreso de la liquidación objeto de la reclamación, tanto por la desviación procesal cometida por la recurrente al dirigir su demanda contra la resolución del mismo Tribunal Provincial del día 30 de los mismos mes y año, que declaró ser conforme a derecho dicha liquidación girada por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, como por no haberse agotado la vía administrativa, al ser procedente, por razón de la cuantía de la liquidación cuya suspensión de cobro se pretendía, el recurso de alzada ante el T. Econ.-Adm. Central, dando así lugar, la sentencia, a la primera de las pre-









Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

tensiones formuladas por el Abogado del Estado en su escrito de contestación a la demanda; y puesto que la representación de la Sociedad apelante hace caso omiso de los referidos fundamentos y fallo de la sentencia cuya revocación suplida, contrayendo sus alegaciones a la cuestión de fondo que planteó en la demanda, relativa a la procedencia o improcedencia de la liquidación fiscal que discute; ha de tenerse por no combatida la sentencia de 1.ª instancia y por procedente confirmarla por sus propios fundamentos, que se aceptan.

Que con el mismo criterio con que la Sala Territorial entendió que la incongruencia de la demanda con el acto administrativo recurrido no acredita la mala fe o temeridad a que el art. 131 de la Ley de lo Contencioso-Administrativo, contrae la pertinencia de un pronunciamiento sobre imposición de costas, tampoco la nueva incongruencia causada ahora entre las alegaciones de la apelación y la sentencia recurrida se estima motivo suficiente para justificar la imposición de las costas de la segunda instancia.

INADMISIBILIDAD DEL RECURSO POR FALTA DE PERSONALIDAD (EXTINCIÓN).

S 9 marzo 1981 (Sala 3.ª) (RA 936)

*Se trata de un supuesto de declaración de inadmisibilidad de un recurso contencioso-administrativo, interpuesto por un Sindicato Nacional con una disposición de carácter general (D. 9 agosto 1974), por falta de personalidad jurídica para recurrir.*

CONSIDERANDO: Que alegada por la representación del Estado la inadmisibilidad de este proceso al amparo de los arts. 28, 1, b), en relación con el art. 82, ap. b), ambos del Texto Jurisdiccional, la Sala ha de enjuiciar y resolver esta pretensión con carácter prioritario a la temática sustantiva o material que este recurso jurisdiccional implica, pues la estimación de aquella pretensión cerraría las compuertas del examen y resolución de la temática sustantiva que este proceso lleva en sí, pretensión de inadmisibilidad que la Sala ha de estimar, tal como ya se hizo en la sentencia de este Tribunal de 10 febrero 1981, puesto que, presentado este recurso el 9 noviembre 1977, la demanda rectora del mismo no se evacuó hasta el 30 noviembre 1977, es decir, cuando había devenido y plasmado una honda reforma de la estructuración del proceso sindical, iniciada por el R. D.-Lel de 8 octubre 1976 y prácticamente cristalizada con el R. D.-Ley de 2 junio 1977, pasando por la Ley de 1 abril 1977, proceso y cristalización del mismo que venía a negar personalidad jurídica al Sindicato actuante, en cuanto que dicho proceso estructural produjo una doble consecuencia o proyección, la desaparición de la presunta titularidad de la relación jurídica material con que se actuaba en el proceso de litis y la condición de parte en el mismo por cesar el procurador en la representación que ostentaba, a causa de haber finiquitado la personalidad con que litigaba su poderdante, según preceptúa el ap. 5.º del art. 9 de la ley rituaria, criterio que vino a corroborar la propia parte recurrente, en cuanto que, conocedora la Sala sentenciadora de este proceso de estructuración de los Sindicatos, la misma le dio a dicha parte la posibilidad de justificar o acreditar a la misma esa adaptación a las nuevas Normas que se exigía en la legislación citada con objeto de poder la Organización Sindical seguir ostentando y defendiendo los intereses generales que la misma pretende irrogarse, sin que la misma, a pesar de la providencia dictada al efecto, manifestare nada al respecto, viniendo con su actuar a comprobar el criterio de esta resolución, de ahí que el surgir una situación de vacío, tanto respecto a la pretensión como de los actos del proceso, la misma impide abordar el fondo del asunto, en cuanto que, su estimación impide tal posibilidad.





### 3.2. Nulidad de actuaciones

OMISIÓN DE LA AUDIENCIA PRECEPTIVA AL INTERESADO. — INDEFENSIÓN INEXISTENTE Y POR ELLO IMPROCEDENCIA DE LA NULIDAD DE ACTUACIONES.

S 5 febrero 1981 (Sala 3.ª) (RA 5122)

*La Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Territorial dictó sentencia desestimatoria del recurso contencioso-administrativo formulado contra resolución de la Delegación Provincial de Trabajo y contra la de la Dirección General de Trabajo. Recurrida la sentencia en apelación, el TS la desestima, confirmando la sentencia apelada.*

CONSIDERANDOS: Que la esencia de la impugnación llevada a efecto por la entidad recurrente, de la sentencia dictada por el órgano «a quo», se polariza en la valoración negativa de la omisión del trámite de audiencia establecida por la sentencia que se ataca, extrayendo el recurrente la consecuencia de nulidad «in radice», como derivación de la total indefensión que se le ha provocado, ya que no pudo combatir con acierto y eficacia, las conclusiones que se establecieron en la vía administrativa, ulteriormente confirmadas en la sentencia objeto de apelación, pero es preciso tener presente que para la prosperabilidad de la pretensión deducida, con la subsiguiente retrocesión del procedimiento, tiene que haberse provocado una real y efectiva indefensión, supuesto de omisión formal encuadrable dentro de los casos que integran la concepción genérica de ineficacia de los actos, como anulabilidad y, no como se postula, como nulidad absoluta, porque la omisión del trámite de audiencia debe ser objeto de valoración en función de la actividad desplegada por el administrado en el expediente, y con el conocimiento que de todas sus posibilidades pueda derivarse del mismo, y así adecuar su conducta y actitud jurídico-procesal de conformidad con sus intereses, pero para que un defecto formal determine su anulabilidad precisa que el acto carezca de aquellos presupuestos indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a una efectiva indefensión —art. 48-2 de la L. Pro. Administrativo.

Que es cierto que se ha omitido el trámite de audiencia y así se reconoce por el juzgador de instancia, pero valorando su alcance y efectividad, pone de manifiesto cómo la acusada indefensión no se ha producido, pues a la parte no sólo se le ha dado traslado de las actuaciones, sino que ha tenido conocimiento de las mismas, y su actuación se ha exteriorizado en una evidente manifestación positiva en un aspecto de la trascendencia, referida al supuesto concreto, como son los informes de toxicidad respecto del lugar de trabajo y procedimiento de soldadura, que revelan una plena participación que excluye la idea de indefensión, esto es como carencia o privación de los medios aptos para rechazar una imputación que contra una persona —física o jurídica— se articula, porque la posibilidad de redargüir, como expresión neutralizadora de indefensión, ha tenido efectividad en el expediente, tanto en su fase de instancia como en alzada exteriorizándose ese actuar en el escrito de su interposición, tanto en cuanto a la consecuencia declarativa de la toxicidad, como respecto a la necesidad de que por la empresa se adopten las medidas correctoras procedentes, con las naturales consecuencias que ambas declaraciones comportan en cuanto a las relaciones laborales y de seguridad e higiene en el trabajo, consecuencia que han sido objeto de específica valoración en la sentencia recurrida de acuerdo con la orientación doctrinal establecida por este Tribunal en cumplimiento no sólo de lo especialmente dispuesto en el art. 48-2 citado, sino con los principios que informan tanto la Ley indicada en su art. 29, como constituye el «sustratum» de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción en orden, de modo particular, en la espiritualización de las formas, lo que nos conduce a la confirmación de la sen-



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

tencia recurrida, con la desestimación de la apelación.

### 3.3. Notificaciones defectuosas en vía administrativa

NULIDAD DE ACTUACIONES. — NOTIFICACIÓN DEFECTUOSA POR DOBLE INDICACIÓN DE RECURSOS PROCEDENTES.

S 4 marzo 1981 (Sala 3.ª) (RA 925)

*El TS revoca una sentencia de la Sala territorial, y declara la nulidad de las actuaciones a partir del momento en que se dictó acuerdo por el Tribunal Económico-Administrativo Provincial, debiendo dicho Tribunal proceder a notificar en forma el recurso pertinente ante el Tribunal Económico-Administrativo Central.*

CONSIDERANDOS: Que como ha quedado expuesto nos hallamos ante un caso en el que la Administración ha indicado al apelante una doble vía de impugnación de un acto administrativo, uno, correcto, en la cédula de notificación, y otro, incorrecto, en el propio acto notificado, mediante diligencia con la antefirma del Abogado del Estado Secretario del T. Econ.-Adm. que dictó el acto; estando por lo tanto en colisión las dos actuaciones de la Administración, la cuestión planteada en este recurso de apelación consiste en decidir cuál de ellas debe tener preferencia sobre la otra, puesto que al ser ambas incompatibles entre sí, una de ellas determinará, además, la inadmisibilidad del recurso, mientras que la otra determinaría en su caso la nulidad de la notificación tan defectuosamente practicada, lo que daría lugar a tener que declarar su nulidad, así como la de todas las actuaciones posteriores.

Que planteado el debate en los términos apuntados, es evidente que frente al administrado, debe tener preferencia la indicación de los recursos contenida en la copia que le fue entregada del acto o acuerdo notificado, por las siguientes razones: 1.ª que no consta en la cédula de notificación, que se entregara al interesado una copia o duplicado de ella, ya que solamente se dice que a éste se le notificó «el fallo de referencia» y en dicho fallo, claramente se indica que lo que el recurso que la Administración estimaba procedente era el contencioso administrativo, que fue el que interpusó el notificado; 2.ª: que si bien la ignorancia de las Leyes no excusa de su cumplimiento, no es menos cierto que la complejidad y constante mutación de las normas permiten sostener que el administrado encontrara dudas sobre cuáles son los recursos procedentes contra un acto administrativo, habiéndolo entendido así el legislador cuando obliga a notificar no sólo el acto, sino también los recursos que contra él proceden; 3.ª que si bien para la Administración y para los encargados de fiscalizar sus acuerdos estaba clara la vía que era procedente, sin embargo parece ser que no lo estaba tan clara para el Secretario del T. Econ.-Adm. Provincial de Valencia, el cual firmó la estampilla que indicaba que el camino que debía seguir el administrado era el contencioso-administrativo bien por duda o bien por error; 4.ª que siendo la Administración quien indujo al administrado a seguir un camino equivocado, no puede después alegar esta equivocación en perjuicio de quien se limitó a servir sus indicaciones; 5.ª que en caso de duda —y no la hay— debe prevalecer el principio que permita defender al máximo los derechos del administrado, concediendo todos los recursos que la Ley establece, principio que quedaría conculcado si se le negara al hoy apelante agotar la vía administrativa, previa a la jurisdiccional, interponiendo recurso de alzada ante el T. Econ.-Adm. Central contra el Acuerdo del Tribunal Provincial.

Que las razones apuntadas son ya suficientes para declarar la prevalencia de los recursos indicados en el acuerdo impugnado ante la Sala de Instancia, sobre los indicados en la cédula de notificación de ese acuerdo;





y como la Sala de Instancia no lo entendió así, prescindiendo de lo que consta en los autos del recurso contencioso administrativo, al haberse aportado por el recurrente la copia del acuerdo con la indicación del recurso contencioso, que interpuso —al igual que consta en el expediente administrativo la cédula de notificación— debe ser revocada la sentencia lo que produce como consecuencia la estimación del recurso de apelación interpuesto contra ella, y sin que pueda ser examinada por esta Sala la cuestión de fondo que el apelante plantea, por no reunir el acto impugnado los requisitos que para su fiscalización en vía jurisdiccional exige el art. 37 de la Ley de la Jurisdicción, al no haberse agotado la vía administrativa, recurriendo en alzada ante el T. Econ.-Adm. Central el acuerdo del Tribunal Provincial de Valencia; traducido lo que antecede en declaraciones concretas, procede en primer lugar, revocar la sentencia apelada, en segundo lugar, declarar la nulidad de lo actuado desde que se dictó el acuerdo por el T. Econ.-Adm. Provincial, para que proceda a hacer una nueva notificación del que dictó con fecha 30 septiembre 1978, indicando que el recurso que procede contra él es el de alzada ante el Tribunal Central, en el plazo de 15 días desde el día siguiente al de su notificación, anulando la indicación que se hubiera hecho de cualquier otro recurso distinto, en cualquier otro acto o cédula (dejando a salvo los que el administrado estime pertinente interponer).

### 3.4. Sentencia: cosa juzgada

INADMISIBILIDAD DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, POR LA EXISTENCIA DE COSA JUZGADA. — IDENTIDAD TRIPLE SUBJETIVA, OBJETIVA Y CAUSAL.

S 7 febrero 1981 (Sala 3.ª) (RA 357)

*La Sección 2.ª de la Audiencia Nacional declaró la inadmisibilidad del recurso contencioso (por concurrir la cosa juzgada), interpuesto por una Estación de Servicio contra resolución del Delegado del Gobierno de CAMPSA (que denegó la admisión a trámite de la solicitud de autorización de dicha Estación de Servicio), y contra la desestimación presunta por silenció del correspondiente recurso de alzada. Interpuesto recurso de apelación por la Estación de Servicio contra dicha sentencia, el TS la desestima, confirmando la sentencia apelada.*

CONSIDERANDOS: Que las Sentencias judiciales firmes gozan de las características propias de la «cosa juzgada» y por lo tanto de las de invariabilidad, efectividad e irrepetibilidad, por lo que resulta condicionante para el resultado del presente recurso de apelación la existencia de una sentencia firme, dictada por esta Sala con fecha 27 noviembre 1974, la cual decidió acerca de la adecuación o inadecuación a derecho del acuerdo de autorización de la Estación de Servicio La Paz concedida a Sociedad Anónima así denominada, por acuerdo dictado por la Delegación del Gobierno en la CAMPSA, en virtud de la carta petición dirigida a la CAMPSA por esa misma entidad —Estación de Servicio La Paz—, y a cuya autorización se opuso la Estación de Servicio Santa Ana, cuyos argumentos fueron tomados en cuenta por la Sentencia antes mencionada, que puso fin al recurso contencioso entonces planteado, recurso que posteriormente se vuelve a plantear, si bien esta vez el recurrente es la Estación de Servicio La Paz, fundado en la misma carta-petición, solicitando la misma Estación de Servicio en el mismo punto kilométrico, por entender que, si bien la Sentencia que puso fin a aquel proceso anuló los actos administrativos de concesión de la estación de servicio solicitada, sin embargo, no anuló la carta-petición —sic— la cual, por lo tanto, sigue siendo eficaz y con fuerza suficiente para originar otros actos administrativos tendentes a obtener una nueva autorización, ya que según la Sentencia lo



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

entonces concedido fue una Estación de tercera categoría, con arreglo al Regl. de 30 julio 1958, siendo así que lo autorizado por CAMPSA fue una Estación sin categoría determinada y ello tuvo lugar por aplicación del Regl. de 5 marzo 1970.

Que comparando el proceso que concluyó por la sentencia firme que esta Sala dictó con fecha 27 noviembre 1974 con el que ha puesto fin la sentencia —ahora apelada— dictada por la Audiencia Nacional con fecha 3 febrero 1979, no puede existir duda alguna en cuanto a la identidad de las personas que en ambos intervinieron... sin que tenga trascendencia alguna, a efectos de la posible identidad entre las partes, que éstas asuman en los dos procesos posturas procesales distintas, es decir, en unos actúen como demandados y en otro como demandantes; tampoco cabe duda alguna de la identidad entre las cosas, que no era otra que la Estación de Servicio situada en el punto kilométrico 8.300 de la Carretera Nacional de Madrid a Francia por Irún..., por último, no hay tampoco duda alguna en cuanto a la identidad de la causa de pedir, dentro de cuyo concepto hay que incluir no solamente la norma a cuyo amparo se pide, sino también el hecho en el cual se fundamenta la acción, y es indudable que la acción ejercitada en ambos procesos es una y la misma, si bien de signo contrario, debido a la contraria postura procesal que los litigantes tienen en ambos procesos, y sin que sea función propia de los Tribunales de Justicia hacer juicios de valor acerca de las normas jurídicas que por tener rango de Ley escapan de su fiscalización, como ocurre en este caso con la que regula la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que no exige —en el procedimiento ordinario— el emplazamiento personal de los demandantes o coadyuvantes, sino la publicación de los correspondientes anuncios de la interposición del recurso para que pueda personarse en él quienes sean interesados —artículo 64— por lo que las razones por las que la Estación de Servicio La Paz no se personara en el anterior proceso que concluyó con la S. de 27 noviembre 1974 y no combatiera en él lo alegado por el actor no pueden hacerse derivar del emplazamiento por anuncios ni de otra causa distinta de su propia voluntad.

Que como esos son, en esencia, los razonamientos de la sentencia apelada, ésta debe ser confirmada por estar ajustada a derecho, lo que produce como consecuencia la desestimación del recurso de apelación interpuesto contra ella, sin apreciar en ninguna de las partes temeridad ni mala fe por lo que, conforme establecen los arts. 81, 83, 100 y 131 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción...

## 4. RECURSOS ORDINARIOS CONTRA SENTENCIAS

### 4.0. Recurso ordinario de apelación

PRUEBA DE PRESUNCIÓN LEGAL. — NATURALEZA REVISORA DE LA JURISDICCIÓN. — ALCANCE DEL PRINCIPIO «IURA NOVIT CURIA».

S 10 marzo 1981 (Sala 4.ª) (RA 1265)

*La Inspección de Trabajo levanta Acta de Infracción por falta de afiliación y cotización a la Seguridad Social a una empresa, imponiéndole una sanción, que fue confirmada por resolución de la Delegación Provincial de Trabajo. Recurrida la sanción en alzada, fue desestimado este recurso por resolución de la Dirección General de la Seguridad Social. Interpuesto recurso contencioso-administrativo, la Sala de la Audiencia dictó sentencia, estimando el recurso y declarando la nulidad de los actos impugnados, dejando sin efecto la multa impuesta y ordenando la devolución de la cantidad indebidamente ingresada. Promovida apelación por la Abogacía del Estado, el TS lo desestima, confirmando la sentencia apelada en todos los pronunciamientos; sin costas.*





CONSIDERANDOS: Que sobre supuestos de hechos idénticos a los actuales, bien que estén referidos a una distinta acta de liquidación, la reciente sentencia de esta Sala de 6 febrero 1981 ha venido a reiterar la doctrina en aplicación a la materia aquí tratada del art. 1253 del C. Civ. y a cuyo tenor la presunción de certeza establecida para las actas de la Inspección de Trabajo en el art. 10 del D. de 2 junio 1960 y a nivel de Ley en el art. 13 ap. 1 párr. c) de la de 21 julio 1962 (R. 1335) exclusivamente opera sobre hechos o circunstancias fácticas de ineludible consignación en cualquier acta conforme exige para las relativas a infracción de leyes sociales el art. 1.º norma 1.ª ap. c) del mencionado Decreto de 1960, sin que tal presunción comprenda o ampare conceptos jurídico-laborales, impresiones, calificaciones en Derecho o comentarios vertidos por el Inspector actuante en dicho documento por constituir inferencia o deducción de los antecedentes fácticos observados en la visita o incorporados al acta mediante cita de documentos concretos o de expresiones testificales que se produjeran dentro de la unidad de actuación inspectora.

Que al confirmarse la sentencia con distinta fundamentación no se incurre en «reformatio in peius» toda vez que íntegramente se mantiene el ámbito material del proceso conforme al artículo 80 de su Ley rectora y ninguna restricción o extensión de sentido se infunde a los pronunciamientos del fallo impugnado también mantenidos sin variación alguna, al par que la nueva motivación aquí dada tanto es coherente con el principio «iura novit curia» como con la propia naturaleza del recurso de apelación a cuyo tenor se reproduce ante la Sala «ad quem» el momento resolutorio del proceso en toda la amplitud con que a tal fin lo recibió el Tribunal de primera instancia.

PROCESO ESPECIAL PARA LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS RECONOCIDOS EN LA CONSTITUCIÓN. — GARANTÍA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. — NO NECESIDAD DE PREVIO RECURSO ADMINISTRATIVO E INADMISIBILIDAD DE LA APELACIÓN INTERPUESTA.

A 15 enero 1981 (Sala 4.ª) (RA 174)

*Impuesta por el Gobernador Civil multa de diez mil pesetas a un particular por encerrarse indebidamente en un Ayuntamiento, teniendo que ser desalojado por la fuerza pública; y recurrido el acuerdo ante la Dirección General de Política Interior, ésta lo desestima. Recurrido el acto administrativo en la vía contenciosa, la Sala de la Audiencia dictó sentencia en la que, accediendo a las pretensiones deducidas por los recurrentes, anula las resoluciones impugnadas por no ajustarse a Derecho, decretando la nulidad de todo lo actuado, y ordenando la tramitación de nuevo expediente, siempre que el Organo Jurisdiccional archive y sobresea la causa que debió incoarse por el M.º Fiscal. Recurrida la sentencia en apelación el TS declara inadmisible el recurso interpuesto.*

CONSIDERANDOS: Que una interpretación razonable (acorde con los principios de celeridad, eficacia y seguridad jurídica que informan el especial Ordenamiento) de los arts. 6 y 7 de la Ley 62/78 de 26 diciembre en relación con lo dispuesto en los arts. 1, 8, 37 y concordantes de la Ley Jurisdiccional, permite entender que el acto administrativo recurrido es incluible en el supuesto previsto en el art. 10, 1, a), de la Ley como de la competencia clásica de las Salas de las Audiencias, dado que en esta materia el acto inicial es apto para servir de soporte al proceso contencioso y resultar innecesarios los recursos de reposición o alzada, que en el mejor de los casos, tendrán carácter facultativo, sin que en el caso de que se ejerciten puedan implicar alteraciones «a posteriori» o



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

por vía de recurso de las competencias de los órganos jurisdiccionales que inicialmente vienen señaladas (en función del supuesto tipo) y que razones de uniformidad de doctrina y seguridad jurídica impiden alterar.

Que si la apelación en este tipo de procesos ha de acomodarse a las reglas generales (art. 9, 1, de la Ley) es indudable que al tratarse de una sentencia dictada por la Sala de la Audiencia en materia comprendida en el supuesto previsto en el art. 10, 1, a) de la Ley y de 10.000 ptas. de cuantía (por aplicación de lo previsto en el art. 50.3 de la Ley Jurisdiccional) la no apelación viene impuesta por la norma contenida en el art. 94.1.a), de la propia Ley.

DESESTIMACIÓN PRESUNTA POR SILENCIO ADMINISTRATIVO Y POSIBILIDAD DE IMPUGNACIÓN DE LA RESOLUCIÓN EXPRESA TARDÍA, EN UN SUPUESTO DE HACIENDAS LOCALES. — RECURSO DE REPOSICIÓN POTESTATIVO PREVIO A LA RECLAMACIÓN ECONÓMICO-ADMINISTRATIVA.

S 23 marzo 1981 (Sala 3.ª) (RA 965)

*El TS, estimando la apelación interpuesta, revoca la sentencia de la Sala territorial y en su lugar declara la nulidad del acto administrativo dictado por el Tribunal Económico-Administrativo Provincial, e interpuesta en tiempo oportuno la reclamación económico-administrativa planteada contra el Ayuntamiento, destacando el carácter potestativo del recurso previo de reposición en esta materia.*

CONSIDERANDOS: Que a ello opone la apelación, apoyándose en sentencias de esta Sala de 25 marzo y 2 abril 1966, que la referida posibilidad ofrecida al administrado de esperar a que se dicte la resolución expresa, que la sentencia admite en el ámbito de la administración estatal, es asimismo aplicable en el de la administración local sin que sea preciso entender derogados los preceptos de la Ley de Régimen Local y del Reglamento de Haciendas Locales, pues basta interpretar de acuerdo con los principios que fundamentan el silencio administrativo los arts. 377 de la Ley y 232, 237 y 238 del Reglamento, de los que no se infiere la no rehabilitación del plazo para recurrir, sino, por el contrario, que la reclamación económico-administrativa podrá interponerse contra lo resuelto expresamente o contra la resolución tácita presunta, como dice el núm. 2 del art. 237; doctrina que procede mantener, ya que los citados preceptos legales y reglamentarios vigentes en materia municipal no contienen norma que de algún modo determine que el solo hecho de haberse causado la desestimación tácita prive de eficacia y de poder ser impugnada la posterior resolución expresa que se dicte, y siendo esto así, es obvia la posibilidad de llenar ese vacío legal —semejante, además, al que se advierte en los arts. 94 y 125 de la L. Pro. Adm. y 38 de la de lo Contencioso-Administrativo— con el mismo criterio jurisprudencial largamente elaborado respecto de las resoluciones tardías de la Administración Central, esto es, teniendo al silencio administrativo como no constitutivo de resolución del expediente, sino simplemente como medio de ofrecer al interesado la posibilidad de acudir a la vía administrativa o jurisdiccional que proceda, pero sin perjuicio de que el particular que no ejercite esa posibilidad, ideada en su favor, pueda esperar a que la Administración resuelva para entonces impugnar esa resolución expresa, pues, como razona la sentencia de este T.S. de 16 abril 1974, la circunstancia de que la resolución recayera transcurrido el plazo fijado por la L. Pro. Adm., no supone invalidez, tanto por el ejercicio de la facultad que al particular interesado concede el art. 94 de la misma Ley, como porque, en definitiva, la Administración cumplió tardía, pero válidamente, el deber de resolver, y la doctrina normativa de la denegación presunta no significa en forma alguna que esta denegación se haya producido, sino que constituye únicamente una ficción legal en beneficio de los administrados, que no les priva del derecho a recurrir una vez que haya tenido lugar el pronunciamiento expreso, aun cuando se hubiera agotado anteriormente el plazo para impugnar la desestimación presunta por la excesiva tardanza de la Administración; agregando que en contraposición a la doctrina jurisprudencial interpretativa del alcance del silencio administrativo que sentaba al criterio de que por virtud de las denegaciones tácitas caduca el plazo para instar la acción contencioso-administrativa y adquiere firmeza la resolución no impugnada, sin que sea posible en el acto administrativo posterior expreso abrir de nuevo los plazos al estar finalizados, se alzaba ya otra doctrina de este mismo Alto Tribunal, superando la precedente, en que se señala que es innegable que para imprimir al silencio administrativo su auténtica significación puntualizada claramente en el preámbulo de la Ley de 27 diciembre 1956, se había rectificado la orientación jurisprudencial y con arreglo a la tesis más atinada no resultaba ya ortodoxa la afirmación de que el acto presunto se convierta en firme, sino que el interesado en uso de la facultad derivada del silencio administrativo, puede combatir, a su elección, la desestimación tácita o presunta o esperar a que se dicte la pertinente resolución expresa, cualquiera que sea el momento en que ello ocurra, para impugnarla si le perjudica.

Que esa entonces nueva doctrina, que continúa siendo mantenida y reiterada con frecuencia, resulta acorde con los preámbulos de las Leyes de lo Contencioso-administrativo y de Procedimiento Administrativo, ya que en el de la primera de estas leyes se hizo constar que acudir a esta Jurisdicción se considera como una facultad y no como una obligación, con lo cual se restituye la figura del silencio administrativo al sentido que propiamente se le atribuyó originariamente, de garantía para los administrados frente a las demoras de la Administración, y en el preámbulo de la L. Pro. Adm. se afirma que, recogiendo el precepto contenido en el artículo 38 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, se instituye un régimen general del silencio, que deroga cuantas normas especiales lo regulaban con carácter negativo, salvo en los casos expresamente previstos en el propio texto legal, y es coherente también con el art. 1.º de la misma Ley adjetiva, en cuanto dispone que el silencio administrativo que estuviere reconocido en disposiciones especiales se ajustará, en todo caso, a lo dispuesto en los arts. 94 y 95, y que esta Ley será supletoria de las normas que regulan el procedimiento administrativo de las Corporaciones Locales (recuérdese, a este objeto, que, como antes se consigna, la doctrina en cuestión no interpreta preceptos normativos de la legislación procesal administrativa local, sino que viene a llenar un vacío legal acerca de las consecuencias del hecho de causarse una desestimación tácita por silencio y ser seguida de resolución posterior expresa); consideraciones que han servido también a esta Sala para declarar, en sentencia de 16 diciembre 1977, aunque no fuera precisamente respecto del art. 377 de la Ley de Régimen Local, sino en relación con el 374 de la misma Ley, la prevalencia sobre éste de lo dispuesto en los arts. 38 de la Ley de lo Contencioso-Administrativo y 94 de la de Procedimiento Administrativo.

## 5. RECURSOS EXTRAORDINARIOS CONTRA LAS SENTENCIAS

### 5.0. Recurso de revisión

CONCEPTO DE FIRMEZA DE LA SENTENCIA RECURRIDA. — NECESIDAD DE LA FIRMEZA PARA LA ADMISIÓN DE TAL RECURSO. — RECURSO DE APELACIÓN (ALCANCE).

S 3 febrero 1981 (Sala Especial de Revisión) (RA 306)

*Una sentencia de la Audiencia Territorial es recurrida en revisión por el*







Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

*Abogado del Estado, en un caso en que aquélla se pronuncia sobre la desestimación tácita por silencio administrativo del Ministerio del Interior sobre derechos pasivos del particular recurrente. La Sala Especial de Revisión declara inadmisible el recurso interpuesto por la representación del Estado.*

CONSIDERANDOS: Que tanto el artículo 1797 de la L. E. Civ. como el art. 102,1 de la reguladora de esta Jurisdicción parten del presupuesto básico de que el recurso excepcional de revisión sólo cabe frente a sentencias firmes, lo que exige en este caso, en que el Abogado del Estado recurre en revisión frente a sentencia de la Sala Territorial, examinar si se cumple tal presupuesto de viabilidad del recurso, negado por la parte comparecida en autos.

Que interesa, en primer término, analizar el concepto de «firmeza» que a estos efectos es utilizado por los citados textos legales, habiendo de reiterarse aquí el criterio jurisprudencial constante de que por sentencia firme, a efectos del recurso de revisión, ha de entenderse aquella que —por su cuantía o materia— no es susceptible del recurso ordinario de apelación, o bien cuando, siéndolo, se han agotado los recursos ordinarios sin éxito; de tal suerte que, complementando dicho criterio, se ha establecido por dicha jurisprudencia —sentencias, entre otras, de 25 junio 1968 (R. 3501), 5 diciembre 1975 (R. 1976, 193), 3 mayo 1977 (R. 1994), etcétera, que no es viable el recurso excepcional de revisión en la hipótesis de sentencias cuya firmeza devino por la no utilización del recurso ordinario de apelación, en virtud del aquietamiento de las partes que pudieran entablarlo. Conforme a tal criterio, es obligado analizar si la sentencia impugnada en revisión, antes aludida, era o no susceptible de la apelación ordinaria, ya que en caso afirmativo, la no utilización de dicho medio impugnatorio normal por el Abogado del Estado cerraría ahora a éste el paso para la viabilidad, con el consiguiente examen de fondo, del recurso excepcional que plantea, al amparo y con base en contradicción externa o jurisprudencial del ap. b) del art. 102, 1 de la Ley de la Jurisdicción.

Que desde el inicial planteamiento del funcionario recurrente en vía administrativa, lo suscitado por éste fue la anulación de los actos administrativos de señalamiento de su pensión de jubilación, no por vicios intrínsecos a tales actos o resoluciones (emanadas de la Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local y en alzada, de modo presunto, por el M.º Interior), sino por tratarse de actos de aplicación individualizada de la O. de 15 junio 1978 (art. 9.º, 1), incursa, en tesis actora, e ilegalidad por contradecir normas de rango superior; planteamiento éste trasladado después al proceso administrativo, y que denota un claro supuesto de utilización del recurso indirecto frente a disposiciones generales, comprendido en los aps. 2 y 4 del art. 39 de la Ley Jurisdiccional (según se comprueba de los fundamentos jurídicos V y VI de la demanda y del suplico de este escrito de formalización); siendo éste el esencial objeto o materia de fondo de la sentencia ahora impugnada en revisión, sentencia que, en su fallo, declara cabalmente la anulación de los actos impugnados en cuanto, precisamente, actos de aplicación individualizada de la citada Orden Ministerial, por la disconformidad de esta norma reglamentaria con la Ley de 12 mayo 1960, en la materia controvertida de inclusión en el haber regulador de las clases pasivas de funcionarios locales de las pagas extraordinarias. Se trataba, por tanto, de recurso contencioso afectante a materia en la que siempre cabe el recurso ordinario de apelación, según dispone el art. 94-2-b) de la Ley de Jurisdicción, a raíz de la reforma de la Ley 10/1973 de 17 marzo, recurso que pudo perfectamente interponer la Abogacía del Estado, aun cuando los actos impugnados incidieren en una relación funcionarial, y, como tal, fueran calificables como «de personal».





Que de lo anterior se desprende que no estamos en presencia de sentencia firme a los indicados efectos, sino de firmeza sobrevenida por aquietamiento de la parte gravada con el fallo, al no interponer el recurso ordinario de apelación procedente, de ámbito extenso y coincidente aquí con el tema debatido en la primera instancia, por lo que ha de concluirse en pro de la inadmisibilidad de la revisión entablada por el Abogado del Estado, al estar ausente dicho esencial presupuesto procesal.

DOCTRINA LEGAL SOBRE REVISIÓN IMPROCEDENTE. — RESOLUCIONES DE LAS SALAS CONTRARIAS ENTRE SÍ O CON SENTENCIA DEL TS EN QUE SE LLEGUE A PRONUNCIAMIENTOS DISTINTOS.

S 2 marzo 1981 (Sala 4.ª) (RA 889)

*En un pleito relativo a la inclusión de una finca en el Registro Municipal de Solares, notificado los acuerdos denegatorios del Ayuntamiento a los particulares recurrentes e impugnados dichos acuerdos en la jurisdicción contencioso-administrativa, la Sala de la Audiencia dictó sentencia, desestimando las pretensiones de los recurrentes. Promovido recurso extraordinario de revisión contra dicha sentencia de Sala, alegando al art. 102, 1.º b) de la LJCA, el TS desestima la revisión interpuesta por no resultar procedente en Derecho.*

CONSIDERANDOS: Que es doctrina general la que entiende que el Recurso de revisión instaurado —como remodelación del ya antiguo de revisión ordinario— por el art. 102 de la Ley Jurisdiccional, es un claro supuesto de recurso excepcional por cuanto se da contra sentencias firmes, sin impedir la producción de firmeza (artículo citado en relación con el art. 1803 de la Ley Procesal Civil) y, por ello, la Jurisprudencia ha podido declarar que nos encontramos ante un recurso de carácter excepcional y extraordinario, en cuanto supone desviación de las normas generales dado que la finalidad que responde no es la de los recursos ordinarios que inciden en una relación jurídico-procesal abierta y eventualmente prolongada, sino que la revisión presupone, en todo caso, una relación jurídica cerrada, situación jurídica que ha motivado el criterio doctrinal de conceptuarla, más que de un propio recurso, de una auténtica demanda o pretensión rescisoria que en función de su naturaleza ha de ser objeto de aplicación restrictiva, además de circunscribirse, en cuanto a su fundamento, a los casos o motivos taxativamente señalados en la Ley.

Que el motivo único aducido como fundamento de la pretensión de Revisión se apoya en el supuesto previsto en el apartado 1, b) del art. 102 de la Ley Jurisdiccional, al alegar contradicción entre la sentencia impugnada, la dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial y las dictadas por la propia Sala Territorial, confirmadas por las sentencias del T.S. de 11 junio y 7 octubre 1976, todas ellas referentes a supuestos de inclusión de fincas en el Registro Municipal de Solares, al amparo del párr. 5,3 del art. 5 del Reglamento de 5 marzo 1964, dándose la disparidad en el hecho de que la sentencia objeto de revisión deniega la inclusión, acordándola las sentencias citadas como base o punto de comparación.

Que el apartado b), del párr. 1.º del art. 102 de la Ley Jurisdiccional no se limita a establecer la procedencia del recurso cuando las Salas de lo Contencioso-Administrativo hubieran dictado resoluciones contrarias entre sí o con sentencias del T.S., sino que añade «respecto a los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación, donde, en méritos a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se llegue a pronunciamientos distintos»; y al tratarse de ver en este supuesto se cumplen los diferentes requisitos —presupuesto, el examen del contenido de las sentencias enfrentadas revela la no concurrencia de todos



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

y cada uno de los tres indispensables requisitos que para la procedencia del recurso, en conjunta y obligada concurrencia, ha venido exigiendo la jurisprudencia.

Que ello es así porque entre los casos enfrentados (y dando por supuesta la concurrencia de los requisitos subjetivos y de la actividad) no se da la identidad objetiva (referente a hechos y fundamentos) cuya inexcusable exigencia impone la Ley —SS. de 31 mayo 1966 (R. 2955), 23 enero 1971, 5 febrero 1973, etc.—, ya que si bien se trata de supuestos de inclusión en el Registro de Solares de edificios todos ellos de dos plantas (uno tiene además ático) por la causa c), del ap. 5 del art. 5 del Regl. de 5 marzo 1964 (datos coincidentes), las divergencias se desprenden del hecho destacable de que las fincas se ubican en zonas o sectores urbanos sometidos a diferentes ordenanzas o normativa urbanística y, por ello, el fundamento de las declaraciones de inclusión en el Registro o de su rechazo se basan en datos de hecho y argumentaciones jurídicas diferentes...

### 5.1. Recurso extraordinario en interés de Ley

DOCTRINA GENERAL SOBRE OBJETO Y LÍMITES DE ESTE RECURSO.

S 20 febrero 1981 (Sala 5.ª) (RA 429)

*Estamos en presencia de una desestimación por el TS de un recurso extraordinario de apelación o en interés de Ley interpuesto por la Abogacía del Estado contra sentencia de la Sala de la Audiencia Territorial, en materia de concursos de traslado que afecta a Ingenieros industriales.*

CONSIDERANDOS: Que, conforme a citado precepto, este recurso de apelación en interés de la Ley tiene el carácter de extraordinario, porque su régimen es distinto del ordinario de los arts. 94 a 96 de la dicha de 1956; además tiene el de excepcional en cuanto sólo se da contra sentencias no susceptibles de apelación normal y porque está atribuido a la Administración, defendida por el Abogado del Estado, el privilegio de ser la única parte del proceso con legitimación para interponerlo, cuyos caracteres evidencian las restricciones a que está sujeto: las de no convertirse en apelación ordinaria, tener como motivo impugnatorio el de estimarse gravemente dañosa y errónea la resolución recurrida, formar jurisprudencia esta Sala al fijar la doctrina legal del caso pero sin alteración de las situaciones jurídicas particulares, no excederse del tema debatido en la primera instancia y atenerse la apelación, estrictamente, a los términos de aquella sentencia y a los del suplico de las alegaciones del Abogado del Estado.

Que, para prosperar el recurso, la sentencia impugnada, además de constituir grave daño en cuanto a los intereses de la Administración por la posterior repetición de los criterios en ella establecidos, ha de ser errónea en sus fundamentos y pronunciamiento. Cuando la ahora recurrida declaró la nulidad de la Resolución administrativa de convocatoria de concurso de traslado de Ingenieros Técnicos Industriales y dispuso la convocatoria de nuevo concurso con inclusión de la plaza de La Coruña servida por funcionario interino, aplicando, en su apoyo, el art. 27 del Regl. del Cuerpo fecha 19 diciembre 1975, se ajustó plenamente al Ordenamiento Jurídico sin incurrir en yerro alguno; porque si bien es cierto que la Administración, a tenor de los arts. 15 y 17 de la Ley de Régimen Jurídico de 26 julio 1957, posee, ejercitando sus potestades organizativas en materia de personal, facultades para convocar el número de vacantes de funcionarios conforme los exijan las necesidades del servicio público —principio general reconocido por la Sala, SS. de 25 octubre y 12 noviembre 1965 entre otras—, también es cierto que tales facultades tienen dos limitaciones: una, la del principio de legalidad que debe cumplir la Administración en todas sus actuaciones, imperativamente impuesto por los arts. 23 y 26 de citada Ley de Régimen Jurídico, el 1.º-1 de la de Procedimiento Administrativo de 1958 y los 9.º-1, 97 y 103 de la Constitución de 1978; y otra, la de que hayan sido efectivamente ejercidas en beneficio del servicio público, con exclusión de cualquier clase de arbitrariedad infractora del Ordenamiento Jurídico según previenen los artículos 83-2 de la Ley Contencioso-Administrativa de 1956 y 48-2 y 115-1 de la de Procedimiento Administrativo, limitaciones ambas operantes en el presente caso, así, la primera porque rige la norma específica del Cuerpo, art. 27 del Reglamento D. 3702 de 19 diciembre 1975 —a relacionar con el 56 de la Ley de Funcionarios de 1964—, preceptiva de que la convocatoria del concurso incluirá las vacantes existentes en cada localidad, expresión equivalente a la de todas y cada una de las plazas vacantes en la localidad, como asimismo establecen los 23 y 34 la provisión de todas las plazas vacantes en los supuestos de reingreso y de nuevo ingreso, y, por lo referente a la segunda, porque no se produce efectivo beneficio para el servicio público cuando fue excluida del concurso de traslado la plaza cubierta por funcionario interino conculcándose, de esta manera, los arts. 5.º-2 y 104-1 de la Ley de Funcionarios de 1964 que, únicamente, permiten el nombramiento de interino por razones de urgencia o necesidad y hasta tanto se provea la plaza por funcionario de carrera según el régimen normal, como en el supuesto actual sucedió.

Que, por tanto, resulta improcedente acceder a la pretensión del Abogado del Estado, contenida en el suplico de sus alegaciones y en lo que al presente caso respecta, de fijarse la doctrina legal de que «la Administración no se encuentra obligada en la convocatoria de concursos a anunciar y comprender todas las plazas vacantes de la plantilla presupuestaria del Cuerpo a que se refiera, sino que en el ejercicio de sus prerrogativas de organización puede convocar el número de vacantes que resulten necesarias para la debida atención a las necesidades el servicio público».

## 6. DISPOSICIONES COMUNES

### 6.0. Suspensión de la ejecución del acto administrativo objeto del recurso

EXISTENCIA DE DAÑOS DE REPARACIÓN DIFÍCIL.

A 24 enero 1981 (Sala 4.ª) (RA 188)

*Desestimado por la Diputación Provincial un recurso previo de reposición, y recurrida la resolución en la vía contencioso-administrativa, en la que se solicita la suspensión del acuerdo administrado impugnado, la Sala de la Audiencia, por medio de Auto, acordó haber lugar a la suspensión del mencionado acto recurrido. Interpuesto recurso de apelación contra el Auto por la parte perjudicada, el TS desestima parcialmente la apelación interpuesta y confirma íntegramente el Auto apelado, completándolo con declaraciones diversas...*

CONSIDERANDOS: Que el auto apelado suspende la ejecución de los acuerdos de la Diputación Provincial por los que se aprobaron las Bases de Actuación y Estatutos de la Junta de Compensación del Plan Parcial «Parquesol», impugnándose dicho auto por la Sociedad apelante con fundamento en la no producción de los daños o perjuicios de reparación imposible o difícil a que se refiere el art. 122.2 de la Ley de esta Jurisdicción en haberse infringido el trámite de audiencia que establece el art. 123.2 y en no haberse exigido la caución prevenida en el artículo 124, ambos de la misma Ley.

Que la constitución y actuación de la Junta de Compensación prevista en el art. 126 del Texto Refundido de 9 abril







Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

1976 es causa de una serie de actos que inciden de manera sustancial y decisiva en el contenido económico de las propiedades afectadas que dan lugar a una situación, cuya nulidad, de producirse ésta, planteará problemas indemnizatorios cuya dificultad de determinación y cuantificación hace a su vez difícil la reparación de los daños y perjuicios que tal situación pueda ocasionar, al menos en aquellos casos en los que, como ocurre en el presente, están implicados propietarios de modestas viviendas a los cuales la ejecución de dichos actos puede suponer una modificación de su derecho de propiedad que, en el momento de producirse, conlleve una carga de muy grave onerosidad con la consecuencia de que su imposición le ocasione unos inmediatos perjuicios difícilmente reparables, que sin duda la Sala de Instancia tuvo presentes en el momento de decidir la suspensión recurrida, manifestándose por ello dotada de una legalidad y acierto que la hacen merecedora de su confirmación.

Que los otros dos motivos de apelación no constituyen razón suficiente que hagan desaparecer la procedencia de dicha confirmación, pues en relación con el primero debe primar la circunstancia de que la sociedad apelante ha ejercitado en esta segunda instancia, sin limitación alguna, su derecho a contradecir la pretensión acogida en el auto recurrido y ello hace que infracción formal denunciada quede privada de trascendencia anulatoria en cuanto que el aceptarse ésta supondría una inútil repetición de actuaciones sin resultado práctico alguno que infringiría innecesariamente el esencial principio de economía procesal y respecto del segundo, si bien es cierto que procede exigir la caución prevista en el citado art. 124, la omisión que en este sentido comete el auto apelado no es causa de revocación, sino tan sólo de que deba ser completado en dicho extremo y a tal fin se estima suficiente la caución de 400.000 ptas., que deberá ser constituida por todos o cualquiera de los peticionarios de la suspensión en la forma que elijan entre las que establece el repetido art. 124 en su núm. 2.

SUSPENSIÓN POR DAÑOS O PERJUICIOS DE REPARACIÓN IMPOSIBLE O DIFÍCIL.

A 10 febrero 1981 (Sala 4.ª) (RA 586)

*Presentado un proyecto urbanístico en un Ayuntamiento, solicitando su tramitación legal y aprobación pertinente, la Administración no ofrece contestación alguna; e interpuesto recurso de reposición contra esta denegación presunta, la Corporación tampoco resuelve expresamente el recurso interpuesto, lo que motivó el recurso de alzada ante el Tribunal Administrativo, que estimó el recurso. Interpuesto por el Ayuntamiento recurso contencioso-administrativo, por medio de otrosí solicitó la suspensión del acuerdo recurrido, a lo que por medio de Auto accedió la Sala de instancia. Contra dicho Auto se recurre en apelación ante el TS, que éste desestima confirmando el Auto de suspensión apelado.*

CONSIDERANDO: Que toda actuación urbanística ilegal puede ocasionar a los intereses públicos vinculados a la planificación y ordenación urbanas un grave quebranto, a veces irreversible, de muy difícil o imposible evaluación y reparación; puede llegar a ser un obstáculo en ocasiones insuperable a la ejecución de la sentencia que declara su ilegalidad e incluso origen de situaciones jurídicas consolidadas, cuya eliminación comporta cuestiones indemnizatorias en las que se hace muy problemático, cuando no ilusorio, hallar una solución justa, máxime si en ellas se encuentran implicadas de manera congruente y con signo contradictorio decisiones de órganos municipales y estatales y dado que esa situación urbanística ilegal de tan perjudiciales consecuencias es posible que se produzca con la ejecución del acto administrativo recurrido en los autos principales, ya que en él se ordena al Ayuntamiento demandante la aprobación inicial y subsiguiente tramitación de unos Planes de Ordenación Urbana que resultarán, en su caso, contrarios a Derecho de dictarse en dichos autos principales una sentencia estimatoria del recurso contencioso, es indudable que de la suspensión de su ejecución acordada por el Tribunal de instancia supone una acertada aplicación del artículo 122 de la Ley de esta Jurisdicción y debe por ello confirmarse, sin hacer especial imposición de costas por no concurrir alguno de los supuestos previstos en el art. 131 de la misma Ley.







Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

# EL TRIBUNAL SUPREMO Y LA CONSTITUCION
## Selección de resoluciones en materia procesal (1981)

MARÍA JOSÉ MASCARELL NAVARRO
Profesora Ayudante de Derecho Procesal
Universidad de Valencia

SUMARIO:

1. Artículo 24.1 de la Constitución (imposibilidad de fundamentar en el mismo un recurso de casación por infracción de ley, alcance de la tutela de jueces y tribunales, principio de contradicción. A. En expedientes administrativos). — 2. Artículo 24.2 (utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa, A. Administrativo, B. Penal; presunción de inocencia, A. Administrativo, B. Penal). — 3. Artículo 26 (prohibición de los tribunales de honor). — 4. Artículo 32.2 (orden público). — 5. Artículo 53 (tutela de las libertades y derechos fundamentales). — 6. Artículo 71 (inmunidad parlamentaria). — 7. Artículo 117.5 (jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense). — 8. Artículo 137 (autonomía municipal).

## 1. ARTICULO 24.1

IMPOSIBILIDAD DE FUNDAMENTAR EN EL MISMO UN RECURSO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.

A 1 abril 1981. CRIM (Sala 2.ª)

*El Tribunal Supremo declara inadmisible un recurso de casación interpuesto al amparo del art. 849, uno, LECRIM, y basado en la violación del art. 24 de la Constitución.*

CONSIDERANDO: Que a tenor de lo prevenido en el artículo 874 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y a constante jurisprudencia que lo interpreta, es requisito esencial para la admisión de un recurso de casación por infracción de ley fundado en el número 1.º del artículo 849 de la mencionada disposición procesal la cita que ha de hacerse del precepto penal de carácter sustantivo que se suponga quebrantado en su aplicación o inaplicación por el tribunal de instancia, y siendo así que el recurrente no cumple en el presente caso con tan elemental exigencia, por cuanto los preceptos que alega como violados, que son el artículo 1.214 del Código Civil y el 24 de la Constitución Española, carecen de tal carácter por no ser preceptos



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

penales sustantivos; es indudable que por tal omisión no es admisible el interpuesto como motivo segundo de casación por prohibirlo expresamente el núm. 4.º del artículo 884 de la citada Ley de Procedimientos penales.

ALCANCE DE LA TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES.

1) S 28 enero 1981 CONT-ADM (Sala 5.ª) (RA 119)

*El Tribunal Supremo se aparta de la doctrina jurisprudencial vigente en torno al art. 28.1.b), LJCA, que estima derogada por el art. 24 de la Constitución, y considera legitimada a la Asociación Sindical Profesional de Técnicos de Grado Superior y Medio del Ayuntamiento de Zaragoza para impugnar una disposición de ámbito nacional.*

CONSIDERANDOS: Que respecto a la segunda causa de inadmisibilidad no ignora esta Sala la reiterada doctrina jurisprudencial invocada por el Abogado del Estado que ha venido limitando la legitimación de las entidades, corporaciones e instituciones de Derecho Público y cuantas entidades ostentaren la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo para impugnar directamente disposiciones de carácter general, interpretando que el ámbito territorial que abarca la competencia del ente que impugna debe ser el mismo a donde alcanza la norma objeto de impugnación, privando por ello de legitimación a los entes de competencia más reducida respecto de la impugnación de disposiciones generales de la Administración Central.

Que tal doctrina, basada en supuestos en que existía una organización jerárquica que contaba con un organismo superior de ámbito nacional al que estaban subordinados los de ámbito inferior, provincial o local, quiebra en virtud del derecho a la protección judicial instituido en el art. 24 de la Constitución, en cuanto concede a toda persona el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, y aunque este derecho a la jurisdicción, concebido en términos generales, ha de conjugarse con los requisitos de la legitimación normalmente regulados en las Leyes procesales, crea un ámbito amplio para ejercer la presentación ante los órganos jurisdiccionales que permite admitir que la Asociación Provincial recurrente, constituida como persona jurídica al amparo del art. 3.º de la Ley 19/1977, de 1 abril, reguladora de la Asociación Sindical Profesional, cuyo art. 1.º permite que puedan constituirse Asociaciones en cada rama de actividad, a escala territorial o nacional, con plena autonomía, sin relación de jerarquía entre ellas, está legitimada para impugnar directamente una disposición de carácter general de la Administración Central, en cuanto en su marco territorial acoja, defienda y represente los intereses generales o corporativos a los que alude el art. 28.1.b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción, y concurriendo estas circunstancias de autonomía, interés legítimo y ausencia de normas limitadoras de la legitimación en este supuesto, procede la desestimación de la segunda causa de inadmisibilidad alegada por el Abogado del Estado.

*Esta doctrina se reitera por la misma Sala del Tribunal Supremo en S. 24 septiembre 1981 (RA 3363), en relación a la legitimación de la Asociación Profesional Sindical de Funcionarios Licenciados en Derecho al servicio del Ayuntamiento de Zaragoza contra el mismo decreto que la anterior, de 13 de febrero de 1979, sobre fijación y recaudación de cuotas y pago de pensiones de la MUNPAL.*

2) S 14 octubre 1981, CONT-ADM (Sala 4.ª) (RA 4151)

*El tribunal Supremo estima legitimados a los Ayuntamientos para recurrir contra determinados artículos del Reglamento General del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social de 23 de diciembre de 1972, en virtud de lo dispuesto en el art. 24 y en la disposición derogatoria tercera de la Constitución.*

CONSIDERANDO: ...que los obstáculos que podían surgir de las trabas que la legitimación activa para impugnar disposiciones de carácter general —arts. 28, b, y 39,1 de la Ley Jurisdiccional— se contenían en el Derecho anterior, deben hoy estimarse removidos, en virtud del alcance que cabe atribuir al art. 24 de la Constitución Española (derecho a una efectiva tutela jurisdiccional) en relación con lo también preceptuado en la disposición derogatoria 3.ª del Texto Fundamental, y que, en definitiva, supone hacer realidad la declaración antiformalista de nuestra Ley Jurisdiccional contenida en su Exposición de Motivos al proclamar la necesidad —como meta— de buscar la justicia como contenido del verdadero interés público y fundamento básico de toda organización política.

*El Tribunal Supremo no siempre se apoya en el art. 24 de la Constitución al reconocer legitimación a los Ayuntamientos para impugnar disposiciones de carácter general. Vid. art. 137.*

3) S 16 octubre 1981 (Sala de competencias) (RA 4714)

*Planteado un conflicto jurisdiccional entre los tribunales contencioso-administrativos y laborales, que se declararon incompetentes para conocer del pleito interpuesto por un empleado de un organismo de carácter autónomo dependiente del Ministerio de Defensa, cesado en su puesto de trabajo, el Tribunal Supremo en base al Texto Refundido de Procedimiento Laboral de 17 de agosto de 1973, y aplicando el art. 24 de la Constitución, declara competentes a los órganos de la jurisdicción contenciosa.*

CONSIDERANDO: ...que la Jurisdicción competente para entender del asunto motivador del conflicto es la Jurisdicción contencioso-administrativa, postura que se refuerza a tenor de cuanto al efecto dispone el art. 1.º de la Ley de 27 diciembre 1956, reguladora de aquella materia, y en relación con lo establecido en el ap. 1.º de su artículo 2.º, a través del cual quedan excluidas del ámbito de la misma «las cuestiones de índole civil o penal atribuidas a la Jurisdicción ordinaria, que aunque relacionadas con actos de la Administración pública, se atribuyan por una Ley a la Jurisdicción social o a otras jurisdicciones», que no es en realidad el supuesto ante cuya presencia nos encontramos, al no existir de forma expresa una disposición con aquel rango legislativo, que atribuya el asunto en cuestión a la jurisdicción laboral, requisito por otra parte indispensable para que esta jurisdicción pudiese conocer del mismo, es decir, que la última solución ha de venir propiciada concretamente por una Ley y no por normativa de inferior rango, sin que constituya un obstáculo para ello la circunstancia de que de manera expresa se especifique que contra la resolución ministerial no queda recurso alguno, pues tal afirmación ha sido interpretada por reiterada y constante doctrina jurisprudencial, entre otras en las SS. de 6 abril 1963 y de 26 abril 1976, en el sentido de que la misma se refiere única y exclusivamente a los recursos gubernativos o administrativos, pero no al contencioso propiamente dicho, que por consiguiente subsiste con las consecuencias que de su formulación se deriven, por cuyo motivo no es dable compartir la postura mantenida por la Sala 2.ª de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de esta Capital en los mencionados autos, y por aplicación de lo dispuesto en los arts. 40 F) y 82 C) de la Ley reguladora de esta materia, así de cuanto previene el art. 75 del Regl. del Personal Civil no funcionario de la Administración Militar, que se refiere concretamente a supuestos y casos







Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

diferentes al que es objeto de examen y además, por otra parte, este precepto, en su último párrafo 10, lo que únicamente dice es que «contra la resolución del Ministro no procederá reclamación alguna ante la jurisdicción laboral», de aquí y por cuanto antecede sea necesario insistir en que por esta clase de normas no sea factible privar al que se vea lesionado en sus derechos de la asistencia y consiguiente protección a través de la vía contencioso-administrativa, postura que se ve manifiestamente reforzada después de publicado nuestro Texto Constitucional publicado en el B. O. E. el 29 diciembre 1978, y en cuyo art. 24 se establece que «todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión», a cuya situación se llegaría de manera indudable al mantener esta competencia negativa, razones todas y cada una de ellas que llevan a resolver este conflicto jurisdiccional a favor de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

4) A 2 diciembre 1981 CIVIL (Sala 1.ª)

*Interpuesto recurso de casación, el Ministerio Fiscal se opone a su admisión al no haber prestado el recurrente declarado pobre caución juratoria de pagar si viniere a mejor fortuna. El Tribunal Supremo admite el recurso.*

CONSIDERANDOS: Que si bien el artículo catorce, número cuarto, de la Ley de Enjuiciamiento Civil requiere la caución juratoria de pagar si el declarado pobre viniera a mejor fortuna para interponer «cualesquiera recursos», y su vigencia en la casación ha sido declarada repetidamente por esta Sala, parece adecuado modificar tal criterio ante el superior principio constitucional que proclama la efectividad que ha de darse al derecho a la jurisdicción (artículo veinticuatro), además de que la exigencia de aquella garantía, en la que late como en todo juramento un fondo religioso innegable, pugnaría con la afirmación de libertad ideológica y de creencia contenida en el artículo dieciséis de la propia Ley Fundamental; sin que ello signifique, por otra parte, contrariar ninguna norma específica del recurso casacional, pues la declaración genérica de aquel precepto inserto en la sección segunda del título primero no ha sido recogida ni recordada en el artículo mil seiscientos noventa y ocho, que concretamente menciona la constitución de depósito por el litigante que «no estuviere declarado pobre», pero sin imponer la prestación de ningún tipo de cauciones a quien goza el beneficio de asistencia judicial gratuita.

Que es procedente declarar admitido el recurso interpuesto en estos autos por reunir los requisitos legales.

PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN.

A) *En expedientes administrativos*

1) S 3 noviembre 1981 CONT-ADM (Sala 4.ª) (RA 4726)

*Recurrida la sentencia de la Audiencia Nacional en la que se anulan las resoluciones de la Dirección General de Seguridad por las que se expulsa a dos súbditos extranjeros sin concederles audiencia, el Tribunal Supremo confirma la sentencia.*

CONSIDERANDO: ...que el derecho de residencia de los extranjeros en España no depende de la exclusiva discrecionalidad administrativa, como pretende la Administración apelante, sino que constituye un derecho fundamental garantizado por los artículos 13 y 19 de la Constitución, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York y la Convención Europea para la Salvaguarda de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de Roma; derecho que debe ser respetado y amparado siempre que, en expediente tramitado con





la garantía de la audiencia de los interesados, no aparezca suficientemente acreditado que los extranjeros legalmente residentes en el territorio nacional han incurrido en alguna de las conductas que autorizan a la Administración el ejercicio de su excepcional facultad de acordar la cesación de ese derecho mediante la orden de expulsión y prohibición de entrada en territorio nacional.

2) S 2 junio 1981 CONT-ADM (Sala 4.ª) (RA 2502)

*Recurrida la sentencia de la Audiencia Nacional por la que se anula la resolución del Gobernador Civil de Barcelona en la que se sanciona al propietario de una Sala de fiestas sin concederle audiencia, el Tribunal Supremo confirma la sentencia dictada por la Audiencia.*

CONSIDERANDOS: ...que al haberse producido la Resolución gubernativa sin la audiencia del interesado, se ha producido una evidente indefensión del mismo con infracción notoria del párrafo 1.º del artículo 24 de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978, que protege contra esta omisión de cualquier procedimiento.

Que como ello lesiona tal derecho fundamental se impone la anulación de la Resolución gubernativa recurrida, a pesar de que se proyecte sobre un supuesto de Orden Público, ya que esta vulneración del procedimiento incide plenamente en el artículo 1 de la Ley de 26 de diciembre de 1978, en cuanto al ejercicio de los derechos fundamentales de la persona y al margen de aquella legislación que no puede aplicarse con preterición de estos derechos fundamentales.

Que por ello y por otros fundamentos debe confirmarse la sentencia recurrida con expresa imposición de costas a la Administración por cuanto dispone el núm. 3 del artículo 10 de la Ley invocada, si bien en esta segunda instancia, ya que en la primera no le fueron impuestas y constituye un pronunciamiento favorable que no puede agravarse.

## 2. ARTICULO 24.2

UTILIZACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA PERTINENTES PARA LA DEFENSA.

A) *Administrativo*

1) A 23 abril 1981 CONT-ADM (Sala 4.ª) (RA 13)

*Recurrida sentencia en la que se declaran impertinentes determinadas pruebas propuestas por la defensa, el Tribunal Supremo la confirma por no estimar infringido el art. 24.2 de la Constitución.*

CONSIDERANDO: ...que el segundo y último motivo formulado también debe ser inadmitido, pues de su análisis se desprende de modo claro y evidente que el contenido de los razonamientos empleados para la demostración de la existencia del motivo descansa en las declaraciones prestadas por un testigo y el carácter dubitativo que encierran los hechos ante las mismas, y ello pone de relieve la irrespetuosidad fáctica en cuanto que los supuestos de hecho se tratan dedesvirtuar por medios probatorios que fueron tenidos en cuenta por el tribunal de instancia, sin que esta inadmisión implique violación de los artículos 24.2 y 53.1 de la Constitución en cuanto que la normativa reguladora del derecho a las garantías procesales no se vulnera por la inadmisión de los cauces invocados para su pretendida defensa.

B) *Penal*

1) S 29 abril 1981 CRIM (Sala 2.ª) (RA 1679)

*Recurrida sentencia por los mismos motivos que la anterior, el Tribunal Supremo reproduciendo los argumentos la confirma.*



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

CONSIDERANDO: Que como tiene reconocido esta Sala reiteradamente —SS. de 30 octubre de 1980, 17 de enero y 13 de febrero de 1981, entre otras—, el motivo casacional del número 1.º del artículo 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal —denegación de prueba pertinente propuesta en tiempo y forma—, tiene su razón de ser en la protección y desarrollo del derecho que consagra la Constitución, en su artículo 24, «a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa», frase que implica el reconocimiento de un derecho procesal con la limitación de la pertinencia, en el sentido de que puede ser denegado en aras de la efectividad del trámite procesal, cuando sea impertinente, por lo que esta misma Sala, en las resoluciones antes citadas, tiene declarado que, para la viabilidad de la casación ante la negativa probatoria del Tribunal de Instancia, es necesario: 1.º Que el medio probatorio sea propuesto en el momento procesal adecuado y con las formalidades legales; 2.º Que conste la denegación de la prueba propuesta, bien en la admisión o en la práctica; 3.º Que no sea impertinente, bien en su consecuencia material, en cuanto que es preciso que la prueba tenga relación con el objeto del proceso, o en su conexión funcional, ya que también es necesario que esté encaminada al conocimiento de los hechos; 4.º Que se dé a conocer el contenido del medio probatorio propuesto, con la finalidad de apreciar su pertinencia o impertinencia y con ello evitar la indefensión proscrita legalmente con rango constitucional; 5.º Que se haga constar la correspondiente protesta, como justificante del *petitum* de la subsanación y la no aquiescencia al defecto procesal.

2) S 7 mayo 1981 (Sala 2.ª) (RA 2136)

*Recurrida una sentencia por inadmisión de una prueba propuesta en momento procesal inadecuado, el Tribunal Supremo la confirma al no haberse infringido el art. 24 de la Constitución.*

CONSIDERANDO: Que de este análisis se deduce que el artículo 24 de la Constitución, que el recurrente considera como infringido, establece que todas las personas tienen derecho «a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa»; pertinencia y defensa que marcan una relación íntimamente unida entre los dos puntos de vista que guían toda la indagación del derecho de defensa, pues por un lado ha de pertenecer al objeto del proceso y ha de venir a propósito o servir sus fines, y, de otro, su negativa ha de producir la indefensión; puntos de vista que son los que regulan toda la normativa procesal de la ilicitud de la denegación de la admisión y práctica de la prueba por parte de los Organos Judiciales en materia penal, como se desprende claramente de la doctrina de esta Sala, que reiteradamente ha establecido, al interpretar el motivo casacional del número 1 del artículo 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y analizar la impertinencia desde la óptica formal, en cuanto que es necesario para la viabilidad de la infracción legal que el medio probatorio sea propuesto en el momento procesal adecuado y con los requisitos legales, haciendo constar su contenido y constancia de la no aquiescencia a la negativa mediante la correspondiente protesta, y además desde el punto de vista material, pues es preciso que esté no solamente relacionado con el proceso —conexión o pertinencia objetiva—, sino también que esté encaminado al conocimiento o esclarecimiento de los hechos —conexión o pertinencia funcional—, al objeto de no producir indefensión ni merma de las garantías procesales, entre las que se encuentra el desarrollo normal del propio proceso.

3) S 13 mayo 1981 CRIM (Sala 2.ª) (RA 1985)

*Recurrida sentencia por los mismos motivos que la anterior, el Tribunal Supremo la confirma.*





CONSIDERANDO: Que ejercitado el primer motivo del recurso por quebrantamiento de forma, al amparo del número 1 del artículo 850, en relación con los 726 y 729 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en concordancia con lo dispuesto en los artículos 24 y 53 de la Constitución Española, alegando que la denegación de la prueba documental presentada en el acto de juicio oral ha ocasionado la indefensión del recurrente, para la resolución de dicho motivo, se hace preciso recordar: a) Que aunque efectivamente el precepto invocado en primer lugar concede la facultad de interponer el recurso de casación por forma, en aquellos casos en los que se haya denegado por el Tribunal de Instancia alguna diligencia de prueba, ello sólo se limita como se expresa en el mismo precepto a aquéllas que hayan sido propuestas en tiempo y forma, ya que el artículo 728 impide que puedan practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes, de lo que hay que concluir que el citado artículo no autoriza sin más a recurrir contra cualquier denegación, sino que circunscribe la impugnación casacional a aquellas denegaciones que recaigan sobre las pruebas que hayan sido presentadas o propuestas dentro del plazo o momento preclusivo señalado legalmente al efecto y, en el caso que nos ocupa, dicho momento era el de la presentación del escrito de calificaciones provisionales, en el que ni siquiera aparece propuesta, dando lugar a que por ello el segundo Letrado designado por el procesado, que formuló dicho escrito, inmediatamente después de la admisión de las pruebas propuestas y señalamiento de la fecha del juicio oral, renunciase a la defensa, por no haberle sido entregadas por el procesado diversas pruebas que le había prometido facilitarle en el momento procesal oportuno y sin las cuales se encontraba ante la incompatibilidad de conciencia de realizar la defensa que le había sido encomendada, lo que dio origen al nombramiento de un nuevo Letrado, quien presentó con el escrito de conclusiones definitivas una serie de documentos que no constan en autos al haber sido rechazados por la Sala por tratarse de un juicio ordinario, formulándose por ello y por la defensa la propuesta correspondiente que consta en el acta del juicio oral. b) Que si bien es cierto que el número 3 del artículo 729 permite excepcionalmente a la Sala admitir las diligencias de prueba de cualquier clase que en el acto ofrezcan las partes para acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de la declaración de un testigo, ello constituye una facultad conferida al Tribunal con carácter discrecional, sin que por tanto su decisión pueda ser combatida en casación, máxime cuando en el caso de autos no se formuló con tal carácter de rectificación de la declaración de un testigo, sino con carácter independiente y autónomo como consta en el citado escrito. c) Que aunque el artículo 24 de la Constitución, expresa que todas las personas tienen el derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que en ningún caso pueda producirse indefensión... y a utilizar todos los medios de prueba pertinentes para su defensa... ello ha de entenderse que ha de ser ejercitado conforme a la normativa procesal y reglamentaria y nunca en forma anárquica y en el momento en que a cada una de las partes se le ocurra proponer o aportar pruebas, pues ello destruiría toda posibilidad de ordenación racional del proceso, derogando o subordinando a la voluntad del inculpado toda la actividad judicial, por lo que ha de reputarse errónea la conclusión sostenida en el motivo, de que son pertinentes todas las pruebas que de no admitirse produzcan indefensión, sea cualquiera el momento procesal en que se propusieren y presentaren. d) Que en este caso la parte además tendría que demostrar la indefensión del procesado, que con tales pruebas desvirtuaría la acusación, lo que no parece posible a la vista del



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

acta notarial de reconocimiento de haber dispuesto en provecho propio de una cantidad destinada a otros menesteres; por todo lo cual el referido motivo no puede ser acogido.

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

A) *Administrativo*

1) S 10 junio 1981 CONT-ADM (Sala 3.ª) (RA 2450)

*Recurrida una sanción administrativa, impuesta tras el oportuno expediente, en base a la presunción de inocencia, el Tribunal Supremo declara que ésta ha quedado destruida por las pruebas practicadas en el expediente.*

CONSIDERANDO: Que aunque el artículo 24 de la Constitución proclama el tradicional principio de la presunción de inocencia, en el caso presente, aun sin acudir a la prueba de presunciones admitida en Derecho por el artículo 1.249 y siguientes del C. Civ., resulta probado tanto por testimonios como por el propio hecho de la aprehensión del café en lugar perteneciente al inculpado, la existencia de la infracción que estima la sentencia por aplicación de las normas legales que se dan ahora por reproducidas, razones por las que procede desestimar la apelación sin declaración alguna sobre sus costas procesales.

2) S 17 febrero 1981 CONT-ADM (Sala 4.ª) (RA 629)

*Recurrida una resolución administrativa del Gobierno Civil de Oviedo por la que se ordenó la clausura de un Bar, el Tribunal Supremo la anula por falta de prueba de los hechos motivadores de la sanción.*

CONSIDERANDOS: Que en el presente procedimiento contencioso-administrativo, y tal como acertadamente se destaca en la sentencia apelada, nos encontramos ante un supuesto en que ni del expediente administrativo ni de los autos resultan datos fehacientes que permitan configurar objetivamente la actuación de la sancionada, ya que sólo aparece del primero lo que podríamos denominar una simple opinión de la policía sobre la actuación de determinadas personas, no concretadas, ni identificadas, que acudían al bar propiedad de aquélla con finalidades, a juicio de la autoridad informante, atentatorias a la moral o buenas costumbres, y como sólo el pleno conocimiento de los hechos, acreditados que sean éstos con una prueba concluyente, permitiría determinar si el comportamiento de la hoy apelada fue o no acreedor a la dura sanción impuesta, y si, por lo tanto, la denuncia formulada contra aquélla era o no justa, resulta indudable que ante la, repetimos, indicada falta de datos sólo a la autoridad actuante imputable, y habida cuenta la presunción de que la actuación de toda persona ha de estimarse correcta en tanto no se acredite lo contrario, es pertinente la revocación del acuerdo del Gobierno Civil de Oviedo que dispuso la clausura del bar propiedad de la sancionada, lo cual es lógica consecuencia, además, del principio de que nunca la administración puede hallarse en posición peor a la del delincuente, y por ello, si para condenar a éste es necesario la aportación de una prueba demostrativa de la realidad del ilícito penal del que es acusado, para sancionar a aquél es también necesario acreditar la constatación plena del fundamento fáctico de la sanción, y como nada de esto, insistimos, ocurrió en el presente caso, es por lo que, tal como ya adelantamos y asimismo declara con acierto la sentencia que se revisa, procede dejar sin efecto la sanción objeto de este recurso, ya que de lo contrario el principio proclamado en el artículo 24.2 de la vigente Constitución española, de que toda persona tiene derecho a la presunción de inocencia, sería conculcado, al prevalecer frente a tal presunción la simple información de la autoridad actuante, aunque esta última no resulte en absoluto acreditada como debiera.





Que, por último, tampoco resulta viable la sanción aludida, con apoyo en el «razonable margen de discrecionalidad» que en materia sancionadora por vulneración de la moralidad y disciplina de costumbres atribuye a la autoridad competente el representante de la Administración apelante en sus alegaciones, ya que nunca dicho margen de discrecionalidad puede tener el alcance de excluirlo de acreditar, cuando menos, los fundamentos facticos sobre los que se actuó, para de esta forma poder penetrar en el modo o manera de ejercitarse la discrecionalidad, a través del control de los hechos sobre cuya base se mueve, siendo menos aceptable aún pretender, al amparo del alegado margen de discrecionalidad, elevar a la categoría de prueba plena a los elementos informativos policiales, ya que, en tal supuesto resultaría inoperante la impugnación en la vía contencioso-administrativa de los acuerdos que con base exclusivamente en dichos elementos informativos se adoptaren, cuando lo cierto y verdad es que ni aun en los supuestos de máxima discrecionalidad ello es admisible, puesto que siempre dentro de aquella discrecionalidad pueden y deben ejercerse controles sobre los fundamentos en que se asienta y sobre su uso proporcionado y racional, y cuando, como en el presente caso, no exista una correcta motivación de la actuación supuestamente discrecional, su anulación resulta obligada.

B) *Penal*

1) S 28 mayo 1981 CRIM (Sala 2.ª) (RA 2287)

*Recurrida una sentencia por haber desconocido el Tribunal de instancia la presunción de inocencia, el Tribunal Supremo declara que tal presunción queda destruida cuando se pruebe la comisión de hechos constitutivos de delito.*

CONSIDERANDO: Que si bien es cierto, como alega al recurrente, que el artículo 24 de la Constitución Española, al tratar de la tutela judicial de los derechos, consagra el referente a la presunción de inocencia, este reconocimiento no implica la imposibilidad de apreciar como delitos las conductas tipificadas por el Código Penal en cuanto constituyan infracciones acreedoras a la sanción penal, pues como tal presunción no impide ser destruida cuando los elementos o medios probatorios ponen de relieve la comisión de los supuestos de hecho que reclaman la aplicación de los preceptos legales, ni puede tener el alcance de vetar la augusta función judicial, ni la abolición del respeto a las leyes, principios básicos de todo Ordenamiento Constitucional; de la narración fáctica que recoge la sentencia impugnada, en tercer motivo, por no aplicación del artículo 24 de la Constitución y aplicación indebida del artículo 509 del Código Penal, se desprende que el Tribunal de Instancia aprecia, debidamente, como supuesto fáctico que al procesado «al ser registrado» se le encontraron «ocultas en el pantalón seis llaves limadas en forma de ganzúa, aptas para abrir vehículos», lo que implica la tenencia de los instrumentos, y esta conducta está tipificada como delito en el artículo acabado de citar del Código Penal, pues si bien es cierto que han de estar destinados para ejecutar el delito de robo, también hay que reconocer que tanto los vehículos como los objetos que estén en su interior pueden ser objeto de este delito, con lo que el tercer y último motivo del recurso también debe ser desestimado.

## 3. ARTICULO 26

PROHIBICIÓN DE LOS TRIBUNALES DE HONOR.

S 29 octubre 1981 CONT-ADM (Sala 5.ª) (RA 3988)



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

*Recurrida una sentencia de la Audiencia Territorial por la que, en aplicación de la amnistía, se dejaba sin efecto la resolución dictada por los Tribunales de Honor en la que se sancionó a dos funcionarios de policía por motivos políticos con la expulsión del cuerpo, el Tribunal Supremo confirma la sentencia dictada por la Audiencia.*

CONSIDERANDO: Que un primer obstáculo a la aplicación al caso de las normas sobre amnistía, superado con acierto por la Sala de Instancia, atañe a que la sanción de separación del servicio —expulsión, en rigor— impuesta al policía señor M. y que determinó su baja en el Cuerpo lo fue en virtud de resolución del Tribunal de Honor, siendo así que estos Tribunales no son expresamente aludidos por las Leyes dispensadoras de la medida de gracia. A este respecto, no cabe olvidar que dicha institución, no incardinada subjetivamente en la jurisdicción penal ni tampoco orgánicamente en la disciplinaria, cumple o cumplió en el ámbito de la Administración Civil una función virtualmente paralela a la responsabilidad disciplinaria exigida formalmente a los funcionarios de dicha esfera, en cuanto depuraba con carácter represivo determinadas conductas funcionariales, de tal modo que sus decisiones, conducentes necesariamente en el supuesto de apreciar culpabilidad en los encartados a la separación del servicio, han de ser materialmente equiparadas a sanciones administrativas que se imponen por infracciones disciplinarias. Carecía, por ello, de sentido el que quedasen amnistiadas sanciones por faltas de intencionalidad política o de opinión, impuestas en expediente disciplinario seguido con las debidas garantías, y el que no lo fueran aquellas otras, como la del caso, recaídas con motivo de actividad sancionadora desprovista de toda efectiva garantía, habida cuenta de la irrecurribilidad sustancial de las decisiones de los Tribunales de Honor. La argumentación se refuerza si se atiende a que la Constitución Española, en su artículo 26, prohíbe tales Tribunales en el seno de la Administración Civil y en el ámbito de las organizaciones profesionales, suministrando un criterio interpretativo que conduce a la hipótesis favorable a considerar incluidos en el ámbito de la amnistía a las decisiones de tales Tribunales para, cuando proceda, privar de efectos —que perviven bajo la vigencia del texto constitucional— a las resoluciones de tales Organos especiales, ya no amparados por la norma del máximo rango.

## 4. ARTICULO 32.2

ORDEN PÚBLICO.

A 19 enero 1981 CIVIL (Sala 1.ª)

*Solicitado el* exequatur *de una sentencia de divorcio vincular, dictada en Alemania, por el cónyuge español, el Tribunal Supremo la concede por estimar que tras la entrada en vigor de la Constitución el divorcio ha dejado de ser contrario al orden público.*

CONSIDERANDOS: Que la cuestión de si en el momento actual el ordenamiento jurídico patrio permite oponer la excepción de orden público a la solicitud de exequátur de la sentencia sobre divorcio vincular de un español que ha contraído matrimonio civil en el extranjero con arreglo a la ley local ha sido resuelta ya por esta Sala en auto de 24 de octubre de 1979, que entendiendo superada la etapa preconstitucional definida por el principio de indisolubilidad de la unión conyugal, operando con aquel alcance a la hora de aplicar las normas de conflicto los tribunales del foro (sentencias de 12 de mayo de 1944, 30 de marzo de 1960, 23 de octubre de 1965, 5 de abril de 1966, 9 de marzo de 1968 y 12 de marzo y 29 de mayo de 1970, entre otras) e incluso prescindiendo de acudir al recurso del «efecto atenuado» o indirecto del orden público que utilizarán





la sentencia de 22 de noviembre de 1977 y las resoluciones de la Dirección General de los Registros de 18 de septiembre de 1971 y 23 de marzo de 1976, accedió a la homologación en España de una sentencia extranjera por la vía directa del exequátur no obstante la nacionalidad española de uno de los esposos, sosteniendo que el divorcio ha dejado de ser materia de orden público a efectos de lo prevenido en el artículo 12, párrafo 3.º, del Código Civil; criterio en el que se debe insistir atendiendo el cambio operado con la Constitución de 1978, determinante de que pueda ser conceptuada lícita en España tal decisión sobre divorcio vincular, porque no debe elevar a dicho rango más que las disposiciones y principios básicos —núcleo del orden social en expresión autorizada— al tiempo en que se postula la ejecución, ni es posible desconocer el contenido dinámico y cambiante del orden público, por lo que resulta incontestable que las afirmaciones de la *suprema lex* respecto de la libertad nupcial, y sobre todo anunciando la disciplina de las «causas de disolución», no permiten al presente atribuir a la indisolubilidad matrimonial el significado de un elemento de orden público en nuestro ordenamiento positivo, porque aun cuando el párrafo 2.º del artículo 32 no emplea el vocablo «divorcio», es obvio que el texto de la Ley Fundamental autoriza su implantación por el cauce de una ley ordinaria.

Que por lo expuesto y de conformidad con lo dictaminado por el Ministerio Fiscal procede conceder el exequátur pretendido.

## 5. ARTICULO 53

TUTELA DE LAS LIBERTADES Y DERECHOS FUNDAMENTALES.

1) S 8 mayo 1981 CIVIL (Sala 1.ª) (RA 1985)

*Recurrida la sentencia dictada por la Audiencia, que reproduce la del Juez de Primera Instancia, en el sentido de denegar a dos hijos naturales el derecho a llevar el apellido paterno, el Tribunal Supremo la confirma.*

CONSIDERANDO: Que es también inviable, de «lege data», el motivo segundo, con el mismo amparo procesal que el anterior, y también por el concepto de interpretación errónea del artículo 55 de la Ley Registro Civil, que, como es sabido, permite al encargado del Registro Civil imponer «un nombre y unos apellidos de uso corriente al nacido cuya filiación no pueda determinarlos», y que según los recurrentes se estima erróneamente interpretado al denegar la Sala de instancia la pretensión hecha en ese sentido en la reconversión, contrariando, se añade sintéticamente, el principio de igualdad de los hijos, abstracción hecha de su origen, sentado en el artículo 39, número 2, de la Constitución, inviabilidad que ya los propios recurrentes admiten al aludir de modo vago y sin citarlo, a la prohibición que a este respecto hace el artículo 53, número 3 del propio texto fundamental, al decir que «el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo tercero, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos» y que «sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen», y dado que el artículo 39, número 2, está comprendido en el aludido capítulo tercero y en la consiguiente prohibición de su aplicación directa, es obvio que esta Sala no puede tomarlo en consideración para, al socaire de una interpretación que sería más bien un desarrollo modificativo de una norma, adelantarse a una precisión legislativa que la propia Constitución prohíbe para remitirla al legislador ordinario, como en efecto éste ya ha hecho con el proyecto hoy en trámite de modificación del Código Civil en la materia objeto del motivo, todo lo cual, además, obvia el problema que pudiera plantearse sobre la de-



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

rogación constitucional de los preceptos del Código Civil afectados y aplicados correctamente por la Sala de instancia, cuya sentencia, por tanto, hay que mantener.

2) A 17 diciembre 1981 CONT-ADM (Sala 3.ª) (RA 4808)

*Los concesionarios de unas tiendas para la venta de objetos de artesanía y regalos en la Terminal Internacional del Aeropuerto de Barajas recurren contra la decisión del organismo autónomo del Estado, Aeropuertos Nacionales, de resolver los contratos y contra el posterior precintado de los locales y desalojo de las mercancías. La Audiencia Nacional declara que no ha lugar a seguir el procedimiento por los trámites de la ley 62/1978 de 26 de diciembre, resolución que es confirmada por el Tribunal Supremo.*

CONSIDERANDOS: Que de conformidad con lo previsto en el artículo 53.2 de la Constitución, la tutela de las libertades y derechos fundamentales reconocidos en la misma podrá ser recabada por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, concretando el artículo 1.º de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, en concordancia con la disposición transitoria 25.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que quedan comprendidos en el ámbito de este procedimiento especial la protección de los derechos reconocidos por el artículo 14 y la sección 1.ª del capítulo 2.º de la Constitución; y estima el auto recurrido que la interposición del proceso especial tuvo lugar de modo paralelo al de otro común seguido ante la misma Sala contra los mismos actos de la Administración Pública, concretados en la denegación presunta de una reclamación en la que se pedía el levantamiento del precinto de unas tiendas instaladas en la Terminal Internacional del Aeropuerto de Barajas y la reposición en la explotación con todas sus pertenencias; actos obstativos de la actividad comercial que se habían realizado el día 18 de febrero de 1981, como consecuencia de una resolución administrativa de 26 de noviembre de 1980 que acordó la resolución de los contratos invocados como título de ocupación de los locales comerciales por las recurrentes; lo que, según el mismo auto recurrido con toda evidencia y sin perjuicio de la legalidad o ilegalidad de las actuaciones administrativas, no afecta a ninguno de los derechos tutelados por el procedimiento especial promovido y con aplicación supletoria, prevista en el artículo 6.1 de la Ley 62/1978, del artículo 62 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, determina la declaración de inadmisibilidad del recurso.

Que los caracteres atribuidos por la normativa aplicable a este procedimiento especial, así como la finalidad específica atribuida al mismo de garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona con trámites y efectos singulares, exigen como lógica e ineludible consecuencia no desnaturalizar la norma legal ni el procedimiento, evitando aplicar éste a la defensa y garantía de derechos que carezcan de aquella naturaleza específica; siendo para ello trámite idóneo y aplicable, según lo previsto por el artículo 6.º de la Ley 62/1978, el previsto por el artículo 62 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, aunque limitado, como el precepto legal exige, al supuesto de que aparezca de modo inequívoco y manifiesto que no ha lugar a la admisión del recurso especial.

## 6. ARTICULO 71

INMUNIDAD PARLAMENTARIA.

S 22 mayo 1981. PENAL (Sala 2.ª)

*La Audiencia Nacional, en causa seguida contra varios procesados, decreta la suspensión de la misma en cuanto afecta a un miembro del Parlamento vasco, hasta tanto éste autorice para proceder penalmente contra él. El Ministerio Fiscal interpuso recurso de casación por aplicación indebida del art. 71.2 de la Constitución. El Tribunal Supremo estima el recurso.*

CONSIDERANDOS: Que los preceptos constitucionales, al estar incardinados en la norma de mayor rango legal, ser de interés general e imprescindible aplicación en la convivencia social y desarrollo de las Instituciones del Estado, deben ser observados por los Tribunales de Justicia, excepto cuando su cumplimiento dependa del desarrollo legislativo por declaración expresa de los mismos, ya que su inaplicación o inobservancia originaría la inconstitucionalidad de la apreciación de toda la normativa legal que se oponga a su contenido, bien de forma originada o sobrevenida, con lo que no cabe la menor duda que su falta de aplicación o aplicación indebida tiene potencialidad para dar lugar a los motivos de casación con incidencias tanto en la impugnación por forma —«error in procedendo»— como por infracción legal —«error in iudicando»— y, por consiguiente, con efectos en una y otra clase de casación, incluso la nulidad de oficio, cuando el Tribunal aprecie la inconstitucionalidad del acto o resolución, dejando sin efecto lo actuado con base en la misma, en virtud del artículo 6, tercero, del Código Civil, como reiteradamente tiene establecido la doctrina de esta Sala —sentencias de 17 de mayo de 1972, 26 de abril de 1974 y 17 de mayo de 1979.

Que en atención a las anteriores consideraciones es preciso, necesario y obligatorio analizar prioritariamente el contenido y alcance del artículo 71 de la Constitución, invocado por el Fiscal, como aplicado indebidamente en la sentencia recurrida; de su exégesis se pone de relieve, de modo indubitado, que en su número primero se consagra o determina, imperativamente, la inviolabilidad de los Diputados y Senadores por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones, como expresión de este principio de inadmisión delictiva en aras de la actividad encomendada, y, en el número segundo, el de inmunidad durante el período de su mandato, para el no entorpecimiento de esta misma actividad, al establecer que sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito y que no podrán ser inculpados ni procesados —condicionamientos de la condena— sin la previa autorización de la Cámara respectiva, con lo que es evidente que la apreciación delictiva y los actos procesales realizados contra estas dos disposiciones de rango constitucional pueden servir de base para la articulación de los motivos casacionales y nulidad de actuaciones y resoluciones judiciales, actuando la inviolabilidad como principio eliminatorio de la antijuridicidad, la inmunidad como requisito de procedibilidad y la infracción clara y terminante como originadora de la nulidad de pleno derecho. Por otra parte, es preciso determinar que este artículo 71 de la Constitución tiene, como ámbito objetivo o material el desarrollo y funcionamiento de las Cortes Generales, concretamente el de las dos Cámaras, por estar comprendido en el capítulo primero, título III, que tratan de estas Instituciones...

Que de acuerdo con lo expuesto en las anteriores consideraciones jurídicas, es necesario reconocer y declarar, desde el punto eminentemente jurídico positivo, como conclusión, que los principios de inviolabilidad e inmunidad están reconocidos en el Estatuto Vasco, el primero con igual tratamiento legislativo que el artículo 71 de la Constitución y el segundo con igual prohibición de detención y retención, excepto cuando se trate de delito «in fraganti», pero sin necesidad de autorización previa para poder proceder contra los parlamentarios, pues de manera clara y terminante faculta sobre la inculpación, el procesamiento, la prisión y el juicio oral al Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, según el ámbito territorial o «locus actus» del delito, sin que en uno y otro caso se haya establecido, como lo hace el artículo 71 de la Constitución española, el requisito de procedi-







Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

bilidad o la necesidad de la previa autorización del Parlamento Vasco para ser inculpados o procesados. Por todo lo expuesto hay que declarar que el Tribunal de instancia ha aplicado indebidamente el citado artículo 71 de la Constitución y el Reglamento del Congreso de Diputados, y, por consiguiente, procede estimar el tercer motivo interpuesto por el Ministerio Fiscal, con incidencias causativas de igual tratamiento estimatorio para los motivos primero y segundo, en cuanto que una vez acordada la improcedencia de la suspensión, la omisión de hechos probados en la sentencia sobre la conducta enjuiciada del procesado parlamentario vasco trae consigo la falta de claridad y no resolución de los puntos objeto de la acusación fiscal, por lo que deberá dictarse nueva sentencia para completar la ya dictada sobre estos extremos.

## 7. ARTICULO 117.5

JURISDICCIÓN MILITAR EN EL ÁMBITO ESTRICTAMENTE CASTRENSE.

1) A 2 mayo 1980. CRIM (Sala 2.ª) (RA 4972)

*La Capitanía General de la Zona Marítima del Cantábrico y el Juzgado de Distrito n.º 2 de Pontevedra se consideraban competentes para conocer de la causa instruida contra un marinero por accidente de circulación, que se produjo cuando conduciendo un vehículo de la Comandancia de Marina, colisionó contra un automóvil particular. El Tribunal Supremo afirma la competencia de la jurisdicción ordinaria.*

CONSIDERANDOS: Que, con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1978, el Código de Justicia Militar de 1945 atribuía la competencia a los Tribunales Militares atendiendo a tres criterios fundamentales, esto es, por razón del delito, por razón del lugar y por razón de las personas, lo que determina, en ocasiones, una expansión singular de dicha jurisdicción, la cual no sólo podía enjuiciar a los no aforados por la perpetración de delitos militares, sino conocer, con algunas excepciones, de delitos comunes perpetrados por militares o cometidos en lugar reputado castrense. Sin embargo, la Constitución de 1978, siguiendo el influjo de doctrinas que ya se manifestaron en el siglo XIX y que son propias de Estados gobernados por regímenes políticos liberales y democráticos, en el núm. 5 de su artículo 117, por una parte, proclamó el principio de unidad jurisdiccional como base de la organización y funcionamientos de los Tribunales y, por otra, reconociendo implícitamente la necesidad de la existencia de un C. P. Militar —justificado por la disciplina y la subordinación que constituyen la espina dorsal de los ejércitos— y la legitimidad de los Tribunales de ese orden, circunscribió o redujo el ámbito de su competencia a lo «estrictamente castrense» y a la situación de estado de sitio, anunciando, programáticamente, que la «ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar» en el ámbito dicho, cuya Ley ha sido la Orgánica de 6 de noviembre de 1980, la cual ha reformado el Código de Justicia Militar siguiendo la pauta constitucional y restringiendo la competencia de los Tribunales militares, los cuales, en líneas generales, conocen de los delitos militares, pero quedando sumamente reducida, aunque no suprimida, dicha competencia, por razón del lugar y por razón de la persona.

Que si se procede a un examen, aislado y asistemático, del núm. 2 del artículo 7 del Código de Justicia Militar, redactado conforme a la reforma aludida, y se atiende exclusivamente a una interpretación puramente gramatical del mismo, llegaríase fácilmente a la conclusión de que el conocimiento de las faltas comunes cometidas por militares correspondería, de ordinario, a los Tribunales de dicho orden, y sólo, excepcional y residualmente, y siempre y cuando dichas faltas no afectaren al buen régimen de los ejércitos





o al decoro de sus clases, la autoridad judicial militar se inhibirá en favor de la Ordinaria; interpretación ésta que conduciría: A) a una preeminencia o prerrogativa de la jurisdicción militar, la cual, a su arbitrio y siempre que lo considera conveniente, conocería de las faltas comunes perpetradas por militares; b) a una situación de inferioridad de la jurisdicción Ordinaria, la que sólo, residualmente, como ya se ha dicho, y de modo excepcional, enjuiciaría las indicadas faltas, y c) a un monopolio interpretativo o exclusiva facultad de la autoridad judicial militar en orden a la determinación de cuánto afecta la falta al buen régimen de los Ejércitos o al decoro de sus clases, quedando, por consiguiente, confiada únicamente a su criterio la cuestión de la fijación de la jurisdicción competente, sin que la Ordinaria o esta Sala de Conflictos tuvieran atribución alguna al respecto.

Que, esto no obstante, si el precepto debatido, siguiendo las normas de hermenéutica contenidas en el artículo 3.1 del C. Civ. —y que son de aplicación general—, se concatena con el número 1 del artículo 16 del Código de Justicia Militar vigente —cuyo texto atribuye al conocimiento de la Jurisdicción Ordinaria «los delitos que tengan naturaleza común, cometidos por militares, cuando los hechos no afectaran al buen orden y servicio de las fuerzas armadas»— y se conecta con la raíz constitucional que se reseñó anteriormente, y se tiene en cuenta, además, el espíritu y la finalidad de la reforma y el entorno social en el que se ha de aplicar, se llega, fácil, inevitablemente y de modo certero, a la conclusión, basada en principios interpretativos lógicos, sistemáticos, históricos, sociológicos y teleológicos de que el legislador y, sobre todo, la propia Ley lo que han querido decir es que la jurisdicción Ordinaria, en lo que concierne a los delitos o faltas comunes cometidos por militares, es la preponderante, y la Militar, la residual, y no al contrario, siempre y cuando, naturalmente, que se trata de infracciones comunes cometidas por militares que no afecten al buen orden y servicio de las fuerzas armadas o al decoro de sus clases; solución ésta que es y ha de ser uniforme, a menos que se incurriera en absurda decisión diferenciativa, discriminadora de una y otra clase de infracciones punibles, comportando la referida solución que, surgida discrepancia o contienda, positiva o negativa, entre ambas jurisdicciones sobre la incidencia de la falta o del delito en el servicio o en el buen régimen de las fuerzas armadas o en el decoro de sus clases, ninguna de ellas prevalezca por su sola autoridad ni se halle en situación de decidir omnímodamente y sin posibilidad de impugnación o de objeción, y que sea esta Sala de Conflictos, de la que forma parte un excelentísimo señor vocal militar, la que pueda y deba dirimir la cuestión o conflicto planteado, examinando soberanamente el problema de la mentada incidencia que tanto relieve tiene a la hora de resolver el susodicho conflicto.

2) A 27 marzo 1981 (RA 1230)

*Tramitándose ante el Juzgado Militar Permanente n.º 5 causa por delito de ofensa a los Ejércitos, vertido en una publicación mensual, la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Madrid plantea cuestión de competencia. La Sala Especial de Conflictos Jurisdiccionales del Tribunal Supremo resolvió en favor de la Jurisdicción ordinaria.*

CONSIDERANDO: Que la precedente normativa citada, vigente con anterioridad al dictamen final del Fiscal del Tribunal Supremo, ha sufrido una variación radical con la aprobación y publicación posterior de la Ley Orgánica 9/80, de 6 de noviembre, reformadora del Código de Justicia Militar, que tiene plena vigencia a partir del 22 del citado mes, que si bien mantiene en esencia el texto primitivo del repetido artículo 317, lo modifica y agrega un inciso final, estableciendo literal-



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

mente: «Incurrirán en la pena de prisión hasta seis años el que de palabra, por escrito, o por cualquier medio de publicidad injurie a los Ejércitos o Instituciones, Armas, Clases o Cuerpos determinados de los mismos, siempre que el culpable fuese militar o el hecho se produzca ante un mando en presencia de sus tropas o en acuartelamiento, recinto o lugar militar», conjuntamente con la puesta en vigor del primitivo artículo 242 del Código Penal —que se hallaba derogado por la Ley 3/67, de 8 de abril—, y cuyo literal texto dice: «Incurrirán en la pena de prisión menor los que injuriasen o amenazaren gravemente a los Ejércitos o a sus Instituciones, Armas, Clases o Cuerpos determinados. — Cuando las injurias o amenazas no fueren graves se impondrá al culpable la pena de arresto mayor o multa de 50.000 a 100.000 pesetas», de cuyos textos legales aparece evidente que el supuesto delito genérico de ofensa a los Ejércitos, al que se contrae la causa número 16/78 contra el paisano Modesto G. L., ha dejado de ser de la competencia de la Jurisdicción Militar para entrar en la órbita de la Ordinaria, tanto por razón del delito, al no estar el hasta ahora imputado comprendido en los ocho apartados o números del nuevo y modificado artículo 6.º, del Código de Justicia Militar, como por razón del lugar por no figurar cometido en los espacios de tierra, mar o aire a que se contraen los cinco números del artículo 9.º modificado del mismo Código, ni tampoco por razón de la persona responsable, al carecer el procesado de la condición o asimilación de índole militar precisada en los cuatro números que se especifican en el artículo 13, asimismo modificado, del indicado Código, cabiendo agregar en apoyo de lo expuesto la modificación igualmente dispuesta en los artículos 16 y 21 del repetido Cuerpo legal Militar reformado, para atribuir la competencia y conocimiento de la causa seguida y cuestionada a la Jurisdicción común ampliando el ámbito del artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en favor de la unidad de jurisdicción, que como base normativa en materia de competencias jurisdiccionales goza de carácter preferencial sobre las restantes de índole especial, dimanantes o segregadas de aquélla.

3) A 2 abril 1981 (RA 1506)

*La Zona Marítima del Cantábrico y el Juzgado de Instrucción de Corcubión se consideraban competentes para conocer de la causa incoada por accidente de circulación contra un marinero de la Armada que conduciendo vehículo propio se salió de la calzada chocando contra unos árboles. El Tribunal Supremo afirma la competencia de la Jurisdicción ordinaria.*

CONSIDERANDOS: Que la normativa procesal vigente aplicada al supuesto anterior, como reguladora de la facultad para conocer del enjuiciamiento de los asuntos criminales, está determinada por el artículo 10 de la L. Pro., en cuanto que excepciona a la regla general de atribuir el conocimiento a la jurisdicción ordinaria con aquellos casos reservados por la Ley a los Tribunales de Guerra y Marina, y está en el número 2 del artículo 7 de la disposición legal con carácter Orgánico de 6 de noviembre de 1980, por la que se reforma el Código de Justicia Militar, determina que, cuando se trate de faltas comunes cometidas por militares, la Autoridad Judicial se inhibirá en favor de la Ordinaria cuando no afecten al buen régimen de los ejércitos o al decoro de sus clases, lo que implica un mandato legal innovador, pues su homólogo en la legislación derogada recogía la competencia de la Jurisdicción Militar con carácter facultativo al establecer la calificación de afección a la estimación de la Autoridad Militar.

Que desde el punto de vista acabado de exponer sobre la interpretación del nuevo precepto del número 2 del artículo 7 de la Ley Orgánica 9/1980, reformadora del Código de Justicia Militar, no vigente en el momento de la





comisión del delito, pero aplicable en el actual, de acuerdo con su cuarta disposición transitoria, la presente cuestión de competencia ha de resolverse a favor del Juzgado de Instrucción de Corcubión, pues aunque el presente autor —marinero de la Armada— tiene la condición de aforado, dada la naturaleza de la infracción —posible falta— y sus caracteres —cometida en accidente de circulación— está incluida en el mandato excluyente de la jurisdicción especial, pues la imprudencia en la actividad de la conducción de vehículos de motor no afecta, en el supuesto fáctico objeto de enjuiciamiento, al buen régimen de los ejércitos y decoro de sus clases.

## 8. ARTICULO 137

AUTONOMÍA MUNICIPAL.

1) S 11 abril 1981 CONT-ADM (Sala 4.ª) (RA 1831)

*El Tribunal Supremo, desestimando las alegaciones del Abogado del Estado, basadas en la reiterada doctrina jurisprudencial, reconoce la legitimación de las Corporaciones locales para impugnar disposiciones de carácter general.*

CONSIDERANDOS: Que no se puede negar, por su evidencia, que la jurisprudencia ha venido recortando las posibilidades impugnativas de las Entidades, Corporaciones e Instituciones de Derecho público y demás entidades aludidas en el precepto del artículo 28.1.b) de la citada Ley, debiendo destacarse, a este respecto, la sentencia citada por la Abogacía del Estado, por su gran concomitancia con el tema que nos ocupa —Sentencia de 11 de noviembre de 1976—, en la que, por cierto, se recogen varias más, en el mismo sentido restrictivo; jurisprudencia que impide a las Entidades de ámbito territorial más reducido que el abarcado por la disposición general de que se trate, ostentar legitimación para poder residenciarla válidamente ante los Tribunales de lo Contencioso.

Que no es un secreto que el recorte que el tan repetido precepto del artículo 28.1.b) de la Ley Jurisdiccional establece, constituye una medida de contrapeso, frente a la liberalidad que representó en su momento la innovación de permitir el residenciamiento ante nuestros Tribunales de las disposiciones generales con rango inferior a la Ley, como un modo de salvaguardar cierta estabilidad de las disposiciones reglamentarias; recorte que la jurisprudencia acentuó con la referida doctrina.

Que sí existen razones que explican la privación de legitimación a Entidades, Corporaciones e Instituciones de la más diversa especie, de ámbito territorial limitado, respecto de impugnaciones contra disposiciones generales de espectro más extenso; razones que igualmente han existido para extender tal veto a las Corporaciones Locales, sin embargo, en los momentos actuales, parece conveniente superar esa anterior doctrina jurisprudencial, en supuestos como el que nos ocupa, en el que un reglamento —Reglamento Técnico-Sanitario de Mataderos, Salas de Despiece, Centros de Contratación, Almacenamiento y Distribución de Carnes y Despojos, de 26 de noviembre de 1976— pone en cuestión facultades y competencias de los Municipios, relacionadas con esa materia reglamentada.

Que salta a la vista que el motivo principal, impulsor de esta evolución jurisprudencial, arranca de la vigente Constitución Española de 27 de diciembre de 1978, al otorgar a los municipios, provincias y comunidades autónomas, autonomía «para la gestión de sus respectivos intereses» (artículo 137); autonomía que resultaría seriamente defraudada de mantenerse restricciones como las que venimos comentando, respecto de la legitimación regulada en el tan repetido artículo 28.1.b) de la Ley Jurisdiccional, cuando ni el propio texto legal las establece expresamente.





Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Que aunque el principio de competencia no se articula como derecho subjetivo del órgano, ni menos de su titular, empero, sí que tal órgano puede esgrimir el interés directo a que se hace referencia en el apartado a) del número 1 del tan mencionado artículo 28 de nuestra Ley Procesal; interés no propio, sino de la comunidad que representan, que es lo que les obliga a defenderlo, como viene dispuesto en términos generales en el artículo 370 de la Ley de Régimen Local y en el correlativo del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de 17 de mayo de 1952 (artículo 338).

2) S 20 octubre 1981 CONT-ADM (Sala 4.ª) (RA 4492)

*El Tribunal Supremo declara que tras la entrada en vigor de la Constitución, los Ayuntamientos tienen legitimación para impugnar disposiciones de carácter general.*

CONSIDERANDO: Que en cuanto a la legitimación activa del Ayuntamiento procede rechazar la inadmisibilidad, dado que ya esta Sala ha declarado en su sentencia de 11 abril 1981, dictada en recurso promovido por el Ayuntamiento de Madrid contra el mismo Decreto aquí recurrido, que el principio de autonomía de las Corporaciones Locales consagrado en el art. 137 de la Constitución exige rechazar toda interpretación restrictiva de la legitimación de los Ayuntamientos para impugnar directamente aquellas disposiciones generales de la Administración Central que afecten a sus funciones, competencias e intereses y entender que en tales casos lo dispuesto en el art. 28.1.b) de la Ley Jurisdiccional citada no es obstáculo al reconocimiento de dicha legitimación; criterio que es preciso reiterar aquí, rechazando con fundamento en el mismo la citada inadmisibilidad, como igualmente podía hacerse al amparo del art. 39.3 por la incidencia directa que el Decreto combatido tiene en la esfera jurídica del Ayuntamiento demandante, a cuyo recurso tampoco puede oponerse con éxito la circunstancia de haberse interpuesto antes de agotarse el plazo de un mes que establece el art. 54.1 para entender expedita la vía contenciosa, pues esta norma debe entenderse referida al recurso de reposición preceptivo, sin que pueda configurarse como obstáculo legal a que la parte que, por error o «ad cautelam», ha interpuesto una reposición innecesaria, prescinda del resultado de este trámite inútil y acuda a la jurisdicción contenciosa dentro del plazo señalado en el núm. 3 del art. 58, ya que en tal caso dicha reposición, por su innecesariedad, no desvirtúa que el acceso a la jurisdicción haya sido realizada en las condiciones de procedibilidad legalmente exigibles.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

**AUDIENCIA PUBLICA**

# PROTECCION JURISDICCIONAL DEL HONOR DE UN TRABAJADOR DESPEDIDO

*Transcribimos la interesante y documentada sentencia pronunciada por un Juzgado de Primera Instancia de Barcelona sobre el tema de la posible tutela del honor de un trabajador despedido de una empresa. El despido, fundado en hechos que podían afectar al buen nombre y trayectoria profesional de dicho trabajador, fue declarado nulo, pero la empresa no le readmitió. Al no haberse pronunciado la sentencia de Magistratura sobre el fondo de las causas alegadas por la empresa, acude el trabajador al proceso especial de protección de los derechos fundamentales de la persona buscando un pronunciamiento jurisdiccional específico.*

## SENTENCIA

En la ciudad de Barcelona, a dieciséis de septiembre de mil novecientos ochenta y dos.

El Ilmo. Sr. D. José-Ramón Ferrándiz Gabriel, Magistrado, Juez de Primera Instancia número TRES de esta Capital: Habiendo visto los presentes autos incidentales de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, previsto y regulado en los artículos 11 a 15 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, promovidos por don Eduardo C. P., mayor de edad, casado, jefe administrativo, vecino de esta ciudad, dirigido por el Letrado don José A. B. C. y representado por el Procurador de los Tribunales don Jaime D. M.; contra don Eduardo D. P., también mayor de edad, casado, del comercio y de esta propia vecindad; y contra la Compañía mercantil «D. S., S. A.», domiciliada en esta ciudad, dirigidos ambos por el Abogado don Jaime D. F. y representados por el Procurador don Octavio P. R.; en cuyos autos ha sido también parte el Ministerio Fiscal; y,

RESULTANDO: Que por el Procurador don Jaime D. M., actuando en nombre y representación de don Eduardo C. P. y mediante escrito de fecha veintinueve de marzo del corriente año mil novecientos ochenta y dos, que por turno de reparto correspondió a este Juzgado, se formuló demanda de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, al amparo de lo previsto en los arts. 11 a 15 de la Ley 26/1978, de 26 de diciembre, contra la empresa «D. S., S. A.», y contra su Director Gerente, don Eduardo D. P., domiciliados ambos en esta ciudad, fundada en los hechos que, en síntesis, son como sigue: Que el 4 de marzo de 1981, don Eduardo D. P., en su calidad de Director Gerente de la citada empresa demandada, procedió a despedir por carta, firmada de su puño y letra, al actor del puesto que, como Jefe administrativo y contable, ostentaba en la empresa en cuestión; que en dicha carta se acusaba al demandante de conductas que comprometían gravemente su honor, así personal como profesional, tales como abuso de confianza, negligencia y desidia en el servicio, trato incorrecto a los clientes, anomalías en la contabilidad, etc.; que aportaba de documento n.º 1 la copia de dicha carta; que interpuesta por el actor demanda de despido improcedente ante la Magistratura de Trabajo núm. 14 de esta ciudad, ésta dictó sentencia con fecha 9 de junio de 1981, en la que sin entrar en el tema de la procedencia o improcedencia del despido, por considerar ya de entrada nulo el despido, dejaba a salvo el derecho de la parte demandada para reproducir dicho despido en el plazo de los siete días siguientes a la aludida declaración de nulidad, de acuerdo con lo previsto en el art. 53.4 del Estatuto de los Trabajadores; que acompañaba de documento n.º 2, copia de la citada sentencia; que no obstante, la demandada no hizo uso del derecho concedido, con lo que si ya en principio había situado al actor en posición de indefensión ante las acusaciones formuladas, pero no justificadas, que dieron lugar a la nulidad del despido, seguidamente y cuando se le brindaba la posibilidad de reproducir y, en su caso, fundamentar las acusaciones en cuestión, se abstuvo «prudentemente» de ello, por lo que ha quedado agotada la vía laboral, al tiempo que siempre subsistirá el mentado equívoco de si las acusaciones hechas al demandante respondían o no a la realidad; que al efecto de intentar un posible arreglo extrajudicial del grave problema suscitado al actor, éste dirigió al Sr. D. P., en 25 de enero de 1982, carta notarial interesando el reconocimiento de la falsedad de las referidas acusaciones e instándole a que, en su calidad de Director gerente de la empresa demandada, le librase un certificado de la misma por el que se acreditase su intachable conducta en la empresa; que aportaba de documento n.º 3 dicha carta notarial; que los perjuicios inferidos al demandante son evidentes, pues al no





readmitírsele en su puesto de trabajo contrariamente a como ordenaba la sentencia de la Magistratura de Trabajo, lo cierto es que el demandante se encuentra en «el paro», en la triste necesidad de tener que percibir el Seguro de Desempleo y con la problemática de encontrar trabajo; que por último, hacía constar que el 4 de marzo de 1981 se procedió por los demandados al despido del actor, exactamente el mismo día en que su esposa salía de la clínica, donde el anterior día 27 de febrero había dado a luz su primer hijo; que declarado el despido nulo por la sentencia n.º 432 de la Magistratura de Trabajo n.º 14, del día 9 de junio del propio año, la empresa demandada y condenada a la readmisión del actor, no interpuso el recurso de suplicación que la sentencia le concedía, ni efectuó el nuevo despido que, dentro de los siete días siguientes le reconocía el art. 53.4 del Estatuto de los Trabajadores, ni procedió a la readmisión del actor, tal como imponía la sentencia dicha; que para acreditar lo anterior acompañaba de documento n.º 4, el Libro de Familia del actor; invocó los fundamentos de Derecho que estimó aplicables al presente caso y terminaba suplicando al Juzgado que en su día y previos los demás trámites legales pertinentes, se dicte sentencia por la que: a) Se declare que las acusaciones, formuladas contra el actor en la carta por la que se dio lugar al despido declarado nulo por la Magistratura de Trabajo n.º 14 de esta Capital, son improcedentes y no responden a la realidad; b) Que se declare el consiguiente derecho al actor a obtener una certificación de la empresa demandada en que se reconozca su intachable conducta en la misma, su trayectoria de absoluta honestidad, así personal como profesional y que, en todo momento, cumplió en ella íntegra y cabalmente sus obligaciones laborales; c) Que se condene, consiguientemente, a la empresa demandada a extender y entregar al demandante la citada certificación; d) Que se condene a los demandados a que, con carácter solidario, abonen al actor la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados al mismo, así de carácter material como de carácter moral, por el atentado cometido contra su dignidad personal y honor, al hacerle objeto de falsas imputaciones; e) Que se condene ,asimismo, a los demandados, con carácter igualmente solidario, a que abonen el pago de las costas a que haya lugar con ocasión del procedimiento; y por medio de un otrosí, interesó el recibimiento del pleito a prueba.

RESULTANDO: Que, por providencia de fecha tres de abril del corriente año, se admitió a trámite la antes relacionada demanda, la que se acordó sustanciar por las normas y con los recursos que para los incidentes establece la Ley de Enjuiciamiento Civil, con las únicas especialidades y modificaciones previstas en la Ley 62/1978,



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

de 26 de diciembre, y dando curso a tal demanda, se acordó conferir traslado de ella, con emplazamiento y entrega de las copias simples acompañadas a la empresa «D. S., S. A.» y al Director-Gerente de la misma, don Eduardo D. P., para que dentro del término de seis días comparecieran en forma en los autos y la contestaran, bajo el apercibimiento legal, dándose también conocimiento de la incoación del procedimiento al Excmo. Sr. Fiscal de esta Audiencia Territorial a quien, por ministerio de la ley, se tuvo por parte legítima en el mismo; y practicados que fueron tales emplazamientos en forma legal, dentro del término concedido, compareció en autos el Ministerio Fiscal, mediante escrito de fecha catorce de abril último, y pasó a contestar la demanda en el sentido de no aceptar ni rechazar los hechos relatados por la parte actora de los que sólo deben ser admitidos aquellos que resultaren debidamente probados, y terminaba suplicando al Juzgado que se dé a los autos el curso legal correspondiente, hasta dictar sentencia que fuere pertinente en atención a los hechos que resultaren probados.

RESULTANDO: Que, dentro del término del emplazamiento, compareció en forma en los autos el Procurador don Octavio P. R., en nombre y representación de los demandados, «D. S., S. A.» y don Eduardo D. P., mediante escrito de fecha diecinueve de abril del corriente año, oponiéndose a la demanda en su contra formulada y contestando la misma en base a los hechos que, sustancialmente, son como sigue: Que como cuestión previa alegaba la excepción de incompetencia de jurisdicción para conocer de la demanda, por cuanto, en todo caso, debe de conocer de la misma la jurisdicción laboral pues las peticiones contenidas en el suplico de la demanda, están dentro exclusivamente de la órbita laboral y reservado su conocimiento en exclusiva a la Jurisdicción Laboral, de acuerdo con lo que dispone el n.º 1 del art. 1.º del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por el Real Decreto 1.568/1980, de 13 de junio; que subsidiariamente, y para el supuesto de que no fuera admitida la excepción anteriormente alegada, pasaba a contestar la demanda principal, a tenor de lo siguiente: que se oponía a las alegaciones vertidas por el actor en su demanda, por cuanto si bien el mismo fue despedido por la empresa demandada por medio de carta de fecha 4 de marzo de 1981, en la misma se imputan al actor los siguientes hechos: Trato incorrecto a varios clientes de la empresa, que dio lugar a quejas; anomalías en la contabilidad; y consentir que su ayudante, D. Jaime C., permaneciera quince días sin trabajar en la última semana de noviembre y la primera de diciembre; que tales hechos fueron acreditados en el procedimiento que por despido se siguió ante la Magistratura de Trabajo n.º 14; que en cuanto al





primero de los hechos imputados, los demandados obraron como consecuencia de diversas cartas que le fueron dirigidas por clientes de la empresa y por uno de sus representantes, en las que se quejaban precisamente de la incorrección del trato recibido del actor y de sus errores en el cumplimiento de sus obligaciones como Jefe administrativo, concretamente en el área de la contabilidad, lo que así es de ver de las cartas que acompañaba de documentos núms. 3 al 7; que en cuanto a las anomalías en la contabilidad quedan suficientemente acreditadas con la documentación que acompañaba de documentos núms. 8 al 40 de diversos clientes de la empresa demandada y que mantienen relaciones comerciales con la misma, las que reflejan los errores padecidos por el actor; que por lo que se refiere al hecho imputado de «consentir» que su ayudante D. Jaime C. permaneciera quince días sin trabajar, ha quedado reconocido en la sentencia dictada en el procedimiento laboral, de lo que se deduce que la falta imputada ha quedado probada, pero no pudo surtir efectos jurídicos por operar a su favor la prescripción; que por tanto, debe concluirse que los demandados han actuado en todo momento de acuerdo a derecho, procediendo al despido del actor en virtud de hechos reales y comprobados, que estaban perjudicando de forma notable a la empresa, no habiendo sido estimado el Despido como procedente por la Magistratura, por meros defectos formales en un caso y por prescripción de la falta en otro; que carece de relevancia el hecho de que la empresa no hizo uso de la facultad que le concede el n.º 4 del art. 53 del Estatuto de los Trabajadores de realizar un nuevo despido en el plazo de siete días siguientes a la sentencia, y ello porque en todo caso es una facultad y no una obligación, y de cuya facultad la empresa prefirió no hacer uso; que en cuanto al apartado relativo a hacer entrega al actor de un certificado de buena conducta, la misma no fue librada porque el actor no la necesitaba para nada y solamente la ha solicitado a la empresa con ánimo de polemizar, toda vez que el actor no la necesitaba ya que está trabajando, como mínimo desde el principio del presente año en calidad de Director administrativo de la empresa «M. P.», siendo además socio privado de dicha empresa, a la que aportó un capital de dos millones de pesetas, conforme así es de ver del informe que aportaba de documento n.º 41; que por lo que se refiere a la indemnización de daños y perjuicios, hacía constar que el actor ya ha sido debidamente indemnizado por la ruptura del contrato laboral con la suma de 2.588.833,— pesetas, con más la de 543.740,— pesetas, en concepto de salarios de tramitación, como se acredita con la copia del auto dictado por la Magistratura de Trabajo n.º 14 de fecha 22 de julio de 1981, que aportaba de documento n.º 42; que por tanto, es claro que el actor no puede pretender ahora el abono



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

de otra indemnización, cuando de acuerdo con la tesis expuesta por la Magistratura de Trabajo dicha, la indemnización señalada, cubre todos y cada uno de los posibles perjuicios causados al actor por la resolución de su contrato de trabajo; que dicha indemnización fue abonada por la empresa demandada en cuanto el auto que la fijó fue firme, sin que hubiere necesidad por parte del actor de tramitar la ejecución, así resulta del recibo suscrito por el Letrado del actor que acompañaba de documento n.º 44; invocó los fundamentos legales que estimó aplicables al presente caso y terminaba suplicando al Juzgado que, en su día y previos los demás trámites legales pertinentes, se dicte sentencia por la que dando lugar a la excepción de incompetencia formulada, declare la incompetencia del Juzgado para conocer de la cuestión planteada, absteniéndose de conocer del fondo del asunto; y subsiguientemente, en el supuesto de que aquélla no sea estimada, se desestime la demanda origen de este procedimiento, absolviendo libremente de la misma a los demandados; y por medio de un otrosí, interesó el recibimiento del pleito a prueba.

RESULTANDO: Que, recibido el juicio a prueba, a instancia de la parte actora se propusieron y practicaron, con citación contraria y previa su declaración de pertinencia, las siguientes: Confesión en juicio del demandado don Eduardo D. P., en nombre propio y en su calidad de apoderado de la entidad codemandada «D. S., S. A.», el que absolvió, bajo juramento indecisorio, el pliego de posiciones o pliegos de posiciones que le fueron dirigidos a instancia de la parte actora, en cuanto a las declaradas pertinentes, con el resultado que es de ver de sus respectivas absoluciones, llevadas a cabo ante esta presencia judicial; Documental, consistente en tener por reproducidos en dicha pieza probatoria, los documentos acompañados con el escrito inicial de demanda; y certificación librada por la Oficina de Empleo, de esta ciudad, comprensiva de testimonio literal de los particulares que le fueron interesados en relación con las ofertas de empleo núms. 2.468 y 2.741; y Testifical, consistente en el examen de los testigos propuestos, don Jaime C. M., doña Rosa E. M., don José B. A. y don Juan M. D. V., todos ellos mayores de edad y sin tacha legal, a tenor de los interrogatorios de preguntas y repreguntas formulados por ambas partes litigantes, con el resultado que es de ver de sus respectivas declaraciones obrantes en autos.

RESULTANDO: Que, a instancia de la parte demandada, se propusieron y practicaron, con citación contraria y previa su declaración de pertinencia, las pruebas siguientes: Confesión en juicio del actor don Eduardo C. P., el cual absolvió, bajo juramento indecitorio, el pliego de posiciones que le fue formulado de adverso, en





cuanto a las declaradas pertinentes, con el resultado que es de ver de su absolución, llevada a cabo ante esta presencia judicial; Documental pública, consistente en certificación librada por el Sr. Secretario de la Magistratura de Trabajo número 14 de esta Capital, comprensiva de testimonio literal de los particulares que le fueron interesados en relación con la demanda de despido seguida ante dicha Magistratura a instancia del aquí actor; Documental privada, consistente en tener por reproducidos en esta pieza probatoria, los documentos de tal índole acompañados con el escrito de contestación a la demanda; y Testifical, consistente en el examen de los testigos propuestos, don Millán B. P., don Francisco J. P. G., don Manuel G.-C. T., don Miguel S. E., doña Antonia M. C., doña Rosa E. M., doña Angeles Y. A., don Miguel P. S., don Eduardo C. R., don José B. O., don Victoriano N. H., don Ramón N. V., don José A. P., don José E. P. y don Luis A. B., todos ellos mayores de edad y de esta vecindad, a tenor de los interrogatorios de preguntas y repreguntas formulados por ambas partes litigantes, cuando a las declaradas pertinentes, con el resultado que es de ver de sus respectivas declaraciones, llevadas a cabo ante esta presencia judicial.

RESULTANDO: Que, dentro del término legal, la representación del actor formuló incidente de tachas de los testigos propuestos por la adversa y señalados de números 3, 10, 11, 12, 13, 14 y 15 de la lista en su día presentada, en base a las consideraciones que se contienen en el escrito de fecha diecinueve de mayo último que se dan aquí, en lo menester, por reproducidas; y conferido traslado de tal incidente a la contraria, a los efectos y por el término previstos en el artículo 663 de la Ley Procesal Civil, ésta evacuó tal trámite mediante escrito del día veinticinco del propio mes de mayo último, alegando lo que estimó pertinente a su derecho y se da aquí, en lo menester, por reproducido; que seguidamente, por providencia de fecha veintisiete del mismo mes de mayo último, se acordó prorrogar por diez días más el segundo período probatorio en los autos, al solo efecto de practicar la prueba de tachas propuesta por la parte actora.

RESULTANDO: Que, finado el término probatorio y su prórroga, por providencia de fecha tres de junio del corriente año, se mandó unir a los autos las pruebas practicadas y se acordó traerlos a la vista, para sentencia, con citación de las partes litigantes; y solicitada la celebración de vista pública, tuvo lugar la misma en la Sala audiencia de este Juzgado el día diecinueve de julio último y hora de las once de la mañana, con la concurrencia de los Letrados y Procuradores de ambas partes litigantes, informando aquéllos por



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

su orden y luego les fue concedida la palabra, cuando estimaron pertinente a sus respectivos derechos y después de hacer un resumen y estudio de las pruebas practicadas, terminaron suplicando al Juzgado se dicte sentencia de conformidad con lo interesado en sus escritos de demanda y de contestación.

RESULTANDO: Que en la tramitación del proceso se han cumplido las prescripciones legales, excepción hecha de la relativa al plazo para sentenciar, por razón de ocupaciones numerosas similares.

CONSIDERANDO: Que una manifestación del personalismo ético, que atribuye al hombre una dignidad o valor en sí mismo como persona, es la llamada relación jurídica fundamental, integrada por el derecho a exigir y el deber recíproco a dar un respeto mutuo a los demás y en concreto por el llamado derecho general de la personalidad, orientado al respeto de la persona en todas sus manifestaciones dignas de protección.

CONSIDERANDO: Que la tutela del derecho al honor, como una de las manifestaciones del derecho general de la personalidad, ha sido sancionada por la Constitución española, con la efectividad que resulta del principio de legalidad constitucional, proclamado en los artículos 9 («los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la constitución») y 53-1 («los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente título vinculan a todos los poderes públicos») y de que el amparo pueda ser realizado por el Juez natural (artículo 53-2), al establecer que «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás, son fundamento del orden público y de la paz social» (artículo 10-1), que «todos tienen derecho a la integridad física y moral» (artículo 15) y que «se garantiza el derecho al honor» (artículo 18).

CONSIDERANDO: Que, en cumplimiento del mandato constitucional (artículo 53-2) de regular un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, para que «cualquier ciudadano pueda recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la sección primera del capítulo segundo, ante los Tribunales ordinarios», así como de la previsión contenida en la disposición final de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, referida sólo a algunos de aquellos derechos, la Ley 1/1982, de 5 de mayo, regula la protección civil del derecho fundamental al honor «frente a todo género de intromisiones ilegítimas» (artículo 1), cual «la divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona, cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena» (artículo 7-7), dentro de los límites establecidos en las leyes y usos sociales «atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia» (artículo 2-1), de modo tal que admite como causas de justificación o, en sentido más amplio, como factores determinantes de la inexistencia de antijuridicidad, el consentimiento expreso del ofendido, la autorización legal expresa (artículo 2-2), la autorización o acuerdo legal de la autoridad y el interés histórico, científico o cultural relevante (artículo 8-1) y regula, junto a la condena pecuniaria, reparadora o compensatoria, medidas cautelares, medidas encaminadas a la cesación del estado antijurídico y medidas de pleno restablecimiento (artículo 9-1).





CONSIDERANDO: Que, no obstante ello, antes de esa Ley, que no tiene atribuidos efectos retroactivos, y de la propia Constitución, el honor, ya en su vertiente subjetiva o propia estimación, ya en su vertiente objetiva o buena reputación, ha sido especialmente tutelado en nuestro sistema jurídico frente a toda clase de ataques ilegítimos (*deshonra que es fecha o dicha a otro a tuerto o a despreciamiento del:* Partida Séptima, Título Noveno, Ley Primera), tanto en la esfera penal, con la tipificación de los delitos de injuria, calumnia y desacato, cuanto en la esfera civil, con fundamento en la regla general *neminem laedere*, que, en el orden extracontractual, sanciona el artículo 1.902, en relación, en este punto, con el 1.968-2, ambos del Código Civil.

CONSIDERANDO: Que, así, nuestra jurisprudencia ha concedido una amplia tutela del honor en la vía civil, comprensiva de «todas las manifestaciones del sentimiento de estimación de la persona» (sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1962) y, en concreto, con fundamento en el referido artículo 1.902 del Código Civil y en la doctrina tradicional de la reparabilidad del daño moral, entre otros varios casos, frente a ataques a la honra y fama de una mujer (sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1912), a la reputación profesional de un médico (sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1917), al llamado honor comercial o del empresario (sentencias del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1930 y 25 de junio de 1945), así como frente a una actuación judicial injustificada (sentencias del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1950 y 7 de febrero de 1962).

CONSIDERANDO: Que, por ello, aunque el ataque al honor se hubiera producido antes de la vigencia de la Ley de 5 de mayo de



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

1982, o, incluso, antes de la misma Constitución, la tutela judicial puede reclamar y debe, en principio, concederse siempre que: a) el comportamiento, activo u omisivo, del sujeto agente merezca el calificativo de antijurídico o contrario a las normas objetivas del Derecho (antijuridicidad que puede faltar, ya porque no se den los requisitos que precisa, ya porque concurra algún factor anulatorio de aquella objetiva oposición, a modo de causa justificativa del comportamiento); y b) dicho sujeto activo haya obrado culpablemente, bien a título de dolo o con ánimo de ofender, bien a título de culpa o sin haber previsto las previsibles consecuencias lesivas de su comportamiento y tras haber optado por el opuesto al que mandaban o cabía esperar según las normas legales, reglamentarias, de cultura, de buena convivencia...

CONSIDERANDO: Que en ese especial contexto se sitúa la pretensión deducida por don Eduardo C. P. contra «D. P., S. A.» y don Eduardo D. P., para obtener adecuada reparación de la lesión inferida a su honor personal y profesional, a través de una carta de despido, remitida por la parte demandada, en la que le acusaba de abuso de confianza, negligencia, trato incorrecto..., con el efecto de provocar una situación equívoca, no eliminada judicialmente, cual era y es su deseo, al haber recaído sentencia en la jurisdicción laboral declarativa de la nulidad del despido y no, por no haberlo interesado la empresa, de la improcedencia del mismo.

CONSIDERANDO: Que, concretamente, las pretensiones deducidas en la demanda, sintetizadas en su suplico, se refieren a: 1) la declaración judicial de que las acusaciones contenidas en la referida carta son improcedentes y no responden a la realidad; 2) la declaración judicial de su derecho a obtener una certificación de la sociedad demandada en que se reconozca su intachable trayectoria profesional; y 3) la condena de los demandados al pago de los daños y perjuicios, materiales y morales, producidos, por el atentado cometido contra su dignidad personal y honor.

CONSIDERANDO: Que la prueba practicada en el proceso permite tener por cierto: a) que el demandante prestaba servicios, desde el año mil novecientos sesenta y tres, para la sociedad demandada, con categoría de jefe administrativo (prueba documental, folios números 7 y 46); b) que la empresa tomó la decisión de despedir al demandante, su empleado, y la comunicó por medio de escrito al mismo, con indicación de las causas («de forma reiterada ha tratado de modo incorrecto a varios clientes de la empresa, dando lugar a quejas ocasionadas y ocasionando con ello el correspondiente perjuicio», «anomalías en la contabilidad y, de forma especial, en las cuentas de determinados proveedores, a quienes no se les reclamaron diferencias a nuestro favor, dando como conformes sus facturas de cargo, sin ser las mismas correctas», «que su ayudante don Jaime C. estuvo sin trabajar quince días», por lo que «por considerar su actitud como una transgresión de la buena fe contractual, así como un abuso de confianza en el desempeño de su trabajo y negligencia y desidia en el servicio, esta empresa ha decidido proceder al despido... por considerar dichas faltas incursas en el número dos del artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores») (prueba documental, folios números 6 y 44); y c) que el empleado así despedido interpuso demanda ante la Magistratura de Trabajo número Catorce de las de esta ciudad, con la pretensión de que se declarase improcedente el despido y se condenara a la empresa a su readmisión como trabajador, lo que dio lugar a una sentencia, de nueve de junio de mil novecientos ochenta y uno, estimatoria de la demanda, declaratoria de la nulidad del despido y condenatoria a la readmisión.





CONSIDERANDO: Que la expuesta índole de las pretensiones deducidas por el demandante, en cuanto referidas a un supuesto de hecho contemplado por órgano judicial competente, en orden a su aptitud para provocar un despido conforme a Derecho, plantea, además de la capital cuestión de la tutela del honor, como derecho de la personalidad, las secundarias que afectan a la competencia objetiva de este Tribunal, por la específica naturaleza de la relación jurídica en que los mencionados datos fácticos se localizan, y al alcance negativo o pleclusivo de la sentencia dictada ya, para declarar la nulidad de la decisión empresarial, según la doctrina de la *res iudicata.*

CONSIDERANDO: Que, al respecto, debe precisarse que, si es regla (artículo 53-1 de la Ley Procesal Civil) que, para que un Tribunal tenga competencia, se requiere que el conocimiento del pleito esté atribuido por Ley a la autoridad que ejerza, así como que la cosa juzgada material (sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1977) crea una situación de plena estabilidad que trasciende con eficacia al futuro, pues impide reproducir la misma cuestión y volver sobre lo que inconmoviblemente estatuyó el órgano judicial que actuó primero, de modo que no es posible hacer efectivo en procedimiento diverso el derecho, sino también proclamados en nuestra Constitución, en cuanto implícitos en las reglas de seguridad jurídica, competencia judicial y función ejecutiva de los Tribunales, artículos 9-3 y 117-3), no cabe olvidar que, en ciertos casos, un mismo fenómeno vital (o varios sustancialmente idénticos) pue-



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

den constituir el supuesto de hecho de diversas normas jurídicas y permitir, en consecuencia y en principio, diversas pretensiones, compatibles o incompatibles entre sí.

CONSIDERANDO: Que, marginados aquellos casos en los que sólo nace una pretensión única de diversas normas jurídicas, la concurrencia de plurales pretensiones puede resolverse a medio de: a) un desplazamiento de una en favor de otra, por razón de idéntico desplazamiento entre las normas aplicables (caso de la Ley especial); b) una regla alternativa que deje a disposición del interesado optar por una sola de las posibles pretensiones (caso de las dirigidas a la resolución y al cumplimiento de las obligaciones recíprocas, regulado en el artículo 1.124 del Código Civil); y c) una acumulación objetiva, por no haber oposición entre aquéllas, susceptibles, en consecuencia, de ser deducidas, conjunta o separadamente, y estimadas todas.

CONSIDERANDO: Que uno de esos casos en que cabría el referido ejercicio acumulativo de varias pretensiones (siempre, claro es, que se deduzcan de modo tal que respeten las reglas de competencia objetiva y no identifiquen la causa de pedir, esencia de la *res iudicata*) es el que se trae al proceso, pues, en atención a la escala, mayor o menor de la antijuricidad, cabe que la imputación a un trabajador por el empresario de un comportamiento incorrecto faculte al primero a reclamar contra la procedencia del despido (artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores) y, además, a exigir la responsabilidad civil de quien le acusó (principio del *neminem laedere*) o la responsabilidad penal (artículos 453 y 457 del Código Penal), alternativamente (dado que la tipicidad penal contra el honor es de esencia privada y absorbe a la antijuricidad civil y produce la reparación patrimonial del daño).

CONSIDERANDO: Que de las posibles antijuricidades concluyentes en el supuesto que se juzga, conforme a lo dicho, sólo importa en este orden jurisdiccional, como es lógico suponer, la estrictamente civil y ello implica: a) que deba ser examinada la imputación, que se denuncia como ofensiva, a la luz exclusivamente de las normas civiles, además de la superior y vinculante de la Constitución nacional; y b) que deba ser excluida de la cognición judicial toda cuestión referida a la antijuricidad laboral, esto es, a la aptitud o inaptitud de las acusaciones hechas al trabajador demandante para dar lugar a su despido o, lo que es lo mismo, a la conformidad o disconformidad de aquéllas con las normas laborales, dado que ésta es función sólo encomendada al órgano judicial laboral, que, por





cierto, ya se pronunció al respecto para declarar la nulidad de la decisión empresarial.

CONSIDERANDO: Que, no obstante, la alegación de indefensión ante la jurisdicción laboral que formula el trabajador demandante, con causa en el hecho de haber declarado el Magistrado de Trabajo nulo y no improcedente el despido o, lo que es lo mismo, de haber dejado imprejuzgada la cuestión de fondo y, por tal, latente la acusación empresarial y vigente su calidad de acusado no absuelto, por decirlo en términos rotundos, al tiempo que la función de amparo que atribuye a este Tribunal el artículo 53-2 de la Constitución, en relación con la disposición transitoria segunda de la Ley 1/1982, de 5 de mayo, y el artículo 11-1 y los siguientes de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, convierten en útil la declaración de que tal indefensión no puede haberse producido, sin perjuicio del derecho que el demandante tiene para reclamar, como hace, la tutela de su honor, dado que: a) los efectos jurídicos, a diferencia de los naturales, son el producto de una valoración jurídica y constituyen la creación del espíritu humano, al operar sobre la realidad social, en frase conocida; b) el trabajador pretendió ante el órgano judicial laboral la declaración de la improcedencia del despido y la condena a su readmisión; c) el Magistrado de Trabajo, en ejercicio de sus funciones y por el cauce establecido para ello, declaró nulo el despido y pronunció la pretendida condena; d) de la trilogía de despidos posibles para el artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores, esto es, el procedente, el improcedente y el nulo, es este último el de mayor contenido antijurídico y el más alejado al reconocimiento legal y, si se quiere, el más improcedente de todos, en cuanto produce, como consecuencia de su misma nulidad, la readmisión del trabajador y el pago de los salarios dejados de percibir, efecto que es de mayor entidad que el previsto para el otro caso (artículos 55-4 y 56 del referido texto legal); y e) puede decirse que el trabajador, injustamente despedido, obtuvo una sentencia estimatoria de su pretensión que fue más lejos que ésta y que sólo merece el calificativo de congruente por razón de la facultad de propia iniciativa que la norma atribuye al Magistrado de Trabajo (artículo 53-4 del mismo Estatuto).

CONSIDERANDO: Que la necesaria evaluación del comportamiento denunciado por el actor como lesivo para su honor, en el marco de las circunstancis en que tuvo lugar, sitúa a la carta de despido entre los requisitos exigidos para la efectividad del mismo (artículo 55-1 del Estatuto de los Trabajadores), de modo que, si para el trabajador es una verdadera garantía al permitirle conocer la conducta que se le imputa y organizar con éxito su defensa (sentencia de la



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Sala Sexta del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1977), para el empresario, vista la cuestión desde la perspectiva global que se ofrece cuando se ha dictado la sentencia sobre la nulidad, procedencia o improcedencia de su decisión, es el presupuesto condicionante de su derecho a motivar, hipotéticamente (si el trabajador disiente) e indirectamente (a través de la demanda de éste), una actuación judicial, con una decisión justa (similar al derecho a la acción) y, además de ello (sólo si su decisión se reconoce como justa), de un verdadero derecho potestativo dirigido a la extinción de la relación laboral.

CONSIDERANDO: que calificada la carta de despido como la documentación de una decisión en ejercicio del derecho potestativo a extinguir la relación laboral (si el trabajador lo admite o la decisión judicial desestima la oposición del mismo) o, simplemente, del derecho a provocar una decisión de los Tribunales (si la pretensión del trabajador fuese acogida), es manifiesto que su ejercicio, a pesar de la clásica regla *qui iure suo utitur neminem laedit* (*no face tuerto a otro quien usa de su derecho*), debe ajustarse, no sólo a los límites legales, con frecuencia defectuosamente precisados, sino también a otros de orden social, cual destacó el Tribunal Supremo en la sentencia de 14 de febrero de 1944, para reprobar, como abusivo, el ejercicio inmoral o antisocial del derecho, tanto en forma subjetiva (cuando se actúa con la intención de perjudicar o sin un fin serio y legítimo), como en forma objetiva (cuando hay un exceso o anormalidad en su ejercicio), que es lo que, sustancialmente, proclama el vigente artículo 7 del Código Civil al imponer el respeto a la buena fe y rechazar el abuso del derecho, el ejercicio antisocial del mismo y la superación manifiesta de sus límites normales.

CONSIDERANDO: Que, al respecto, la jurisprudencia proclama: a) que para el resarcimiento ocasionado por actuaciones judiciales de cualquier índole, es menester que la parte que las inició y fue solicitante del proveído judicial, haya actuado dolosamente o, cuando menos, con manifiesta negligencia por no haberse asegurado el alcance de la acción ejercitada (sentencias del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1960, 18 de febrero de 1965, 22 de mayo de 1967 y 5 de diciembre de 1980); y b) que no cabe apreciar como inexistente la necesaria justa causa litigantis cuando, sin traspasar los límites de la equidad y la buena fe, se pone en marcha el mecanismo judicial, para hacer valer una atribución que el actor estima corresponderle, conforme a la regla qui iure suo utitur neminem laedit (sentencias del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1967 y 5 de





diciembre de 1980) o cuando se da un ejercicio normal o in iure de la acción (sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1950).

CONSIDERANDO: Que tanto para valorar normativamente los elementos subjetivo y objetivo de la culpabilidad del sujeto agente como para precisar si el derecho a provocar una decisión justa del Tribunal laboral se ejerció contra las exigencias de la buena fe, o con ánimo de causar daño, o de modo antisocial o con manifiesta superación de sus límites normales, preciso es ponderar la indiscutible proyección procesal de la carta de despido así como la peculiaridad de las actuaciones que ante el Juez se desarrollan (particularidad que determinó al legislador, en la esfera penal, a exigir la previa licencia judicial para deducir acción por injuria o calumnia causada en juicio; artículo 467-2 del Código Penal), cual sucede en otros órdenes de la vida pública (artículo 71-1 de la Constitución, al proclamar la inviolabilidad parlamentaria por las opiniones manifestadas por Diputados y Senadores en el ejercicio de sus funciones), ya que se alzaprima, como interés preponderante, la busca de la paz social justa sobre el individual de las partes y del propio ejerciente de la jurisdicción (cuyas resoluciones también se atacan, con suficiente libertad, a través del recurso, en legítimo ejercicio del derecho de defensa), lo que justifica (cual destacó la Sala Segunda del Tribunal Supremo en la sentencia de 12 de abril de 1973) a las imputaciones o acusaciones ofensivas para otra persona, por no ser exigible otra conducta ni aquéllas innecesarias.

CONSIDERANDO: Que, a la vista de la prueba practicada, no cabe llegar a otra conclusión que la de que los demandados, al remitir la carta de despido al demandante, actuaron con el serio propósito de dar lugar a dicha consecuencia, sin ánimo de causarle un perjuicio más allá del derivado de su decisión, sin temeridad alguna, en ejercicio no antisocial, ni opuesto a la buena fe, ni extralimitado, de su derecho a provocar una justa decisión del órgano judicial laboral ( y extraer de ella los efectos procedentes), razón por la que corresponde denegar la tutela pretendida o, lo que es lo mismo, afirmar que la única antijuricidad producida se refirió a las normas sociales y ha sido ya proclamada.

CONSIDERANDO: Que, en efecto, aunque las expresiones contenidas en la carta de despido, aun falsas e inexactas para el Derecho, pudieran, en otra situación o ámbito, resultar ofensivas, no lo son en aquella en que se produjeron, dado que: a) se profirieron sin superar objetivamente ni manifiestamente los términos legales del artículo 54-2 del Estatuto de los Trabajadores, en que se fundaron;



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

b) su empleo era preciso para alcanzar el fin perseguido; y c) posibilitar, en abstracto, el logro de ese fin (justo) es interés preponderante que hace inexigible otra conducta.

CONSIDERANDO: Que no se aprecia causa para pronunciar condena en costas.

VISTOS: Los preceptos legales citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

F A L L O :

Que debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales don Jaime D. M., en nombre y representación de don Eduardo C. P., contra la entidad «D. S., S. A.» y don Eduardo D. P., representado por el Procurador de los Tribunales don Octavio P. R., sin especial pronunciamiento sobre costas.

Así por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

## BIBLIOGRAFIA

# RECENSIONES

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *Temas del Ordenamiento Procesal*, tomo III, Ed. Tecnos, Madrid, 1982, págs. 1347 a 1633.

En 1969 publicó el prof. Fairén dos tomos con el título de *Temas del Ordenamiento Procesal*, en los que recogía parte de su labor científica, aparecida en diversas revistas, desde 1956. El libro que ahora reseñamos es la continuación de esa obra, su tomo III, y de ahí la numeración de sus páginas.

Si el examen de la obra es importante, no lo es menos su encuadre dentro de las publicaciones del Autor. En 1955 aparecieron sus *Estudios de Derecho Procesal* y en el prólogo decía que era un *compte rendu*, una dación de cuentas «a quien por sus títulos me las pudiera tomar, del estado de cumplimiento del compromiso que asumí cuando por primera vez pisé la Universidad como docente». Han pasado los años y hoy no existe quien tenga títulos bastantes para asumir esa rendición de cuentas, pero el prof. Fairén sigue dándolas, consciente de que se trata de un deber, aunque no exista titular activo que pueda exigirle el cumplimiento.

En este tomo III se abordan tres temas fundamentales en el panorama procesal actual. El primero es el relativo a la defensa de los derechos humanos, y con relación a él se reproduce el artículo titulado *Algunos problemas procesales suscitados por el artículo 6.º de la Convención Europea de los Derechos del Hombre, entrada en vigor en España el 4 de octubre de 1979*. El tercero atiende al Tribunal Constitucional y sobre él el trabajo *Algunos problemas procesales que plantea la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español (El defensor del pueblo y los recursos)*, en el que se trata básicamente de determinar la posición jurídica del Tribunal en el sistema español.

El tema segundo, el del Ombudsman o Defensor del Pueblo, es objeto de cinco trabajos. En tres de ellos se atiende a la situación de la institución en Israel, Finlandia y Suecia; el cuarto se centra en las posibilidades del Ombudsman en España y los países iberoamericanos y el último estudia el Defensor del Pueblo en la Constitución española. Este último artículo es en realidad una introducción al libro *El Defensor del Pueblo. «Ombudsman»*, del que nos haremos eco en su momento.

El prof. Fairén es hoy, sin duda, nuestro especialista más destacado con relación a la figura del defensor del pueblo. Especialista a nivel científico, entiéndase bien, no en cuanto a apariciones en las páginas de revistas y periódicos pronunciando bellas frases, vacías de contenido, pero llamativas para un público tan lleno de buena fe como de ignorancia. El que en España quiera hoy comprender lo que el Ombudsman significa ha de leer las páginas, los varios cientos de páginas, que el prof. Fairén ha escrito.

J. M. A.

VARIOS AUTORES, *Para un proceso civil eficaz*, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1982 (260 págs.).

En este libro, cuya edición ha estado a cargo del Prof. Ramos Méndez, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Autónoma de Barcelona, se recogen las diversas ponencias presentadas por Profesores, Magistrados, Abogados y Procuradores en los actos conmemorativos del centenario de la Ley de Enjuiciamiento Civil que tuvieron lugar durante los días 27, 28 y 29 de abril de 1981 en Barcelona.

La frase que sirve de título al volumen coincide con el lema que presidió la celebración de dichas Jornadas y denota, clara y precisamente, el contenido de aquél. En efecto, las reflexiones contenidas en los trabajos reunidos en esta publicación giran en torno a un objeto común: la eficacia del proceso civil. Ahora bien, no se trata de llevar a cabo la elaboración de una nueva categoría abstracta. Por el contrario, lo que se pretende es, en primer término, examinar el grado de eficacia real que el proceso civil ofrece aquí y ahora, y, en segundo lugar, proponer las soluciones que permitan resolver satisfactoriamente los graves problemas de efectividad que, en la actualidad, abruman a la institución procesal.

A partir del punto de vista expresado, la obra abarca la casi totalidad de los aspectos esenciales relativos a la eficacia de nuestro proceso civil. Para percatarse de ello, basta la mera indicación de los temas tratados: «Garantías constitucionales del proceso civil» (Prof. ALMAGRO NOSETE), «Aspectos sociológicos de la Ley de Enjuiciamiento Civil: duración y coste del proceso» (del que es autor el Sr. ANZIZU FUREST, Decano del Colegio de Procuradores de los Tribunales de Barcelona), «Juicio crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil» (Prof. MONTERO AROCA), «Balance positivo de la Ley de Enjuiciamiento Civil» (Prof. SERRA DOMÍNGUEZ), «La Administración de Justicia y la eficacia de la Ley de Enjuiciamiento Civil: la primera instancia» (debido al Sr. CORBAL FERNÁNDEZ, Magistrado de la Audiencia Territorial de Barcelona), «La eficacia del proceso de declaración» (Prof. CORTÉS DOMÍNGUEZ) y «La eficacia de la ejecución» (obra del Sr. CASALS COLLDECARRERA, Presidente de la Academia de Legislación y Jurisprudencia de Cataluña). Completan este elenco tres estudios más, dedicados a efectuar la exposición de las más importantes cuestiones que, en materia de eficacia, plantea el proceso civil en Francia (Prof. PERROT), Italia (Prof. PROTO PISANI) y Alemania (Prof. GRUNSKY), respectivamente.

La identidad en cuanto al tema sometido a análisis y el acuerdo existente en lo que se refiere a los fines perseguidos no impiden, como es natural, que los autores de estos estudios mantengan posturas no enteramente coincidentes entre sí. A pesar de esta disparidad de criterios, se llega a la formulación de una serie de conclusiones, cuyo texto figura también en el presente volumen. En tales conclusiones, se propugnan distintas reformas legislativas, pero se sostiene, además, la posibilidad —y la necesidad— de adoptar, con carácter inmediato, algunas medidas prácticas y nuevas orientaciones concernientes a la interpretación y a la aplicación de la normativa vigente.

En suma, considero que quienes estén interesados en conocer la situación actual de la justicia en España pueden leer con provecho las páginas que componen el libro reseñado. A su vez, la lectura deviene inexcusable si a ese interés se agrega el deber de impulsar la modificación de aquella situación.

M. CACHÓN



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez



WOLGANG GRUNSKY, *Grandzüge des Zwangsvollstreckungs- und Konkursrechts*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1983, 3.ª edición revisada, 159 páginas.

El autor, prestigioso y destacado catedrático de Derecho Civil y Procesal en la Universidad de Bielefeld (R.F.A.) y Magistrado de la Audiencia Territorial de Hamm, se dio a conocer en España con una brillante ponencia presentada en el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, con motivo de los actos conmemorativos del Centenario de la Ley de Enjuiciamiento Civil, celebrados los días 27 al 29 de abril de 1981, y cuyo texto, traducido al castellano, ha sido publicado bajo el título de «Reflexiones sobre la eficacia del Derecho Procesal Civil en Alemania» en el libro «Para un Proceso Civil Eficaz» de Ediciones de la Universidad Autónoma de Barcelona, Edición de Francisco Ramos (Bellaterra), 1982.

En el libro que aquí comentamos, GRUNSKY expone los «elementos básicos de la ejecución forzosa y del derecho concursal» y se dirige, en palabras de su autor, a los estudiantes de los primeros dos o tres años de la carrera de Derecho. Su meta es hacerle ver y comprender al lector las ideas básicas de ambas materias, llamar su atención sobre los puntos que tienen en común y que los diferencian así como la interrelación existente con el Derecho material. No tiene, en cambio, pretensiones de ser un manual completo y exhaustivo —para ello, dice el autor, están las obras de Lent y Jauernig, por ejemplo— sino que tiene por objeto ayudar al estudiante a distinguir lo esencial de lo accesorio, y pone, deliberadamente, los acentos en la función económica y social de ambas materias más que en sus aspectos procedimentales, facilitando así la comprensión global de la temática.

Hacia estos objetivos van orientadas también las indicaciones blibliográficas.

Una breve ojeada a la estructuración del contenido nos confirmará en seguida lo dicho hasta ahora. El libro se divide en nueve parágrafos, subdivididos en capítulos, cada uno con diversos subtítulos.

El primer parágrafo expone los rasgos estructurales comunes y diferenciadores de la ejecución forzosa, la quiebra y la «suspensión de pagos» (Vergleich), explica la función de los distintos procedimientos, sus características y normas procedimentales básicas.

El parágrafo segundo está dedicado a las pretensiones que se trata de realizar, tanto en el procedimiento de ejecución forzosa como en la quiebra y la «suspensión de pagos» (Vergleich), para pasar, en el parágrafo tercero, a los bienes del deudor que se encuentran sujetos a la ejecución forzosa y que entran en la masa de la quiebra y su realización.

El cuarto parágrafo se ocupa de la limitación de la responsabilidad a los bienes pertenecientes al deudor y enfoca asimismo la problemática de la extensión de la responsabilidad a terceros. El contrato sinalagmático en la quiebra constituye el tema del parágrafo quinto y está dedicado a las obligaciones de tracto único y de tracto sucesivo. Sigue un sexto parágrafo dedicado a la protección social en la ejecución forzosa y en la quiebra, temática que se refiere a la protección del deudor y del acreedor, para, en el parágrafo séptimo, contemplar el título ejecutivo en sus diversos aspectos, incluyendo la decisión arbitral. No podía faltar el tratamiento del embargo preventivo y las demás medidas cautelares que son tratados en el octavo parágrafo. Finalmente, el último capítulo del libro está dedicado a la realización internacional del derecho, y bajo este epígrafe GRUNSKY expone la problemática, hoy tan usual, de la ejecución forzosa de títulos extranjeros en el propio país y viceversa, en este caso referida a la República Federal de Alemania, así como la temática de la quiebra con implicaciones transnacionales, es decir: quiebras en el pro-

pio país (aquí: Alemania) con bienes situados en el extranjero y quiebras en país extranjero con bienes situados en el propio país.

Este breve resumen es una muestra del enfoque de candente actualidad que el autor logra imprimir a la materia, al resaltar su importante función socioeconómica en el mundo de hoy, y en ello radica, en nuestra opinión, el valor y el mérito de la presente obra.

Ursula VESTWEBER

OTHMAR JAUERNIG, *Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht*, Juristische Kurz-Lehrbücher, Verlag C.H. Beck, München, 1983, 16.ª edición, 258 páginas.

Todo estudioso en busca de manuales alemanas de Derecho «tropezará» tarde o temprano, con la prestigiosa serie de Manuales Breves de la Editorial C.H. Beck, de Munich, especializada en temas jurídicos, serie en la que colaboran catedráticos del máximo renombre de todas las ramas del Derecho.

Este es también el caso del manual que aquí nos ocupa, cuyo autor, Othmar JAUERNIG, es catedrático de Derecho Civil y Procesal de la Universidad de Heidelberg y tiene en su haber, en esta misma serie de manuales, la autoría del tomo correspondiente al Derecho Procesal Civil. La obra que comentamos fue publicada por primera vez en 1948, habiendo llegado hoy, en 1983, a la decimosexta edición, lo que habla por sí solo de la calidad y valor didáctico del manual que dedica una primera parte a la ejecución forzosa en todos sus aspectos, y una segunda al Derecho concursal del que el autor dice en su prólogo que el año récord de las insolvencias (1982) nos recuerda tristemente su importancia y aplastante actualidad, frase ésta que muy bien podemos trasladar a la situación en nuestro país.

El libro refleja la situación legal al 1 de enero de 1983.

La parte relativa a la ejecución forzosa se encuentra dividida en dos Libros y éstos, a su vez, están subdivididos en diversos capítulos.

El primer Libro, titulado «Parte General», trata de los presupuestos para la ejecución forzosa, de los órganos de ejecución y de los medios de oposición en la fase de ejecución. El segundo Libro, dedicado a «Las distintas Formas de Ejecución Forzosa», abarca la ejecución en materia de reclamación de cantidad (contemplando la ejecución sobre bienes muebles e inmuebles), la ejecución de obligaciones de dar cosas específicas, de obligaciones de hacer y de no hacer y de emitir una declaración de voluntad. Siguen un capítulo sobre el juramento de manifestación y sendos capítulos dedicados a la protección de los deudores y acreedores así como el embargo preventivo y otras medidas cautelares; todo ello de forma densa pero exhaustiva en un lenguaje claro que utiliza frases cortas y concisas, circunstancia ésta que el lector español germanoparlante sabrá apreciar y agradecer de una manera especial.

El segundo Libro, dedicado al Derecho concursal, se abre con un apartado dedicado a observaciones generales de carácter introductorio, para después pasar a tratar toda la materia en cinco capítulos titulados:

— Los sujetos del procedimiento de quiebra, — La masa de la quiebra, — El procedimiento de la quiebra, — Casos especiales de quiebra (la quiebra de la herencia, de las personas jurídicas, de la sociedad colectiva y la quiebra en el extranjero), para terminar con una exposición del procedimiento llamado «Vergleich», emparentado con nuestra «suspensión de pagos», pero sin que aquél pueda ser solicitado en caso de insolvencia encubierta.





La estructuración apuntada del manual nos da una idea del gran valor pedagógico y didáctico de la obra, que es completado por la indicación exhaustiva de bibliografía al comienzo de cada capítulo, convirtiéndose de este modo en un execelente manual no sólo para el estudiante alemán, sino también para el estudioso germanoparlante que busca una obra sucinta pero al mismo tiempo completa, que trate a fondo la temática.

Ursula VESTWEBER

PETER GILLES, *Juristenausbildung und Zivilverfahrensrecht*, Carl Heymanns Verlag KG-Köln-Berlin-Bonn-München, 1983, 96 páginas.

Esta monografía sobre la formación del jurista y el Derecho procesal civil representa, según se indica en su preámbulo, la versión ampliada aun cuando poco modificada del texto de la ponencia que el autor, catedrático de Derecho Privado, Derecho Procesal y Derecho Comparado de la Universidad Johann-Wolfgang-Goethe, de Francfort/Meno expuso el 2 de abril de 1982 sobre el tema «El Derecho procesal civil como materia de docencia y de examen» con motivo de las Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal Civil, celebradas en Zurich.

La temática debe ser contemplada sobre el trasfondo cultural y docente de la República Federal de Alemania donde, obedeciendo a la estructura federal del país, existe la «soberanía cultural» de los Länder, que determinan y dirigen su propia política cultural y universitaria, y donde el pluralismo docente y la estructuración de los estudios de la carrera de Derecho en materias obligatorias y optativas están lejos de la uniformidad de tales estudios a que estamos acostumbrados en las Facultades de Derecho de nuestro país.

A ello hay que añadir el debate y la polémica suşcitados desde hace unos veinte años en torno al tema de una mejor y más adecuada formación de los juristas a través de una modificación y modernización de los planes docentes y de la estructuración de los estudios de la carrera de Derecho con el fin de lograr una armonización entre la teoría y la práctica. Se pusieron en marcha, en diversas Universidades, distintos programas de ensayo y modelos de formación, de los cuales no todos resultaron operantes. Hoy día se ha decidido poner fin a la fase experimental para dar paso, en 1984, a una nueva regulación uniforme de la formación del futuro jurista.

En este momento histórico y ante una notable escasez de bibliografía sobre el tema, GILLES presenta su ponencia abordando una materia de candente interés general, lo que motiva su publicación en forma de monografía.

Tras una breve alusión a las dificultades que presenta la exposición del tema y después de dar un repaso a su tratamiento en el pasado y el presente, GILLES se dispone a realizar un balance del estado actual del Derecho Procesal Civil en la docencia y como materia de examen para, en un cuarto apartado, exponer las metas que sería deseable alcanzar en la próxima reforma, y termina postulando, para la nueva regulación unificada de la carrera de Derecho, que se garantice el carácter científico-dogmático de la enseñanza del Derecho Procesal Civil frente a las modernas corrientes que propenden a dar excesiva relevancia al aspecto práctico de la materia, exigiendo además que se le conceda al Derecho Procesal Civil el mismo peso e idéntica relevancia que a las asignaturas del Derecho material, tanto en la doctrina como en cuanto a materia de examen.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

En unas tablas al final del libro y a título comparativo, se han reunido esquemáticamente los contenidos docentes y de examen en Derecho Procesal Civil, ordenadas por Land federal y Universidades, respectivamente y referido a los sistemas de formación en una sola y en dos fases.

Hay que decir, en síntesis, que esta monografía constituye una valiosa aportación al tema que lleva por título y una lectura altamente interesante para toda persona conocedora de otros sistemas de formación del jurista y preocupado por mejorar y actualizar nuestro propio sistema docente en las Universidades españolas en materia de Derecho Procesal Civil.

Ursula VESTWEBER



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

INFORMACION

# LEGISLACION ORGANICA Y PROCESAL DEL URUGUAY

Dra. BERNADETTE MINVIELLE

SUMARIO:

I. Leyes fundamentales. — II. Legislación orgánica: A) Jurisdicción ordinaria; B) Jurisdicción militar. — III. Legislación reguladora del proceso civil. — IV. Legislación reguladora del proceso penal. — V. Legislación reguladora del proceso contencioso-administrativo de anulación. — VI. Legislación reguladora del proceso laboral. — VII. Otros procesos especiales. — VIII. Legislación reguladora del proceso constitucional. — IX. Derecho procesal internacional.

## I. — LEYES FUNDAMENTALES

Las fuentes primeras del actual Derecho Procesal Uruguayo son la Constitución de la República de 1967 y las normas de rango constitucional emanadas del Poder Ejecutivo a partir del año 1973 y que reciben el nombre de «Actos Institucionales».

Dentro de la pre-citada normativa corresponde diferenciar:

A) Las que estructuran la organización del Poder Judicial. La norma fundamental está dada por el Acto Institucional N.º 12, de 10 de noviembre de 1981, y conforme a la Disposición Transitoria letra «C» del mismo, han recobrado vigencia las Secciones XV, XVII, Disposiciones Transitorias y Especiales letras «I» y «J», y demás normas de la Constitución de 1967 referentes al tema, en lo que fuera pertinente.

B) Los principios constitucionales del proceso, regulados en la Sección III, Capítulo I bajo el título «Derechos, Deberes y Garantías», y en los arts. 72 y 332 de la Carta de 1967, llamados a regir tanto en

la jurisdicción ordinaria como la militar, y dentro de la primera, tanto en el ámbito civil como penal.

*Bibliografía básica.* E. J. Couture, «Las garantías constitucionales del proceso», Buenos Aires, 1946. J. Jiménez de Arechaga, «La Constitución de 1952», T. III, Montevideo, 1952. E. Véscovi, «Derecho Procesal Civil», T. I, Montevideo, 1974. E. Colombo y L. Torello, «Régimen actual de la Jurisdicción y Competencia», 3.ª ed., Montevideo, 1982.

## II. — Legislación orgánica

A los efectos de una mejor comprensión es conveniente deslindar la legislación referente a la jurisdicción ordinaria y la militar.

### A) *Jurisdicción ordinaria*

El Acto Institucional N.° 12 colocó la función jurisdiccional en la órbita del Poder Judicial, la cual a su vez se distribuye entre dos grandes grupos orgánicos a saber: Justicia Ordinaria y Justicia Administrativa.

#### 1. *Justicia ordinaria*

Comprende los Tribunales en materia civil y penal.

1.1. *Tribunales civiles.* — Código de Organización de los Tribunales Civiles y de Hacienda (Ley 9.164 de 19 de diciembre de 1933, con ligeras modificaciones por la Ley 9.222 de 25 de enero de 1934), proyectado por el Ministro Dr. Abadie Santos.

Reconoce como fuente fundamental la Ley de Organización y Atribuciones de Chile y, especialmente, el comentario de Ballestero a la misma.

Regula todo lo referente a la organización de los Tribunales Civiles existentes a la fecha de su sanción o creados con posterioridad, principalmente por diversas leyes de Presupuesto Judicial.

La Ley 14.861 de 8 de enero de 1979, en el Título I (arts. 1 y 2) contiene normas de organización aplicables a los Tribunales de Apelación, especialmente establece la forma de integración en los supuestos de vacancia, excusación, recusación, abstención y licencia de sus miembros.

*Bibliografía básica.* E. J. Couture, «Curso sobre el Código de Organización de los Tribunales», Montevideo, 1963. E. Tarigo, «Etudios sobre el Código de Organización de los Tribunales», Montevideo, 1972.





E. Véscovi, «Derecho Procesal Civil», T. II, Montevideo, 1974. E. Tarigo, «Apelación, Segunda Instancia y Casación», Montevideo, 1979.

1.2. *Tribunales Civiles* (continuación). *Tribunales Especiales.* — La justicia especializada sólo existe en la capital de la República (Depto. de Montevideo).

A. — Juzgados Letrados de Primera Instancia del Trabajo (5), creados por el art. 1 de la Ley 14.188 de 5 de abril de 1974, por transformación de cinco Juzgados de Paz existentes a la fecha cuya determinación quedó a cargo de la Suprema Corte de Justicia.

B. — Juzgados Letrados de Menores (4). El primero de ellos fue creado por la Ley de 6 de abril de 1934 —Código del Niño—, y el último de los cuatro por la Ley 15.085 de 28 dediciembre de 1980 por transformación del entonces existente Juzgado de Instrucción de 5.° Turno.

C. — Juzgados Letrados de Aduana (2). Existe como jurisdicción especializada desde la sanción de la Ley 13.320 de 28 de diciembre de 1964, cuyo art. 106 creó el actual Juzgado Letrado de Aduana de Primer Turno. Posteriormente, por Ley 13.737 de 9 de enero de 1969 se creó el otro similar (actual de Segundo Turno).

D. — Tribunal de Apelaciones del Trabajo (1). Creado por el artículo 292 de la Ley 14.416 de 28 de agosto de 1975.

*Bibliografía básica.* E. Véscovi, «Derecho Procesal Civil», T. II, Montevideo, 1974. E. Colombo y L. Torello, «Régimen actual de la Jurisdicción y Competencia», 3.ª ed., Montevideo, 1982.

1.3. *Tribunales Penales.* — Código del Proceso Penal (Ley 15.032 de 7 de julio de 1980, en vigencia desde el 1 de enero de 1981). En los Capítulos I a VII del Título III (arts. 30 a 66) regula todo lo referente a la organización de los citados Tribunales.

Es necesario precisar que, si bien el citado cuerpo normativo prevé la existencia de un «Tribunal de Faltas» con asiento en la ciudad de Montevideo, aún no ha sido creado, siendo su competencia asumida provisoriamente por los respectivos Juzgados de Paz de Montevideo.

1.4. *Suprema Corte de Justicia.* — Organo máximo de la Justicia Ordinaria, creada por Ley 3.246 de 28 de octubre de 1907.

#### 2. *Justicia Administrativa*

En el marco normativo vigente está constituida por:

2.1. *Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo,* en número de tres.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Su creación está permitida por el art. 320 de la Constitución de 1967. Inspirado en esta disposición, el Acto Institucional N.° 8 de 1 de julio de 1977 dispone su creación por vía de transformación de los antiguos Juzgados Nacionales de Hacienda y de lo Contencioso Administrativo. El Acto Institucional N.° 12 —que deroga en forma expresa el similar N.° 8— prevé su existencia en los artículos 19 y 27.

2.2. *Tribunal de lo Contencioso Administrativo.* — Cúspide de la Justicia Administrativa, que fuera creado por primera vez por la Constitución de la República de 1952.

No posee Ley Orgánica, regulándose en el presente por el Acto Institucional N.° 12 (Capítulo VIII, arts. 19 a 26) y por la Sección XVII, Disposiciones Transitorias y Especiales letras «I» y «J» de la Constitución de 1967, en lo que no hubiera sido derogado —expresa o tácitamente— por el primero.

*Bibliografía básica.* E. Sayagués Laso, «Tratado de Derecho Administrativo y el Acto Institucional N.° 8», Montevideo, 1978. E. Colombo y L. Torello, «Régimen actual de la Jurisdicción y Competencia», 3.ª ed., Montevideo, 1982.

3. *Estatuto de los Magistrados*

El Acto Institucional N.° 12 lo estructura sobre la base de tres principios fundamentales: independencia, innamovilidad y carrera judicial.

El mismo, instituye un nuevo órgano: Consejo Superior de la Judicatura, a quien se le atribuyen funciones relacionadas con la designación, promoción, traslado, sanciones y remuneración de los magistrados, excluidos los integrantes de los órganos cúspides del Poder Judicial.

A) *Designación.* — Se regula en el Acto Institucional N.° 12, artículos 2, 10 nrales. 2 y 3, y 21; y en la Sección XV de la Constitución de 1967.

B) *Promoción y Traslado.* — Acto Institucional N.° 12, art. 10 nral. 5.°.

C) *Incompatibilidades y Prohibiciones.* — Acto Institucional número 12 art. 30; Constitución de 1967, arts. 77 nral. 4.°, 91, 100, 251 y 252; Código de Organización de los Tribunales, arts. 68 a 70.

D) *Permanencia.* — Acto Institucional N.° 12 ,arts. 1 inc. 3.° y final, 5, 10 nral. 3.°, y 21.

E) *Responsabilidad y Disciplina.* — Es necesario diferenciar:



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez



E' — Miembros de la Suprema Corte de Justicia y del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Se le aplican los arts. 1 lit. «b» y 4 lit. «c» del Acto Institucional N.° 2 de 12 de junio de 1967; arts. 102 y 103 de la Constitución de 1967; y Capítulo IV del Título III del C.O.T. (arts. 132 a 162).

E'' — Restantes miembros de la Judicatura. Están sometidos a la potestad disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura conforme lo previene los nrales. 1.° y 6.° del art. 10 del Acto Institucional N.° 12; así como a las normas de disciplina judicial contenidas en los arts. 163 a 169 del C.O.T.; y al juicio de responsabilidad regulado en el Capítulo IV del Título III del C.O.T. (arts. 132 a 162).

4. *Estatuto del Ministerio Público y Fiscal*

Lo rigen los principios de jerarquía, independencia, divisibilidad e innamovilidad.

— Fiscal de Corte y Procurador General de la Nación, designado por el Poder Ejecutivo previa venia del Poder Legislativo.

Las calidades requeridas para su designación, prohibiciones, incompatibilidades, atribuciones, duración y dotación están contenidas en los arts. 11 y 12 del Acto Institucional N.° 12.

— Ministerio Público y Fiscal, designado por el Poder Ejecutivo.

Las calidades, atribuciones, formas de intervención, organización, disciplina y demás, se regula por las disposiciones de los Capítulos I a IV del Título IV del C.O.T.

Tanto al Fiscal de Corte como restantes miembros del Ministerio Público y Fiscal les alcanza el régimen de incompatibilidades y prohibiciones que la Constitución de 1967 prevé para los magistrados (Supra, 3., C.).

5. *Estatuto del Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo*

Designado por el Poder Ejecutivo. Debe ser necesariamente oído en todos los asuntos de competencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Independiente en el ejercicio de sus funciones, dictamina según su convicción, estableciendo las conclusiones que crea arregladas a derecho. En mérito a lo expuesto en este párrafo, ha sido denominado como un «Abogado de la Ley».

Su estatuto se contiene en los arts. 28 y 29 del Acto Institucional N.° 12.

6. *Estatuto del personal técnico superior del Poder Judicial*

(Comprende los Secretarios Letrados de la Suprema Corte de Justicia, Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Tribunales de Apelaciones, Juzgados Letrados de Montevideo, y a los Actuarios en todas sus categorías).

Su estatuto se regula por el Acto Institucional N.° 12, art. 10 nrales. 1.°, 4.°, 5.° y 6.°; y en el Capítulo I Título V del C.O.T. (artículos 200 a 213).

Asimismo, y relacionado con las incompatibilidades y prohibiciones que les alcanza, debe tenerse presente lo dispuesto en el art. 158 de la Ley 12.803 de 30 de noviembre de 1960, art. 331 de la Ley 13.640 de 26 de diciembre de 1967, y art. 217 de la Ley 13.892 de 19 de octubre de 1970.

7. *Normas sobre Abogados*

Fundamentalmente están contenidas en el Capítulo I del Título VI del C.O.T. (arts. 228 a 236).

La responsabilidad penal se regula especialmente en el Capítulo IV del Título V del Código Penal de 1934 (arts. 194 a 196).

Por la importancia que revisten, dentro del presente apartado corresponde hacer mención a las siguientes normas:

— Ley 12.802 de 30 de noviembre de 1960, art. 115, con la redacción dada por el art. 361 de la Ley 13.032 de 1 de diciembre de 1961, que establece la defensa letrada obligatoria.

— Ley 14.188 de 5 de abril de 1974 art. 9. En material laboral, confiere al letrado que firme la demanda, la calidad de representante judicial de la parte trabajadora, en los términos previstos en los arts. 159 y 160 del C.P.C.

— Ley 15.284 de 14 de junio de 1982. En todas las materias —con excepción de la penal— y en cualquier etapa del pleito, confiere al abogado patrocinante la calidad de representante judicial de su patrocinado, en los términos previstos en el art. 159 del C.P.C.

— En materia penal, la figura del Defensor se regula por lo dispuesto en el Capítulo III del Título IV del C.P.P. (arts. 75 a 79).

8. *Normas sobre Procuradores*

Esencialmente se hallan en el Capítulo II del Título VI del C.O.T. (arts. 237 a 247), y que fuera modificado parcialmente por el art. 319 de la Ley 13.835 de 7 de enero de 1970.

Otras disposiciones contenidas en diversos cuerpos normativos regulan aspectos parciales como: derecho a los honorarios (artículo 2.052 del Cod. Civil; arts. 146 y 176 C.P.C.); deberes (Título VIII





del Cod. Civil; arts. 196 y 161 C.P.C.); responsabilidad (art. 196 Cod. Penal de 1934).

*Bibliografía básica.* E. J. Couture, «Curso sobre el Código de Organización de los Tribunales», Montevideo, 1936. J. Lagarmilla, «Cursillo sobre el Código de Organización de los Tribunales», Montevideo, 1963. E. Tarigo, «Estudios sobre el Código de Organización de los Tribunales», Montevideo, 1972. E. Véscovi, «Derecho Procesal Civil», T. II, Montevideo, 1974. «Curso de Derecho Procesal», I. U. de D. P., Montevideo, 1974. E. Colombo y L. Torello, «Régimen actual de la Jurisdicción y Competencia», 3.ª ed., Montevideo, 1982. J. Teitelbaum, «La Ley 15.284 sobre representación de los abogados», R.U.D.P., N.° 1, Montevideo, 1982. J. Teitelbaum, «Legitimación, capacidad y postulación», en «Nuevo Proceso Laboral Uruguayo», Montevideo, 1974. E. Varela Méndez, «El Defensor», en «Curso de Derecho Procesal Penal. Ley 15.032», I. U. de D. P., Montevideo, 1981.

B) *Jurisdicción Militar*

Su alcance está establecido en el art. 14 del Acto Institucional N.° 12 en los siguientes términos: «La jurisdicción militar comprende la potestad que tienen los órganos judiciales militares de conocer, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en los delitos militares establecidos en la ley».

La organización de la justicia militar está contenida en el Código Penal de Organización de los Tribunales Militares y de Procedimiento Militar de 28 de enero de 1943.

III. — LEGISLACIÓN REGULADORA DEL PROCESO CIVIL

1. *Evolución desde la época de la Independencia*

Desde los primeros años de nuestra Independencia, una de las preocupaciones fundamentales fue la de mejorar la prestación del servicio de la justicia.

En 1826, se transfirieron las funciones jurisdiccionales que ejercían las autoridades de la época española, a los Jueces Letrados de Primera Instancia y a un Tribunal de Apelaciones, creándose, a la vez, el cargo de defensor de pobres y menores que debía ser desempeñado por letrado.

En 1827, se organiza la Justicia de Paz, estableciéndose que en método verbal actuarían como árbitros y conciliadores; se dispone que el Tribunal de Apelaciones se compondría de 3 miembros, y en



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

el asiento de cada Juzgado existiría una cárcel vigilada por el Alcalde y el Juez.

En 1829, por obra de la Asamblea Constituyente, se dicta un «Reglamento Orgánico de la Administración de Justicia», que distribuye el trabajo entre los magistrados y establece el procedimiento a seguir.

La primera Carta Constitucional —1830— establece la Suprema Corte de Justicia cuyos juicios serían públicos y sus sentencias motivadas, Tribunales de Apelaciones y Jueces Letrados en los departamentos. Preceptúa que la ley regulará el funcionamiento de la Corte (que recién fue dictada en 1907, V. Supra Capítulo II, 1., 1.4.) y el orden de los juicios. Asimismo expresa que se establecerán Jueces de Paz para la conciliación, previa a todo juicio.

El 15 de mayo de 1856 se dicta la más importante ley sobre procedimientos judiciales antes del Código, «Ley de Procedimientos». En general, regula el régimen de apelaciones y el recurso extraordinario de nulidad notoria; limita el número de instancias; organiza el juicio ejecutivo; así como una serie variada de normas sobre procedimiento, incluyendo la defensa letrada obligatoria.

2. *Texto fundamental*

Código de Procedimiento Civil de 1878 (Decreto-Ley de 17 de enero de 1878, vigente desde el 19 de abril de 1878), elaborado sobre la base del proyecto presentado por el Dr. Joaquín Requena.

La fuente de nuestro C.P.C. es la legislación española y, a través de ella, el proceso romano canónico. Las fuentes inmediatas son varias, entre las que merecen destacarse: Código de Bolivia («Código de Procederes de Santa Cruz» de 1833); la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1855; el Código de Procedimiento de la Provincia de Entre Ríos; y el Proyecto de Ley para la Provincia de Buenos Aires de José Domínguez de 1867.

El C.P.C. de 1878 se encuentra aún en vigencia, aunque ha sido modificado parcialmente por diversas leyes:

— Ley 9.594 de 12 de septiembre de 1936, «Ley de Abreviación de los Juicios», que presenta tres Capítulos fundamentales: la reforma del régimen de notificaciones —especialmente introduciendo la notificación por nota—; del de los incidentes —suprimiendo y limitando éstos—; y los plazos para dictar sentencia, bajo pena de nulidad absoluta, con pérdida automática de la competencia del Juez.

— Ley 13.355 de 17 de agosto de 1965. «Segunda Ley de Abreviación de los Juicios», que introduce modificaciones en la gran



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez



mayoría de los Capítulos del C.P.C. pero sin alterar la estructura y articulado del mismo.

— Ley 14.861 de 8 de enero de 1979. Modifica las normas en cuanto al recurso de apelación contra sentencias definitivas e interlocutorias y el trámite a seguir ante el juez a quo.

Regula asimismo la segunda instancia, introduciendo los institutos de la discordia parcial y la decisión anticipada.

Suprime la tercera instancia, y el recurso extraordinario de nulidad notoria, y establece la casación en materia civil.

— Ley 14.951 de 9 de noviembre de 1979. Establece un monto mínimo habilitante para la interposición del recurso de casación.

— Ley 14.978 de 14 de diciembre de 1979. Autoriza a los jueces —de oficio o a petición de parte— a imponer sanciones pecuniarias conminativas, tendentes a que las partes cumplan sus sentencias: Astreintes.

— Múltiples Acordadas o Resoluciones dictadas por la Suprema Corte de Justicia, referentes a la actuación judicial, y que constituyen normas obligatorias para los sujetos que intervienen en el proceso. A vía de ejemplo pueden citarse: la fijación de turnos judiciales, forma de practicarse las notificaciones, régimen de funcionamiento y control interno de las oficinas.

*Bibliografía básica.* «Código de Procedimiento Civil», anotado por el Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, Montevideo, 1976. R. Gallinal, «Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil», Montevideo, 1916/28. R. Gallinal, «Manual de Derecho Procesal», Montevideo, 1925. R. Moretti, «Estudios de Derecho Procesal», Montevideo, 1966. E. J. Couture, «Fundamentos de Derecho Procesal Civil», Buenos Aires, 1958. E. J. Couture, «Curso sobre la Ley de Abreviación de los Juicios», Montevideo, 1939. J. Arlas, J. C. Espínola, A. Gelsi Bidart, E. Véscovi, R. Valdez Costa, «Cursillo sobre la Ley de Abreviación de los Juicios», Montevideo, 1965. E. Véscovi, «Derecho Procesal Civil», Montevideo, 1974, «Curso de Derecho Procesal», I. U. de D. P., Montevideo, 1974. E. Tarigo, «Apelación, Segunda Instancia y Casación», Montevideo, 1979. A. Gelsi Bidart, «Primera Lectura de la Ley de Segunda Instancia y Casación Civil», Montevideo, 1979. E. Véscovi, «La Casación Civil», Montevideo, 1979. E. Tarigo, «Monto mínimo habilitante para interponer el recurso de casación», R.U.D.P., N.° 1, Montevideo, 1980. J. Peirano Facio y A. Gelsi Bidart, «Las Astreintes», Cuadernos de Anales del Foro, N.° 2, Montevideo, 1981, J. Arlas, «Incorporación de las Astreintes al derecho positivo uruguayo», R.U.D.P., N.° 2, Montevideo, 1979.

### 3. *La regulación de procesos especiales*

La legislación procesal civil uruguaya se aumenta con una serie de procesos especiales, cuya ordenación jurídica se encuentra por los diversos cuerpos legales de carácter sustantivo (Código Civil y Código de Comercio, preferentemente) y en definitiva en leyes especiales.

Señalaremos aquí, aquellos procesos regulados en leyes especiales, y que poseen una mayor significación:

#### 3.1. *En materia de derecho de cosas*

A. — Proceso sobre propiedad industrial, regulado por la Ley de 12 de diciembre de 1941 sobre «patentes de invención» y de 4 de octubre de 1940 sobre «marcas de comercio y agricultura».

B. — Proceso de propiedad literaria y artística. Ley 9.739 de 17 de diciembre de 1937.

C. — Proceso sobre derecho de prenda (sin desplazamiento). La Ley 5.649 de 21 de marzo de 1918 sobre prenda agraria o industrial, modificada por la Ley 12.367 de 8 de enero de 1957 (arts. 22/29) sobre vehículos automotores, máquinas y aparatos.

D. — Proceso sobre promesa de enajenación de inmuebles a plazo. Regulado esencialmente por la Ley 8.733 de 17 de junio de 1931, modificada en aspectos parciales por diversas leyes posteriores. En la actualidad, su campo de aplicación se extiende a la promesa de compra-venta de propiedad horizontal, de establecimiento comercial y de derecho común.

E. — Proceso expropiatorio. Ley de 28 de marzo de 1912, con modificaciones parciales, la principal por Ley de 15 de octubre de 1942 que permite la toma de posesión urgente. También artículos de la Constitución: 32, 231 y 232.

F. — Proceso de propiedad horizontal. Regulan este proceso: Ley 10.751 de 25 de junio de 1946; Ley 14.261 de 3 de septiembre de 1974; y Ley 14.560 de 19 de agosto de 1976.

#### 3.2. *En materia de derecho de obligaciones*

A. — Proceso sobre arrendamientos rurales, regulado por la Ley 14.384 de 16 de junio de 1975.

La Ley 14.951 de 9 de noviembre de 1979, establece la inadmisibilidad del recurso de casación contra sentencias dictadas por los Tribunales de Apelaciones en lo Civil en materia de arrendamientos rurales.





B. — Proceso sobre Arrendamientos y Desalojos Urbanos y Suburbanos. La Ley fundamental es la 14.219 de 11 de julio de 1974, que mantiene la estructura del procedimiento pese a las sucesivas modificaciones a que ha sido sujeta.

C. — Procesos ejecutivos especiales. El proceso ejecutivo cambiario se regula por la Ley 14.701 de 12 de septiembre de 1977, y el tributario o fiscal por los arts. 91 y 92 del Código Tributario (Ley 14.306 de 29 de noviembre de 1974).

#### 3.3. *En materia de derecho de familia*

A. — Proceso de Divorcio. La Ley 14.766 de 16 de abril de 1978 introduce algunas modificaciones al procedimiento previsto por el Código Civil.

B. — Proceso de legitimación adoptiva. (Infra Capítulo VII, «Otros procesos especiales», «Legislación reguladora de los procesos de menores».

C) Proceso de disolución y liquidación de la sociedad conyugal. El art. 6 de la Ley 10.783 de 18 de septiembre de 1946 introduce importantes modificaciones al previsto en el Código Civil.

#### 3.4. *En materia de derecho de Concordatos y Quiebras*

Además de la legislación relativa a concordatos y quiebras prevista en el Código de Comercio (arts. 1.572 a 1.781), se han dictado Leyes especiales sobre concordatos: Ley 5.548 de 29 de diciembre de 1916; Ley 7.334 de 23 de diciembre de 1920; y Ley 8.045 de 11 de diciembre de 1926.

En materia de liquidación de sociedades anónimas y Bancos, los procesos los regulan la Ley 2.230 de 2 de agosto de 1893 y la Ley especial sobre Bancos 9.756 de 10 de enero de 1938.

## IV. — LEGISLACIÓN REGULADORA DEL PROCESO PENAL

### 1. *Evolución*

El primer Código de la República en materia de proceso penal luego de la Independencia, fue el Código de Instrucción Criminal de 1879 (Decreto-Ley de 31 de diciembre de 1878, en vigencia desde el 1 de mayo de 1879), proyectado por el Dr. Laudelino Vázquez. Reconoce como fuentes principales la «Ley de Enjuiciamiento Criminal Española» de 1872 y el Código de Instrucción Criminal Francés de 1808.

Numerosas leyes le introdujeron reformas sustanciales, aunque el C.I.C. mantuvo en general su estructura.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

2. *Texto Fundamental*

Actualmente rige el Código del Proceso Penal (Ley 15.032 de 7 de julio de 1980, en vigencia desde el 1 de enero de 1981).

3. *Caracteres generales del proceso penal uruguayo*

Nuestro Código estructura el proceso penal sobre la base de un sistema mixto. Es decir, en la primera etapa o del sumario, el proceso es inquisitivo con las características de no contradicción, reserva, intervención inmediata y preeminente del juez, y con existencia de prisión preventiva atenuada con la posibilidad de concederse libertad provisional. Por el contrario, en la segunda etapa o del plenario, el proceso es acusatorio, comportando ello contradicción, bilateralidad, igualdad y publicidad.

Los principios imperantes en el proceso penal son: oficialidad (con excepción de los delitos perseguibles a instancia del ofendido); inevitabilidad, en el sentido de necesidad del debido proceso para satisfacer la pretensión punitiva del Estado; indisponibilidad (salvo los casos de remisión expresamente previstos en la ley); y, de la verdad material, confiriéndosele al juez amplias facultades probatorias y de apreciación, con obligación de fundar racionalmente su convicción.

En otra índole de consideraciones, nuestro proceso penal es fundamentalmente escrito —con expresas y limitadas excepciones—, consagrándose en el nuevo Código el «Proceso por Audiencias en materia de Delitos y Faltas» (Título VIII del Libro II).

En materia de delitos, se trata de un proceso mixto con notoria prevalencia de la forma oral, sumario, limitado, optativo y contingente.

En materia de faltas, es un proceso propiamente oral, con acentuado carácter sumario, necesario, preceptivo, y en única instancia.

4. *Otras normas de importancia en materia de proceso penal*

— Ley 14.068 de 10 de julio de 1972. Regula la conexión de jurisdicción ordinaria y militar; establece los delitos que son perseguibles a instancia del ofendido; y dispone el procedimiento a seguir en materia de delitos de imprenta.

— Ley 14.734 de 28 de noviembre de 1977. Establece que la gracia que extingue el delito y opera el sobreseimiento de la causa, será otorgada por el Presidente de la República.

— Ley 14.996 de 26 de marzo de 1980, art. 10. Dispone la adopción de medidas cautelares en procesos por delitos contra el deporte.





*Bibliografía básica.* «Código del Proceso Penal», anotado por J. Arlas, Montevideo, 1981. J. Arlas, «Derecho Procesal Penal», Montevideo, 1979. «Curso de Derecho Procesal Penal. Ley 15.032», I.U. de D.P., Montevideo, 1981. J. Arlas y J. Teitelbaum, «Estudios sobre la Ley de Seguridad del Estado y el Orden Interno», Montevideo, 1972.

V. — LEGISLACIÓN REGULADORA DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE ANULACIÓN

Se regula en el Capítulo VIII del Acto Institucional N.° 12, y provisoriamente mientras no se promulgue la Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, son aplicables los arts. 307 a 321 y Disposición Transitoria y Especial letra «J» de la Constitución de 1967, la cual en su numeral segundo establece el procedimiento de los juicios ordinarios de menor cuantía para el trámite (Abreviado).

El Acto Institucional N.° 9 de 23 de octubre de 1979 en el art. 29 establece un contencioso de anulación especial para los actos administrativos emanados de las personas públicas no estatales de la Seguridad Social; confiriéndole a un órgano de la Justicia Ordinaria (Tribunal de Apelaciones en lo Civil) competencia en materia de anulación administrativa.

*Bibliografía básica.* E. Sayagués Laso, «El Tribunal de lo Contencioso Administrativo», Montevideo, 1952. E. Sayagués Laso, «Tratado de Derecho Administrativo», T. II, Montevideo, 1953. H. Giorgi, «El Contencioso Administrativo de Anulación», Montevideo, 1958. A. Landoni, «El proceso contencioso administrativo de anulación», Montevideo, 1977. «Acción de nulidad de las personas públicas no estatales de la Seguridad Social en el Acto Institucional N.° 9 de 23-X-1979, R.U.D.E.A., N.° 2, Montevideo, 1979.

VI. — LEGISLACIÓN REGULADORA DEL PROCESO LABORAL

1. *Conciliación*

El art. 10 de la Ley 14.188 de 5 de abril de 1974 establece la innecesariedad de tentar la conciliación ante la Justicia de Paz e impone la obligatoriedad de cumplir con tal requisito en forma previa a la iniciación del proceso laboral ante órganos de naturaleza administrativa integrantes de la Administración Central («Centro de Asistencia y Asesoramiento Jurídico en Materia Laboral» y «Agencias Zonales del Interior», dependientes del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social).



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

La Ley 14.911 de 23 de julio de 1979, instrumenta los medios para impeler la concurrencia de las partes que fueron citadas a las audiencias señaladas como consecuencia de conflictos laborales.

2. *Primera Instancia*

Ley 14.188 de 5 de abril de 1974, que caracteriza al proceso laboral por un reforzamiento y revitalización de la conciliación; abreviación del trámite mediante acortamiento de plazos a muchos de los cuales les confiere naturaleza de perentorios y/o improrrogables y concentración de los actos procesales; otorgamiento al Juez de amplias facultades probatorias, quedando investido a tales efectos de las potestades inquisitivas previstas en el orden procesal penal; inapelabilidad de las sentencias interlocutorias; abreviación de los plazos para dictar sentencia, cuyo vencimiento determina el impedimento del Juez para seguir conociendo en la causa debiendo pasar los autos de oficio a quien deba subrogarlo, aparejando esa omisión además, consecuencias perjudiciales ante la posibilidad de eventuales ascensos.

La Ley 14.848 de 27 de noviembre de 1978 introduce dos agregados a la Ley 14.188. Por el primero, se dispone las consecuencias desfavorables que tiene para las partes la no concurrencia a la audiencia de conciliación que es fijada luego de la contestación de la demanda. Por el segundo, se dice que cuando el Juez no ejerza las potestades inquisitivas acordadas por la Ley 14.188, estará obligado a exponer en la sentencia definitiva las razones por las cuales consideró innecesario su uso.

3. *Segunda Instancia*

El procedimiento a seguir en segunda instancia ante el Tribunal de Apelaciones del Trabajo, está contenido en la Ley 14.491 de 23 de diciembre de 1975, cuyos aspectos a destacar son: consagración del instituto de «estudio en el acuerdo» o «decisión anticipada»; mantenimiento del informe «in voce»; regulación del diligenciamiento de prueba admisible en segunda instancia; acortamiento de los plazos de estudio y dictado de la sentencia, cuyo vencimiento determina consecuencias similares a las ya referidas para la primera instancia; e introduce la llamada «discordia parcial».

4. *Casación*

Ley 14.861 de 8 de enero de 1979, establece el recurso de casación contra sentencias definitivas e interlocutorias con fuerza de definitiva dictadas en segunda instancia por el Tribunal de Apelaciones del Trabajo.





Al igual que en materia civil, rige la limitación impuesta por la Ley 14.951 de 9 de noviembre de 1979 (Supra, Capítulo III, 2.).

*Bibliografía básica.* N. Nicoliello, «Código de Procedimiento Laboral», Montevideo, 1977. Arlas, Tarigo, Teitelbaum, Greif, Barrios de Angelis, Sarthou, Plá Rodríguez, Mantero, Abella de Artecona, Nicoliello, «Nuevo Proceso Laboral Uruguayo», Montevideo, 1974. A. Plá Rodríguez, «Curso de Derecho Laboral», T. I. Vol. 2, Montevideo, 1980. J. Greif, «El Proceso Laboral Uruguayo y sus peculiaridades», R.U.D.P., N.° 2, Montevideo, 1981. E. Tarigo, «La segunda instancia en los procesos laborales», Rev. Der. Laboral, T. XIX, N.° 101, Montevideo, 1976.

## VII. — Otros procesos especiales

1. *Legislación reguladora del proceso aduanero*

El marco legal está dado por las Leyes 13.318 de 8 de diciembre de 1964 (arts. 256 a 299) y 14.106 de 14 de marzo de 1973 (arts. 497 a 500).

*Bibliografía básica.* E. Colombo y L. Torello, «Procesos jurisdiccionales aduaneros», Montevideo, 1980. D. Barrios de Angelis y J. Marabotto, «Régimen legal del tráfico fronterizo», Montevideo, 1980. J. Marabotto, «Proceso Aduanero», en «Estudios Jurídicos en Memoria de Eduardo Albanell Mac Coll», L.J.U., 1975.

2. *Legislación reguladora del proceso de menores*

— Código del Niño (Ley de 6 de abril de 1934).

— Proceso de Legitimación Adoptiva. Leyes 10.674 de 20 de noviembre de 1945; 12.846 de 26 de diciembre de 1957; y 14.759 de 5 de enero de 1978.

— Menores Abandonados. La Ley 15.210 de 9 de noviembre de 1981 establece las normas tendentes a instrumentar el régimen de integración del menor abandonado a un núcleo familiar adecuado.

*Bibliografía básica.* «Código del Niño» anotado por F. Del Campo, Montevideo, 1964. F. Del Campo, «El Código del Niño. Algunos aspectos de la Reforma», Montevideo, 1937. S. Cestau, «Derecho de Familia y Familia», Montevideo. 1977.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

## VIII. — Legislación reguladora del proceso constitucional

Contenido en el Capítulo VII del Acto Institucional N.° 12 (artículos 15 a 18), y reglamentado por la Ley 13.747 de 10 de junio de 1969.

*Bibliografía básica.* E. Véscovi, «El proceso de declaración de inconstitucionalidad de la Ley», Rev. de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Cuaderno N.° 18, Montevideo, 1967.

## IX. — Derecho Procesal Internacional

Las disposiciones de Derecho Procesal Internacional están contenidas fundamentalmente en:

— Tratados.
— Convenios Multilaterales.
— Convenios Bilaterales.
— Apéndice del Código Civil (arts. 2.401, 2.402 y 2.403), cuyo origen es —obviamente— unilateral.

### 1. *Tratados*

— De Derecho Civil Internacional (Montevideo, 1889). Ratificado por Ley de 3 de octubre de 1892. Vigente con Bolivia, Perú y Colombia.

En el Título XIV, «De la Jurisdicción» (arts. 56 a 67), establece reglas de competencia internacional.

— De Derecho Procesal Internacional (Montevideo, 1889). Ratificado por Ley de 3 de octubre de 1892. Vigente con Bolivia, Perú y Colombia.

Contiene reglas relativas a la forma del procedimiento; prueba; legalizaciones; cumplimiento de exhortos, sentencias y fallos arbitrales.

— De Derecho Civil Internacional (Montevideo, 1940). Ratificado por Decreto-Ley 10.272 de 12 de noviembre de 1942. Vigente con Argentina y Paraguay.

En el Título XIV, «De la Jurisdicción» (arts. 56 a 64), establece reglas de competencia internacional.

— De Derecho Procesal Internacional (Montevideo, 1940). Ratificado por Decreto-Ley 10.272 de 12 de noviembre de 1942. Vigente con Argentina y Paraguay.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez



Contiene normas en cuanto a la forma del procedimiento; prueba; legalizaciones; cumplimiento de exhortos, sentencias y fallos arbitrales; embargos y tercerías.

### 2. *Convenios Multilaterales*

Elaborados en el marco de la O.E.A. y su Comité Jurídico Interamericano.

#### 2.A. C.I.D.I.P. I Panamá 1975.

— Convención Interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias. Uruguay depositó instrumento de ratificación el 25 de abril de 1977.

— Convención Interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero. Uruguay depositó instrumento de ratificación el 25 de abril de 1977.

#### 2.B. C.I.D.I.P. II Montevideo 1979.

— Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros. Ratificada por Ley 14.953 de 12 de noviembre de 1979.

— Convención Interamericana sobre prueba e información acerca del derecho extranjero. Ratificada por Ley 14.953 de 12 de noviembre de 1979.

— Convención Interamericana sobre cumplimiento de medidas cautelares. Ratificada por Ley 14.953 de 12 de noviembre de 1979.

— Convención Interamericana sobre normas generales de Derecho Internacional Privado. (Contiene normas que interesan al derecho procesal como la aplicación del derecho extranjero por el juez de la causa, y el derecho aplicable a las cuestiones previas o incidentales). Ratificada por Ley 14.953 de 12 de noviembre de 1979.

— Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias. Ratificado por Ley 14.953 de 12 de noviembre de 1979.

### 3. *Convenios Bilaterales*

— *Uruguay-Bolivia.*

Convenio ampliatorio del Tratado de Derecho Procesal de Montevideo. Ratificado por Ley 6.189 de 16 de julio de 1918.

— *Uruguay-Brasil.*

— Acuerdo para la ejecución de cartas rogatorias. Celebrado el 14 de febrero de 1879. Por Ley de 21 de mayo de 1879 se manda observar como leyes las disposiciones de carácter legislativo dictadas desde el 10 de marzo de 1836 al 14 de febrero de 1879.

— Protocolo sobre cartas rogatorias. Celebrado el 12 de diciembre de 1906. Canje de instrumentos el 28 de octubre de 1911.
Modifica el art. IV del anterior.

— *Uruguay-España.*

Notas relativas a la supresión de legalizaciones en las comisiones rogatorias. Datadas en Montevideo el 13 de abril y el 3 y 6 de mayo de 1901. Aprobadas por Ley de 10 de junio de 1901.

— *Uruguay-Francia.*

Convención sobre asistencia judicial gratuita. Celebrada el 23 de marzo de 1885. Canje de instrumentos en París el 13 de junio de 1888.

— *Uruguay-Argentina.*

— Igualdad de trato procesal y exhortos. Ratificado por Ley 15.110 de 17 de marzo de 1981. Canje de instrumentos el 12 de mayo de 1981.

— Aplicación e información del derecho extranjero. Ratificado por Ley 15.109 de 17 de marzo de 1981. Canje de instrumentos el 12 de mayo de 1981.

— Intercambio de información de antecedentes penales. Suscrito el 17 de julio de 1980, aprobado por el Poder Legislativo, produciéndose el respectivo canje de instrumentos el 21 de septiembre de 1980.

— Protección Internacional de Menores. Ratificado por Ley 15.218 de 20 de noviembre de 1981.

— *Uruguay-Chile.*

— Información de antecedentes penales. Ratificado por Ley 15.249 de 26 de marzo de 1982.

— Restitución Internacional de Menores. Ratificado por Ley 15.250 de 26 de marzo de 1982.

— Igualdad de trato procesal y exhortos. Ratificado por Ley 15251 de 26 de marzo de 1982.





*Bibliografía básica.* «Tratados de Montevideo 1889-1940, Convenciones de Panamá y convenciones de Montevideo 1979», notas y concordancias de M. A. Vieira, Montevideo, 1979. M. A. Vieira, «La cooperación judicial internacional entre el Uruguay y la Argentina», R.U.D.P., N.º 1, Montevideo, 1981. E. Tellechea, «Derecho Internacional Privado y Derecho Procesal Internacional», Montevideo, 1982.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

# CONCLUSIONES DEL TERCER CONGRESO DE LA ASOCIACION PROFESIONAL DE LA MAGISTRATURA

*La Asociación Profesional de la Magistratura ha celebrado, los días 10 a 13 de febrero, su Tercer Congreso Extraordinario bajo el tema general de «Justicia eficaz». Con tal motivo se reunieron en Madrid, en los locales de la Escuela Judicial, ciento cincuenta jueces y magistrados, que representaban a toda la magistratura española, para examinar, discutir y votar las diversas ponencias que se sometieron a debate.*

*Dada la amplitud de los temas a discutir se procedió a distribuir las ponencias en seis comisiones, procediéndose primero a la discusión y votación en estas comisiones y después en el pleno. Las comisiones constituidas fueron las siguientes: I) Justicia y Constitución; II) Justicia y Comunidades Autónomas; III) Procesos eficaces; IV) Estatuto profesional del juez; V) Asociacionismo y VI) Consideraciones generales para una justicia eficaz.*

*El mismo temario del Congreso de la Asociación, en la que se integra profesionalmente la mayoría de la magistratura española, resalta la preocupación de nuestros jueces y magistrados por la grave situación en que se encuentra nuestra Justicia y muestra su anhelo de contribuir a la superación de esa situación, para poder cumplir el mandato constitucional de ofrecer a los españoles tutela jurisdiccional eficaz.*

*La mejor manera de poner de manifiesto el pensamiento y los deseos de nuestra magistratura, consiste en publicar las conclusiones de dicho Congreso. La dirección de la Revista agradece al Comité Ejecutivo de la Asociación Profesional de la Magistratura la autorización concedida y ofrece a sus lectores las conclusiones íntegras.*

## COMISIÓN I

## JUSTICIA Y CONSTITUCION

### 1.ª Ponencia

### *Control constitucional de los Organos Judiciales*

1. — A partir del valor normativo de la Constitución la práctica judicial debe asegurar el predominio absoluto de la misma, tutelando los derechos fundamentales de los ciudadanos por aplicación, directa o indirecta, de los precep-



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

tos constitucionales que los proclaman; y dentro de su actuación en el proceso, sobre todo en el proceso penal, velar especialmente por la garantía de los derechos referidos a la protección jurisdiccional, al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de Letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismas y a la presunción de inocencia.

2. — Cuando estos derechos fundamentales sean vulnerados por un órgano del poder judicial, entonces se da el presupuesto que legitima, a través del recurso de amparo, la actuación del Tribunal Constitucional, en la tarea de restaurar el orden constitucional conculcado, como supremo garante de la Constitución y sometido únicamente al imperio de la misma; lo que no menoscaba en forma alguna la independencia del poder judicial, también garantizada constitucionalmente, cuya exclusiva competencia para conocer y decidir el conflicto objeto del proceso, en el que la violación se produjo, queda incólume.

La Ponencia es consciente de la delicada tarea de delimitar las funciones atribuidas al Tribunal Constitucional, singularmente al decidir recursos de amparo y cuestiones de inconstitucionalidad, respecto a la potestad jurisdiccional propia de los jueces y tribunales integrantes del Poder Judicial, configurada constitucionalmente por las notas de independencia y exclusividad. Se sugiere, a este fin, que sería deseable un esfuerzo de clarificación de esta ardua cuestión de límites en evitación de eventuales conflictos.

Asimismo parece conveniente, en este orden de cosas, destacar que la utilización abusiva o indiscriminada del recurso de amparo constitucional para los litigantes lleva consigo el riesgo de desvirtuar la esencial función de guardian supremo de la Constitución que al Tribunal Constitucional asigna ésta y su Ley Orgánica, así como la posibilidad de que padezca el principio de seguridad jurídica, constitucionalmente garantizado (artículo 9.3, C.E.), en tanto que la definición y tutela primigenia de los derechos —la «iuris dictio»— es competencia o función exclusiva de jueces y tribunales.

3. — El principio técnico-jurídico del libre convencimiento del Juez penal, no puede mantenerse nunca a costa del derecho fundamental a la presunción de inocencia del acusado; la cual debe prevalecer hasta tanto se pruebe la culpabilidad a medio de pruebas practicadas en el juicio con las garantías de publicidad, igualdad, contradicción, oralidad e inmediación; constituyendo la extensión de la motivación de la sentencia, constitucionalmente obligada, a los criterios de razón empleados en la valoración de las pruebas, no sólo un sometimiento al control democrático y una rendición de cuentas a la sociedad sobre la validez y corrección de los medios empleados, sino también la única forma de mostrar el respeto a las garantías con que se ha llevado a cabo el juicio de culpabilidad.

## 2.ª Ponencia

### *Poder Judicial. Exigencias Constitucionales para su reforma*

1. — El Poder Judicial encuentra su legitimación en la Constitución —en cuanto norma fundamental y fundamentadora de todo el ordenamiento jurídico y de todos los Poderes— y en la medida en que la actuación de sus órganos se encamina a la vigorización de los valores de libertad e igualdad, de



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez



remoción de obstáculos y facilitación de la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social y a la enérgica defensa de los derechos y libertades fundamentales.

2. — Esa legitimación constitucional demanda la reforma de la constitución, funcionamiento y gobierno de los órganos jurisdiccionales, profundizando en la vigencia de los principios establecidos en el Título VI de la Constitución:

a) Garantizando la independencia de los Jueces y Tribunales enervando los efectos de las deficiencias derivadas de la escasa dotación económica, demarcación inadecuada o arcaica instrumentación procesal, haciendo efectiva la dependencia funcional de la llamada Policía Judicial.

b) No merma aquella independencia el reconocimiento del derecho de crítica de las resoluciones judiciales.

c) Si vulnera el principio de unidad jurisdiccional la actual competencia de la Jurisdicción Militar.

d) Deben arbitrarse fórmulas que permitan la representación de los Jueces y Magistrados del territorio en la Sala de Gobierno, a través de procedimientos electivos; los Jueces Decanos deberán ser elegidos por las Juntas de Jueces, que han de ser únicas sin distinción de funciones jurisdiccionales.

e) La proliferación de fueros especiales es contraria a los principios inspiradores de la Constitución.

3. — Exigencias de legitimación constitucional aconsejan finalmente la nueva regulación de los instrumentos procesales dando real vigencia a los principios establecidos en el Título VI de la Constitución y al derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva que garantiza el artículo 24 de aquélla:

a) La acentuación de los principios de publicidad y oralidad, garantizando la posibilidad y la exigibilidad de la inmediación del Juez en la actividad jurisdiccional y el acceso de los medios de información a los actos públicos, sin perjuicio de las facultades del Tribunal en casos especiales. Como consecuencia de ello se buscará la mayor concentración de las fases procesales, evitando superfluas dilaciones.

b) El control de las resoluciones jurisdiccionales exige que éstas sean siempre fundadas, no sólo en derecho, sino también en sus conclusiones de hecho.

c) En el ámbito penal la efectividad de la tutela jurisdiccional exige: la separación de las funciones de instrucción y enjuiciamiento; la eliminación de cautelas excesivas para el ejercicio de la acción popular; la regulación, suficientemente garantizadora de la asistencia al detenido y del procedimiento de habeas corpus.

d) En general: la eliminación de rigorismos formales, especialmente en materia de postulación, en la que se debe eliminar la exigencia de poder notarial. Debe admitirse la posibilidad de amplias facultades de su sanción de oficio.

Finalmente, como ha advertido el Tribunal Constitucional, ha de regularse lo concerniente a emplazamientos, citaciones y notificaciones de suerte de que se garantice, en lo posible, el efectivo conocimiento de las resoluciones judiciales por los afectados.

## 3.ª Ponencia

### *¿Qué eficacia y para qué justicia?*

1. — Sin hacer ninguna opción concreta, es preciso realizar una profunda reconsideración de los bienes jurídicos merecedores de protección penal y de su jerarquía relativa a la luz de la Constitución. Consistiendo la sanción penal en una privación de derechos que son fundamentales de la persona, es evidente que su aplicación sólo puede tener lugar cuando ello resulte impuesto por la relevancia constitucional de los bienes de cuya protección se trate.

2. — Ya dentro del ámbito propiamente penal, debe atenderse a la tutela de determinados intereses de primario carácter social que en la legislación actual no están suficientemente protegidos.

3. — Urge proceder a la descriminalización y conversión de determinadas conductas en el ilícito administrativo, mientras deberán transferirse al ámbito penal otras que, no obstante su grave incidencia social, caen actualmente bajo la potestad sancionadora de la Administración.

4. — Deberá ponerse inmediato remedio a aquellos problemas de la actual administración de justicia que tienen más directamente que ver con su miseria material. Simultáneamente habrá de afrontarse la reforma del procedimiento, atendiendo a aspectos como:

a) Fortalecimiento de la gestión directa del juez durante todo el proceso.
b) Disponibilidad real de la policía judicial.
c) Ampliación de la incidencia del principio acusatorio.
d) Recuperación para el plenario de su carácter de verdadero juicio y con ello de la oralidad y contradicción como condiciones esenciales.
e) Modificación de la regulación actual de la prisión preventiva, que sólo podrá imponerse por tiempo limitado, previa valoración judicial del caso concreto y por razones de estricto carácter procesal.
f) Dar efectividad a la asistencia letrada al detenido a lo largo de todo el procedimiento y desde la detención policial.
g) Hacer igualmente efectiva la gratuidad de la justicia, sin que ello repercuta en la calidad de la defensa.

5. — No menos urgente parece la apertura a la opinión pública de cauces realmente practicables en el interior de la institucionalidad judicial. El conocimiento racional y fundado de sus posibilidades y de sus límites, así como de las complejas raíces sociales de los fenómenos desviados, es el camino mejor para generar en el hombre de la calle actitudes críticamente comprensivas que desplacen la actual propensión a hacer de aquéllas simples cuestiones del orden público y tratarlas sólo punitivamente.

6. — Probada hasta la saciedad la terrible realidad y no las posibilidades humanizadoras de la cárcel, se impone limitar su aplicación a lo indispensable, modificando absolutamente su situación y potenciando la puesta en práctica de fórmulas alternativas y modalidades atenuadas de internamiento, todo ello sin merma del carácter ejemplarizador de la pena y la protección que la sociedad exige, para lo que es preciso hacer un esfuerzo de imaginación para encontrar fórmulas de reproche eficaz de conductas punibles.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez



## 4.ª Ponencia

### *Desarrollo legal del artículo 125 de la Constitución sobre el Jurado*

Consideramos el Jurado como una institución democrática de participación del pueblo en la Administración de Justicia que precisa del desenvolvimiento legislativo, teniendo por reproducidas las conclusiones que sobre este tema estableció el precedente Congreso de la Asociación.

## 5.ª Ponencia

### *Participación popular en la Administración de Justicia*

Admisión de la acción popular en aquellos procesos en los que se ventilen intereses generales superiores, con supresión de las trabas legales, en particular la fianza del artículo 280 de la L. E. Criminal, cuando se trate de delitos contra la salud pública, malversación de caudales públicos, evasión de capitales, delitos económicos de gran entidad, etc. Se postula la admisión de la acción popular en el ámbito de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa cuando se trate de procesos en que se protejan intereses difusos o colectivos así como la acción vecinal en materias que afecten al Régimen Local.

## 6.ª Ponencia

### *Información y Justicia*

1. — Proposición al Comité Ejecutivo de la Asociación de la consideración y consiguiente adopción del acuerdo pertinente a fin de que se inste al Consejo General del Poder Judicial la iniciativa sobre modificaciones legislativas que posibiliten la difusión de comunicados de prensa por los órganos jurisdiccionales superiores de los territorios, para el adecuado conocimiento público de las actuaciones judiciales.

2. — Se considera necesario recordar el más estricto cumplimiento del fin estatutario de la Asociación tendente a la defensa de la función jurisdiccional de los Jueces.

## COMISIÓN II

## JUSTICIA Y COMUNIDADES AUTONOMAS

1. — Se estima que la futura Ley Orgánica del Poder Judicial en cuanto a la reglamentación de la Organización Judicial no tiene limitado su ámbito por lo dispuesto en los Estatutos de Autonomía.

2. — Se estima que los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas son órganos del Poder Judicial del Estado como cualquier otro Tribunal Jurisdiccional.

3. — Las Audiencias Territoriales, cuando tengan la misma sede que los Tribunales Superiores, deben mantenerse integradas en éstos sin perjuicio de la

asunción por el Presidente de los Tribunales Superiores de las facultades gubernativas que antes correspondían a los de aquéllas.

4. — Competencias:

a) De las Audiencias Territoriales Integradas.

1. Civil: Mantienen su competencia actual sin perjuicio de que las especiales circunstancias que concurran en alguna Audiencia Provincial aconsejen atribuir a estas determinadas competencias civiles.
2. Penal: Deben mantener su actual competencia.
3. Contencioso-administrativo.
   - 3.1. Se estima que las instancias procesales tanto en pleitos provocados por actos y disposiciones de la Administración Central en el territorio autónomo, como por actos y disposiciones de la Administración Autónoma, se agotan ante los Tribunales radicados en el territorio de la Comunidad.
   - 3.2. Que para lograr la unificación jurisprudencial se establezca un cauce de acceso al Tribunal Supremo para aquellas cuestiones emanadas de actos y disposiciones de la Administración Central o Autonómica que apliquen normas generales del Estado y un cauce ante el Tribunal Superior de la Comunidad para los procesos emanados de actos administrativos de los Organos de la Comunidad en aplicación de normas específicas de la misma, sin perjuicio, en cualquier caso, de la procedencia de los recursos extraordinarios de revisión y en interés de la Ley.
4. Sala de lo Social: Competencia de instancia única en los asuntos de trascendencia colectiva. Por vía de ejemplo conflictos colectivos, convenios colectivos, elecciones, derechos sindicales, etc., sin perjuicio de litigios individuales de especial trascendencia.

b) De los Tribunales Superiores.

1. Sala de Recursos Civil: Agota la vía jurisdiccional exclusivamente en la legislación especial de cada Comunidad Autónoma.
2. Sala de Recursos Penal: Conoce de las causas de los aforados según los Estatutos de Autonomía.
3. Sala de Recursos Contencioso-administrativo: Conoce de Recursos de Apelación contra las resoluciones dictadas por las Salas de igual materia de la Audiencia Territorial en Primera Instancia, que afecten a Organismos de la Administración Autonómica, excepto cuando ésta aplique normas administrativas generales.
4. Salas de Recurso de lo Social: Partiendo de un recurso único ante el Tribunal Supremo para las resoluciones dictadas en Instancia Unica tanto por los Tribunales Unipersonales como Colegiados se admite una excepción por razón de la materia y de la cuantía que dará lugar a un Recurso Extraordinario ante las Salas de Recurso de los Tribunales Superiores.
5. Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores.
   - 5.1. Composición: El Presidente del Tribunal Superior, un Magistrado por cada Sala y un Juez por cada categoría de los del Territorio.
   - 5.2. Competencia: Además de las que les correspondan por integragración de las Audiencias Territoriales se estima conveniente que el Consejo General del Poder Judicial delegue en ellas todas aquellas funciones que conduzcan a una mayor efectividad y rapidez del funcionamiento de la Justicia.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez



## COMISIÓN III

## PROCESOS EFICACES

*Subcomisión 1.ª*

### GENERALIDADES

1. — El proceso eficaz requiere remedios urgentes contra el retraso judicial, tras examinar racionalmente sus causas, en tanto que dicho retraso será el denominador común de cuanto se diga en orden a la excesiva paralización de los procedimientos, antes y después de las sentencias o resoluciones definitivas susceptibles de ejecución.

2. — Dentro del concepto de los procesos eficaces hay que defender la plena aplicación del art. 24.2 de la Constitución española que establece, como esencial, un proceso público sin dilaciones indebidas, esto es, una justicia obtenida dentro de razonables términos temporales, necesario presupuesto para obtener una tutela efectiva.

3. — La paralización judicial viene propiciada, fundamentalmente, por una serie de causas diversas no simpre derivadas de las vetustas leyes procesales, siendo preciso subsanarla, primero, una apropiada demarcación judicial con aumento de órganos jurisdiccionales; segundo, la regulación de rápidos y ágiles procedimientos que contemplarán con reducción de los términos judiciales la eficaz agilización de las relaciones con las partes e intervinientes en el proceso, así como el auxilio judicial; tercero, un aumento necesario en las plantillas de personal a todos los niveles, junto a una eficaz formación de la misma; y cuarta, la agilización del funcionamiento de los órganos judiciales y de sus oficinas, contemplando las posibilidades de delegación en miembros del propio órgano y en el Secretario.

4. — Es inexcusable que los Jueces y Magistrados respeten y cumplan cuanto la Ley exija en orden al principio de la inmediación y a la recepción de pruebas, evitando corruptelas que lo desvirtúen. La Asociación reclama de los poderes públicos la debida atención a la Administración de Justicia, y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para hacer factible que los procesos sean ágiles, auténticos y eficaces.

5. — Para evitar tales inconvenientes y abundando en los remedios antes expuestos, se necesita, primero, una racional división de funciones dentro de una drástica reducción del trabajo a distribuir, como consecuencia de la nueva demarcación y de la creación de los suficientes órganos judiciales antes apuntada; segundo, máxima observancia del principio de inmediación legal en cuanto se refiere al Juez, lo que no ha obstaculizar la intervención directa del Secretario; tercero, nuevos medios técnicos y materiales para hacer el proceso más asequible al público; y cuarto, la mejor instrumentalización del proceso demanda la posibilidad de llegar a un trámite abreviado que ponga fin al proceso sin necesidad de redacción de la sentencia en supuestos especiales de conformidad de las partes.

### PROCESOS PENALES

6. — En los procesos de faltas y procedimientos por delitos menos graves no debe existir un recurso de apelación sino un recurso extraordinario con el contenido del de casación penal, con un acta del juicio oral que debe ser completada con los medios de reproducción existentes en la vida social.

7. — Debe suprimirse en los procedimientos penales de la competencia de los Jueces de Instrucción, toda medida que implique decisión sobre una presunta culpabilidad, debiendo darse traslado directamente a la parte acusadora, la que pedirá, en su caso, la acomodación del procedimiento y formulará la acusación, todo ello con la finalidad de evitar la situación de prejuzgamiento, sin perjuicio de las decisiones relativas a la situación personal.

8. — Debe eliminarse la exigencia de las fianzas para el ejercicio de la acción popular.

9. — Ha de postularse igualmente la derogación de las disposiciones legales que amparan fueros especiales personales.

10. — La defensa y asistencia de Letrado al detenido, acusado o procesado, es un derecho fundamental y por tanto irrenunciable, pues sólo así tendrá efectividad el derecho reconocido por los artículos 17-3 y 24-2 de la Constitución, siendo precisa una urgente regulación del procedimiento de «habeas corpus» para evitar posibles detenciones ilegales, llamándose la atención, de otro lado, sobre la posible inconstitucionalidad de las incomunicaciones decretadas por la Policía, la obligada permanencia en prisión en virtud del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el auto de libertad, y el carácter vinculante de la petición Fiscal en cuanto al cierre de medios de comunicaciones.

## PROCESOS CIVILES

11. — Siendo el fin de proceso procurar justicia, han de evitar deformaciones procesales que impidan el normal logro de tal finalidad y produzcan situaciones de desequilibrio práctico.

12. — Reducción del número de procedimientos, debiendo cualquier innovación legislativa remitirse a alguno de los ya existentes.

13. — Supresión del acto de conciliación e instauración de una audiencia preliminar intraprocesal para concretar las pretensiones de las partes y subsanar posibles defectos formales.

14. — Incremento del impulso procesal por el órgano judicial, de forma tal que el juez controle y dirija efectivamente el proceso en todas sus fases.

15. — Sustitución de la confesión judicial por un contrainterrogatorio directo de las partes.

16. — Extensión del beneficio de justicia gratuita a sus justos términos.

17. — Facilitación de la intervención en el proceso de terceros interesados en él.

18. — Establecimiento de medios de comunicación directa entre los órganos judiciales.

19. — Coordinación en materia de costas entre un adecuado sistema de vencimiento y el arbitrio judicial con posibilidad de establecer límites cuantitativos en atención a la cuantía real del proceso.

20. — Instauración de un razonable sistema de ejecución anticipada.

21. — El procedimiento será predominantemente oral.

## PROCEDIMIENTOS CONTENCIOSOS-ADMINISTRATIVOS

22. — Facilitar el acceso a la jurisdicción eliminando en la mayor medida la exclusión de ciertos actos administrativos de su revisión jurisdiccional.

23. — Extensión de la legitimación por el simple interés en la impugnación de las disposiciones generales.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez



24. — Regular los requisitos mínimos de la comparecencia en estos procedimientos en aquellos supuestos en que el litigante pueda hacerlo por sí mismo.

25. — Reducción de las posibilidades de apelación de asuntos de escasa trascendencia o en casos especiales, como el proceso de urgencia de la Ley 62-78, cortando la proliferación de instancias.

26. — Agilización y aumento de las posibilidades de despacho de cada órgano, reduciendo el número de Magistrados necesarios para fallar, posibilitando la delegación de diligencias de trámite e incluso fallo en asuntos determinados, en el presidente o en el Ponente, y la tramitación por el Secretario; permitiendo asimismo el funcionamiento por tiempo determinado de órganos de apoyo en circunstancias especiales, en sustitución de los nombramientos eventuales o en comisión.

27. — Articular la competencia y los recursos de modo simple, en única y doble instancia y atribuyendo a los Jueces de Partido algunas competencias en relación con ciertos actos concretos de la Administración Municipal.

28. — Incrementar en lo necesario las plantillas, previo conocimiento real del volumen de asuntos y su distribución.

29. — La ejecución de las sentencias, al menos una vez convertidas en su equivalente económico, debe ser posible por mandato judicial con efecto directo en las partidas que obligatoriamente deberán consignarse en los presupuestos.

30. — En otros aspectos otorgar poderes al órgano jurisdiccional para mantener o modificar situaciones de hecho, o efectos a sus decisiones para la inscripción en registros públicos, o incluso encomendar a los interesados actividades materiales de ejecución sustitutivas de las de otros particulares condenados, etc.

## PROCESOS LABORALES

31. — Respecto de la dificultad que representa la localización de los bienes del ejecutado debería lograrse el acceso a la declaración de bienes de los contribuyentes a la Hacienda Pública.

32. — En la enajenación de bienes inmuebles podría disponerse la celebración de una única subasta con dos licitaciones potenciando al máximo los medios de publicidad.

33. — En la vía de apremio sobre bienes muebles, y para evitar la duplicidad de subastas en procedimiento civiles y laborales e incluso penales, en que unos órganos ignoren los trámites del otro, sería aconsejable el establecimiento, en los Decanatos de los Juzgados y Magistraturas de las principales capitales, de un fichero o registro de apremio.

Finalmente el Congreso quiere hacer constar que abriga la esperanza de que los Poderes Públicos adoptarán, en breve, las medidas necesarias para resolver los problemas, tradicionalmente olvidados, de la Administración de Justicia, aprovechando, en este sentido, la oportunidad que brinda la próxima Ley de Presupuestos, pues en otro caso, y precisamente por sentido de la responsabilidad, la Asociación se vería obligada a utilizar todos los cauces legales a su alcance.

*Subcomisión 2.ª*

## A) INSTRUMENTALIZACION DE LOS ORGANOS JUDICIALES EN EL PODER EJECUTIVO EN MATERIAS EXTRAJUDICIALES

1.º — Las disposiciones anteriores a la promulgación de la Constitución relativas a la efectividad por los órganos judiciales de las multas acordadas en expedientes administrativos sancionadores, han perdido su vigencia en virtud de la disposición derogatoria tercera de la Constitución, por lo que los órganos judiciales no están obligados a tramitar la vía de apremio judicial para el cobro de las multas aludidas.

2.º — Las autorizaciones judiciales de entrada en los domicilios de los ciudanos deudores a la Administración, instadas por ésta para proceder al embargo de bienes, no han de concederse en forma automática sino en función de que se aprecie su necesidad, lo que, a su vez, presupone la facultad del Juez de recabar la información previa suficiente para evitar la indefensión del apremiado y garantizar las posibilidades de oposición. Por otra parte, la intervención judicial en las subastas administrativas previstas en el Reglamento General de recaudación, se estima que constituyen una función extrajudicial.

3.º — Las Juntas de Detasas son órganos administrativos, y como tales no pueden ejercer funciones jurisdiccionales, ni interesar de los Juzgados la ejecución por éstos de las resoluciones dictadas por aquéllas. Las atribuciones jurisdiccionales que les vienen asignadas por la normativa anterior a la Constitución están en abierta contradicción con el art. 117.3 de la Constitución, que confiere el ejercicio de la potestad jurisdiccional, exclusivamente, a los Juzgados y Tribunales, y por ello las peticiones de las Juntas de Detasas a los Juzgados de distrito, interesando la ejecución de las resoluciones dictadas por aquéllas, no pueden ser atendidas.

4.º — Para cubrir el vacío normativo que se deriva de la inconstitucionalidad de las disposiciones anteriores a la entrada en vigor de la Constitución, se estima necesaria una modificación legislativa urgente de las materias estudiadas en esta Ponencia, a fin de adecuarlas a los principios y preceptos del texto constitucional.

## B) FALTAS PENALES E INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS

1.º — El número de faltas debe quedar limitado a las conductas más graves y reveladoras de una peligrosidad en el sujeto, excluyéndose aquellas otras que no afecten al campo penal.

2.º — Con arreglo a lo dispuesto en el art. 25.2 de la Constitución no parece aconsejable la punición de las faltas con penas privativas de libertad, habida cuenta de la finalidad de reeducación y reinserción social.

3.º — Las infracciones administrativas estarán sujetas, en cuanto a su sanción se refiere, a los principios de legalidad, tipicidad, prescripción y presunción de inocencia.

## C) INTERVENCIONES JUDICIAL EN LA EJECUCION DE LAS SENTENCIAS DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

1.º — En la actualidad, y por mandato constitucional —art. 117.3 y 118 de la Constitución—, la Administración ha perdido la competencia que le otorgaba





el art. 103 de la Ley reguladora de la jurisdicción de 27 de diciembre de 195 , respecto a la ejecución de la Sentencia dictada por la Jurisdicción contencioso-administrativa.

2.º — Se impone exigir que el art. 117.3 y 118 de la Constitución tengan su adecuado desarrollo en las futuras Leyes Orgánicas del Poder Judicial y de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

## D) GRATUIDAD DE LA JUSTICIA

1.º — El mandato de los artículos 24.1 y 119 de la Constitución comporta la adopción de nuevos criterios para la regulación de los efectos crematísticos del proceso.

2.º — La gratuidad de la Justicia que estimamos es inalcanzable a medio y corto plazo, conlleva de inmediato la supresión de las tasas judiciales y que en modo alguno las oficinas de Juzgados y Tribunales deban suplir el incumplimiento de la regulación de los actos jurídicos documentados; y que progresivamente se vaya introduciendo la gratuidad de aquellos procesos de un gran fondo social.

3.º — El criterio del vencimiento debe ser principio general de aplicación en los diferentes procesos, atemperado por una limitación en los honorarios —fijados por baremo— o condicionado por la cuantía, complejidad, etc., del asunto debatido.

4.º — Es imprescindible agilizar la concesión del beneficio de justicia gratuita, huyendo del actual casuismo, y otorgarse por el propio Juez que entienda del proceso en trámite inicial.

5.º — Sería interesante la experiencia de Abogados sociales que comenzaran sus trabajos de forma reducida en principio hasta comprobar los resultados de su gestión.

6.º — El proceso laboral, que ha sido un adelantado de los principios constitucionales, debe mantener la gratuidad hasta la ejecución de Sentencia y reformarse los artículos 154, 170 y 182 de la Ley de Procedimiento Laboral con el fin de que se suprima la exigencia al recurrente del previo depósito de la cantidad objeto de condena y del recargo del veinte por cien de la misma.

## E) LA PRISION PROVISIONAL Y SEGUIMIENTO Y CONTROL DE LA LIBERTAD PROVISIONAL

1.º — Cualquiera que sea el criterio legislativo que se adopte respecto a la duración máxima de la prisión provisional, se estima imprescindible que esta medida sea revisada mensualmente, previo dictamen del Centro Penitenciario donde esté recluido el interno, desterrándose la exoneración de la prisión provisional mediante la prestación de fianza como objeto último a cumplir por la legislación, sin perjuicio de su admisión en caso excepcional.

2.º — La libertad provisional debe ser un procedimiento de control de la persona que está acusada, por lo que deberá contarse con la asistencia del personal técnico especializado necesario para obtener dicho fin: de tal modo que su objeto fundamental sea la prevención del delito y constatarse fehacientemente en las piezas separadas toda su incidencia.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

## COMISIÓN IV

## ESTATUTO PROFESIONAL DEL JUEZ

Esta Ponencia ha ofrecido dificultades a la Comisión por su extensión y por el trato exhaustivo que da a cada uno de los aspectos que corresponden a su denominación, no exponiéndose en ella unas conclusiones generales lo que hace prácticamente imposible, aun atendida la calidad del trabajo, entrar en cada uno de los aspectos enunciados por la profundidad que se da en la Ponencia, limitándose por ello la Comisión a enumerar los principios fundamentales que habrán de configurar el Estatuto Profesional del Juez.

El esquema de un «Estatuto del Juez» ha de partir insoslayablemente del concepto que de la Jurisdicción nos ofrece el texto fundamental del Estado.

El ejercicio de la función Jurisdiccional está inspirada en los valores superiores de libertad, justicia, igualdad y pluralismo político.

Aspectos fundamentales que configuran el recto ejercicio de la función Jurisdiccional desde el punto de vista de su titular:

a) Independencia: Consagrada en el art. 117, n.º 1 de la Constitución. La independencia del Juez ha de alcanzar a las áreas políticas, social y económica.

b) Inamovilidad: Es consecuencia obligada de la independencia. Consagrada igualmente en la Constitución en el art. 117.2.

c) Inmunidad personal: Reconocida en los términos establecidos en la Ley.

d) Responsabilidad: Como inexcusable contrapartida surge la responsabilidad que podrá ser penal, civil y disciplinaria.

e) Incompatibilidades: Conforme a términos establecidos por Ley.

f) Apartidismo político.

Todo ello sobre la base de una exigencia de profesionalidad.

### ACCESO A LA FUNCION JUDICIAL

1.º — Se propone la unidad de sistema selectivo para el acceso a la carrera judicial.

2.º — Dicho sistema se compondrá de una oposición, en la que se acredite una formación jurídica integral, complementada con otro período formativo en la Escuela Judicial y de prácticas en los Tribunales, cuya duración no sea inferior a un año.

3.º — Las oposiciones se celebrarán anualmente y en fecha fija, convocando el número de plazas preciso para poder crear un Cuerdo de Aspirantes, con la finalidad de que el período de formación en la Escuela Judicial tenga asimismo carácter selectivo.

4.º — A tal efecto se potenciará al máximo el aspecto formativo práctico en la Escuela Judicial, completándose con el estudio de aquellas disciplinas de utilidad para un mejor ejercicio de la función judicial.

5.º — Se procurará la permanencia del esquema general de la oposición.

6.º — Se considera conveniente que la Escuela Judicial dependa solamente del Consejo General del Poder Judicial.

### ACCESO A LA JUSTICIA DE PAZ

Los Jueces de Paz serán designados por las Salas de Gobierno de las Audiencias Territoriales, de las ternas que al efecto formularán por mayoría





cualificada las Corporaciones Municipales correspondientes. Su nombramiento será temporal.

### PROBLEMATICA RELATIVA A LAS VACANTES EN LA CARRERA

1.º — *Execedencias especiales.*

a) Se suprimirá la situación de excedencia especial.

b) Se arbitrará una situación excepcional para los miembros de la Carrera Judicial que sean designados para cargos de especial relevancia relacionados con la Administración de Justicia o para funciones jurisdiccionales a las que aquellos sean llamados en su condición de tales.

c) En tales supuestos quedará vacante la plaza del designado y se procederá a cubrirla en la forma ordinaria. El miembro de la Carrera Judicial afectado por dicha situación conservadora todos sus derechos, y a su cese en la misma tendrá derecho preferente a ocupar su plaza de origen si se hallare vacante, quedando en otro caso adscrito a un órgano judicial de la misma categoría en la población de su destino anterior.

2.º — *Comisiones de Servicio.*

En principio se estima que no debieran ser concedidas y en caso de que fuere imprescindible la provisión de plazas de esta forma, para lo cual el criterio habrá de ser totalmente restrictivo, la provisión habría de hacerse por concurso público entre funcionarios judiciales. Los designados tendrán los mismos derechos económicos que en los supuestos de prórroga de jurisdicción.

3.º — *Prórrogas de Jurisdicción y Sustituciones.*

a) Deberá suprimirse la regla que impida a un miembro de la Carrera Judicial servir un puesto de inferior categoría personal.

b) La remuneración de la prórroga deberá incluir cuando menos el complemento íntegro de destino correspondiente a la plaza que se desempeñe con tal carácter, y en todo caso los gastos de desplazamiento.

c) La misma retribución económica deberá concederse en las sustituciones que lleven aparejado el desempeño simultáneo de dos cargos, incluso las motivadas por vacaciones.

d) Estos derechos se devengarán en las prórrogas o sustituciones superiores a tres días.

4.º — *Jueces especiales.*

La designación de Jueces especiales deberá ser objeto de nueva regulación tanto en lo que se refiere a la dotación de medios idóneos para desarrollar su función como tales, como en el aspecto personal en cuanto concierne a la situación del destino que el designado esté desempeñando o a su eventual sustitución, caso de relevársele de aquél temporalmente.

En cualquier supuesto se procurará la adecuada retribución complementaria.

5.º — *Limitaciones para el ascenso a Magistrado.*

Mientras dure la actual situación se reducirá a un año el plazo de tres actualmente exigido para ascender de Juez a Magistrado.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

## COMPETENCIAS Y RESPONSABILIDAD DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

1.º — Deben reforzarse las competencias del Consejo en materia presupuestaria e iniciativa legislativa; de suerte que sea él mismo quien elabore el anteproyecto de presupuesto del Poder Judicial, tanto en lo relativo a personal como a medios materiales, que éste anteproyecto sea conocido por las Cortes Generales y que el presupuesto que éstas aprueben sea administrado por el propio Consejo. Todas las iniciativas, informes y consultas de trascendencia del Consejo serán puestos en conocimiento de las Cortes Generales.

2.º — Deberá regularse la forma de exigir responsabilidad al Consejo.

## COMISIÓN V

## ASOCIACIONISMO

*Subcomisión 1.ª*

Esta comisión, por unanimidad de todos sus componentes, tras los debates consiguientes, ha llegado a los siguientes acuerdos o conclusiones:

1.º — Proclamar la necesidad de la existencia del movimiento asociativo de Jueces y Magistrados.

2.º — Tras hacer un análisis crítico del funcionamiento de la Asociación Profesional de la Magistratura, se reconoce el desencanto existente por la escasa eficiencia de la misma, habiéndose observado cómo sus principales causas, no sólo la apatía de buena parte de sus asociados, sino también las coincidencias electorales con su creación, que le han podido dar una imagen de mero instrumento electoral.

3.º — Al estudiar el tema de la unidad o pluralidad de asociaciones llegó a la conclusión de ser conveniente el mantenimiento de una sola asociación; sin embargo, consciente de la existencia de un real pluralismo en su seno, como reflejo del existente en la sociedad española, estima igualmente conveniente el reconocimiento de corrientes de opinión para lograr la revitalización de la asociación y el mejor cumplimiento de sus fines.

4.º — La revitalización de la asociación exige su potenciación, tanto en el orden interno como en sus relaciones exteriores. En cuanto al orden interno se precisa urgir de los asociados el cumplimiento de sus obligaciones, procurando llevar a los puestos rectores a los hombres y mujeres más eficaces, con independencia de su opción ideológica.

5.º — En cuanto al orden externo potenciar la existencia de la asociación de cara a la sociedad y fundamentalmente en sus relaciones con los siguientes órganos de poder:

a) Con el C.G.P.J., respecto del cual es tan imprescindible una adecuada relación de colaboración, como una estricta independencia.

b) Con el Legislativo, una constante relación para que la voz de la asociación esté presente en las decisiones que afecten a la Justicia.

c) Con el Ejecutivo, tanto con el Ministerio de Justicia, como con el resto de los departamentos, para canalizar las reivindicaciones de esta Asociación como interlocutor válido.

Estas relaciones se harán extensivas a los órganos representativos y de gobierno de las Comunidades Autónomas.





6.º — Igualmente se pone de relieve la necesidad de mantener una constante relación con otras asociaciones, colectivos, colegios profesionales y con cuales quiera otras asociaciones que puedan tener incidencia en la Administración de Justicia.

7.º — La necesidad de potenciar la autonomía de las secciones territoriales.

8.º — Imprescindible relación con todos los medios de comunicación social para la más adecuada difusión de los fines y actividades asociativos e imagen pública de la Justicia, urgiendo la creación de una eficaz oficina de Prensa.

9.º — Se propone la modificación de los Estatutos de los artículos siguientes:

Art. 15. — La elección de candidatos para Vocales del Consejo General del Poder Judicial se acomodará a las siguientes reglas:

1.ª) Podrán presentar propuesta diez compromisarios. Las candidas serán completas, cerradas y bloqueadas. Ningún nombre podrá figurar en más de una candidatura.

2.ª) Serán electores todos los compromisarios. Serán inelegibles los miembros del Comité Ejecutivo de la Asociación.

3.ª) Producida la votación se practicará la distribución de puestos por cada una de las distintas categorías en la forma siguiente: Se multiplicará el número de votos obtenidos por la candidatura por el puesto a elegir en cada categoría dividiéndose entre el total de votos válidos emitidos. El resultado será el número de puestos de la correspondiente categoría que se adjudicará a esa lista. Los puestos no adjudicados lo serán al resto mayor.

4.ª) Seguidamente se producirá una nueva votación para elegir a los sustitutos con arreglo al mismo sistema.

Art. 16. — Los cargos del Comité Ejecutivo se elegirán conforme a las siguientes reglas:

1.ª) Podrán presentar candidatura diez compromisarios.

2.ª) Las listas serán completas, cerradas y bloqueadas.

3.ª) Serán electores los compromisarios.

4.ª) La distribución de puestos entre las diversas listas concurrentes se hará conforme al sistema proporcional, multiplicando el número de votos obtenidos por cada lista por nueve y dividiendo entre el total de votos emitidos.

5.ª) Los puestos residuales se adjudicarán a la lista con resto mayor.

6.ª) Será Presidente el número 1 de la lista más votada.

7.ª) Los cargos de Vicepresidente, Secretario y Tesorero serán elegidos por el propio Comité Ejecutivo en la primera sesión que celebren.

8.ª) Los miembros no natos de la Comisión Permanente se elegirán con arreglo a los criterios anteriores, con la siguiente especificación: las listas no han de ser necesariamente completas pero incluirán al menos dieciséis nombres.

9.ª) En ninguna de las candidaturas mencionadas en este artículo podrá hacerse figurar nombres en más de una lista.

Art. 20. — El Comité Ejecutivo se compondrá de nueve miembros elegidos en la forma establecida en el art. 16.

## DISPOSICION ADICIONAL

Excepcionalmente, y para este único Congreso, tendrán la condición de electores los vocales no natos de la Comisión Permanente saliente.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

*Subcomisión 2.ª*

## UNIFICACION DE MUTUALIDADES

Teniendo en cuenta el contenido del acuerdo del anterior Congreso sobre esta misma materia y la comunicación de la Junta de Gobierno de la Comisión Permanente de la Mutualidad de la Justicia Municipal, así como lo realizado, conjuntamente por los órganos directivos de las respectivas Mutualidades tendentes a recabar los medios económicos necesarios e imprescindibles para la efectividad de dicho acuerdo, el Congreso se congratula de la buena disposición observada desde el anterior Congreso en el seno de la Agrupación de Mutualidades para llegar al logro de una integración de todos los pertenecientes a la carrera Judicial, actualmente pendiente de actuaciones actuariales que posibiliten en el orden económico que, sin perjuicio alguno de presente y de futuro para los actuales mutualistas y beneficiarios, pueda llevarse a cabo, con la manifestación del deseo de que se activen al máximo los dictámenes actuariales, reuniones y demás gestiones precisas al respecto, tratando de que se logre una solución a la mayor brevedad y que sería aconsejable no excediese de tres meses.

## COMISIÓN VI

## CONSIDERACIONES GENERALES PARA UNA JUSTICIA EFICAZ

1.ª — *Demarcación judicial.*

1.º — El tema de la demarcación judicial se inserta en el más amplio de la organización territorial del Estado.

2.º — Su tratamiento debe pivotar sobre el fenómeno de las migraciones interiores originadoras o agravadoras de un desequilibrio poblacional.

3.º — La estadística judicial debe ser un dato más, ni sólo ni determinante, a tomar en consideración para la traza del mapa judicial del Estado.

La demarcación judicial debe inspirarse también en la realidad de la existencia de una España rural profundamente distinta en su traza de la España urbana.

En todo caso, la creación y conservación de juzgados u otros órganos jurisdiccionales, tendrá en cuenta los estudios del Consejo General del Poder Judicial sobre el número máximo de asuntos de que deba conocer y decidir un órgano jurisdiccional.

4.º — La demarcación judicial no debe olvidar que los Juzgados y Tribunales, como complemento de su específica potestad jurisdiccional, tienen también el mandato constitucional de ejercer las funciones que expresamente les sean atribuidas por Ley, en garantía de cualquier derecho.

2.ª — *Medios modernos de mecanización y reproducción en el proceso y aplicación y limitación de la informática dentro de la Administración de Justicia.*

Por su evidente conexión, la comisión estimó que debían tratarse y deliberarse conjuntamente ambos puntos y así se hizo, con el resultado de las siguientes conclusiones:

1.º — La Asociación Profesional de la Magistratura urge la aplicación de las técnicas informáticas a las oficinas judiciales españolas, interesando su declaración administrativa de urgencia, a efectos de la tramitación de los expedientes necesarios.

2.º — Tal aplicación debe ser encomendada al Consejo General del Poder Judicial, con implantación de un sistema único para todo el territorio nacional, teniéndose en cuenta las experiencias realizadas en los diversos órganos judiciales que ya lo vienen utilizando.

3.º — Los criterios prácticos a seguir deberán tender a las especialidades procesales de los distintos órdenes judiciales iniciándose en los órganos de instancia respectivos.

3.º — Los criterios prácticos a seguir deberán tender a las especialidades procesales de los distintos órdenes judiciales iniciándose en los órganos de instancia respectivos.

4.º — Sería conveniente una paulatina capacitación de los funcionarios judiciales en las modernas técnicas de informática y mecanización, mediante la organización de los oportunos cursillos por el Consejo General del Poder Judicial, tendiendo en su futuro a que tales enseñanzas formaran parte de los diferentes programas de ingreso a los Cuerpos de la Administración de Justicia.

5.º — Exigimos la aplicación inmediata de las técnicas químicas para la confección de las copias mecánicas de documentos procesales, así como la dotación de medios mecánicos de reproducción a todas las oficinas judiciales, principalmente fotocopiadoras y máquinas de escribir electrónicas.

6.º — Deberá tenerse en cuenta siempre que el desarrollo de la informática judicial no perjudique los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, y particularmente el derecho a la intimidad.

3.ª — *Policía Judicial.*

1.º — Todos los ciudadanos españoles y los extranjeros, mientras se encuentren en territorio nacional, están obligados a denunciar, ante las Autoridades o sus Agentes, los hechos que conozcan y que pudieran ser constitutivos de delito y a colaborar con la Policía Judicial en su investigación y esclarecimiento.

2.º — La obligación contenida en el artículo anterior será exigible especialmente a quienes ostenten autoridad, a los funcionarios del Estado, Comunidades Autónomas, la Provincia y el Municipio, y a cuantas personas ejerzan funciones de vigilancia o guardería pública o privada.

3.º — La Policía Judicial será un cuerpo especial de la Seguridad del Estado dependiente, única, exclusiva y definitivamente, tanto en lo funcional como en lo orgánico, del Poder Judicial, cualquiera que sea su sistema de ingreso y selección.

Sus funciones se desarrollarán dentro de las Leyes de Enjuiciar en todos los ámbitos de la jurisdicción ordinaria.

Deberán colaborar con la Policía Judicial los demás cuerpos de la Seguridad del Estado, los integrantes de los cuerpos de las policías autónomas y municipales y, en general, todos los agentes de la autoridad.

4.º — La coordinación de competencias y alta inspección de las unidades de Policía Judicial expresadas en el artículo anterior y referidas a su independencia funcional y orgánica, se ejercerá por el Consejo General del Poder Judicial.

4.ª — *Sistemas de acceso a los cuerpos Auxiliares de la Administración de Justicia.*

La comisión estima que el actual sistema de acceso a los cuerpos Auxiliares de la Administración de Justicia, consistente en la superación de unas oposiciones, es inadecuado y propone una fórmula corregida que se integraría por







Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

la superación de unas pruebas teóricas de acuerdo con un programa más racional que el actual, del que se eliminarán materias inútiles, como la taquigrafía (por su nula utilidad práctica y su ineficacia legal), cultura general (implícita en el título académico exigido), etc., todo ello en beneficio de otras materias más operativas, entre las que cabe destacar el conocimiento de idiomas, teoría constitucional, técnica informática, organización de oficinas, contabilidad y otras.

Superadas las pruebas teóricas, los aprobados se integrarían en un cuerpo de aspirantes e iniciarían un curso práctico, rotatorio, en cada uno de los organismos Judiciales controlado por el Tribunal, que sería informado, periódicamente, por los titulares de dichos organismos. Finalizado el mencionado período, serían sometidos a un examen práctico por dicho Tribunal ocupando los aprobados seguidamente las vacantes con arreglo a la puntuación obtenida.

Este sistema supone que la convocatoria estaría referida a cada territorio judicial y comprendería un número de vacantes compuesto por las existentes en el momento más un veinte por ciento. Los aspirantes que hubieran superado todas las pruebas y no hubieren obtenido plaza (exceso del veinte por ciento), quedarían a la expectativa de las que se produjeran, y mientras, en su condición de funcionarios en prácticas (consiguientemente remunerados como tales), cubrirían necesidades de servicio tales como creación de nuevos Juzgados, acumulación coyuntural del trabajo, redistribución de organismos judiciales, etc.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez



# IX CONGRESO MEXICANO DE DERECHO PROCESAL *

Durante los días 17 a 22 de octubre de 1982 se celebró en Mazatlán (Sinaloa) el IX Congreso Mexicano de Derecho Procesal, organizado por el Instituto correspondiente de aquel país, presidido por el Dr. Gonzalo M. Armienta Calderón.

El Instituto Mexicano de Derecho Procesal es, sin duda, uno de los más activos en Hispanoamérica, y precisamente en febrero de 1982 había procedido a la renovación de su Junta Directiva, que quedó integrada de la siguiente forma: Presidente: Dr. Gonzalo M. Armienta Calderón; Vicepresidente: Dr. Fernando Flores García; Secretario: Dr. Carlos Pérez Fonzález, y Tesorero: Lic. Jorge Antonio Cepeda.

Su IX Congreso ha demostrado la pujanza de este Instituto, a pesar de las adversas circunstancias económicas por las que atravesaba y atraviesa México. En el acto de apertura estuvieron presentes representantes del Presidente de los Estados Mexicanos y del Presidente electo, el Gobernador del Estado de Sinaloa y las autoridades locales. Hay que añadir a todo ello un gran despligue de los medios de información, especialmente de la televisión, muy bien representada.

Tres fueron los temas a debate: 1) «Los sistemas de protección al interés de los consumidores y otros intereses colectivos», ponente el Dr. Humberto Briseño Sierra; 2) «La defensa jurídica de los particulares frente a los organismos paraestatales», ponente el Dr. Hector Fix Zamudio, y 3) «El juicio de amparo», ponentes el Dr. Alfonso Noriega Cantú y el Lic. Jesús Angel Arroyo Moreno.

Al mismo tiempo se aprovechó la ocasión para la «Conmemoración de diversas leyes procesales», dos de ellas mexicanas y otras dos españolas. La conmemoración se hizo en forma de conferencia y así el Dr. Briseño habló de los «Cincuenta años del Código de Procedimientos Civiles», y el Lic. Alfonso Nava Negrete de los «Diez años del contencioso administrativo en el Distrito Federal». Los «Cien años de la Ley de Enjuiciamiento Civil española» fueron glosados por los profesores españoles Juan Montero Aroca y Carlos de Miguel y Alonso, y los «Cien años de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española» por el profesor Víctor Fairén Guillén.

La ciudad de Mazatlán, en el Pacífico, fue el marco ideal de un Congreso que aproximó, una vez más, a los procesalistas de toda la América hispana y a los de este lado del Atlántico. El próximo Congreso se celebrará en Guadalajara.

J. M. A.

* Por un error material en la composición del número anterior, no apareció en él esta información relativa al IX Congreso Mexicano de Derecho Procesal; error que ahora salvamos, aunque sea con retraso.

## CONMEMORACION DEL CENTENARIO DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL EN VALENCIA

El Colegio de Abogados y la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia han organizado un curso de conferencias con este motivo, en el que intervinieron los siguientes conferenciantes:

Día 15 de febrero: D. José Ramón Casabó Ruiz, catedrático de Derecho Penal: «Aspectos de la prisión provisional».

Día 17 de febrero: D. José Llorca Ortega, fiscal: «Entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 en el territorio de Valencia. Apuntes para la reconstrucción histórica del primer juicio oral y público celebrado en esta ciudad».

Día 22 de febrero: D. Manuel Serra Domínguez, catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Barcelona: «Participación popular en la justicia penal».

Día 24 de febrero: D. Juan Montero Aroca, catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Valencia: «El principio de oralidad y su práctica en la vigent Leey de Enjuiciamiento Criminal».

El acto de clausura, celebrado el día 24, estuvo presidido por D. Federico-Carlos Sáinz de Robles Rodríguez, presidente del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Supremo.

## MESAS REDONDAS SOBRE «LA REFORMA DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA» EN BARCELONA

Los Ilustres Colegios de Abogados y de Procuradores de Barcelona y la Universidad Autónoma de la misma ciudad organizaron dos mesas redondas. El día 28 de febrero se habló de «La situación de la justicia penal», por Juan Córdoba Roda, José Flors Maties, Luis M. Mundet Sugrañes, Juan Piqué Vidal, Manuel Sáez Parga y Manuel Serra Domínguez. El día 2 de marzo de «La situación de la justicia civil» por José Almagro Nosete, Antonio M. de Anzizu Furest, Jesús E. Corbal Fernández, José R. Ferrándiz Gabriel y Juan Montero Aroca.

Antes de iniciarse la segunda mesa redonda se procedió por el prof. Ramos Méndez a la presentación del libro «Para un proceso civil eficaz», del que se da cuenta en la bibliografía de este mismo número.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez