

JUSTICIA

84

1984, 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

	<u>Pág.</u>
Editorial	5
ARTICULOS	
<i>Alfonso Pérez Gordo</i> , Libertad personal y prisión provisional en la constitución, en la LECR. y en los textos legales y jurisprudenciales ...	7
<i>Walther J. Habscheid</i> , Alemania y Suiza como sede de un arbitraje internacional	39
<i>Juan Montero Aroca</i> , La unidad jurisdiccional. Su consideración como garantía de la independencia judicial	63
NOTAS	
<i>José Augusto de Vega Ruiz</i> , La presunción de inocencia hoy	95
<i>Manuel Cachón Cadenas</i> , Sustitución del embargo y alteración del orden legal de prelación de los bienes a embargar	105
<i>Antonio M. de Anzizu Furest</i> , La oficina judicial: Organización y racionalización del trabajo administrativo	121
<i>Juan Montero Aroca</i> , Memoria sobre el estado y actividades de la justicia en 1983	145
<i>Francisco Ramos Méndez</i> , Ejecución de letras de cambio extranjeras ...	151
JURISPRUDENCIA	
Procesal penal, por <i>Víctor A. Moreno Catena</i>	154
Procesal laboral, por <i>Juan-Luis Gómez Colomer</i>	175
Procesal administrativa, por <i>Julio García Casas</i>	189
LEGISLACION	
Reseña legislativa procesal (VI-1983 a II-1984)	203
AUDIENCIA PUBLICA	
II parte de la Recusación de magistrados por amistad con uno de los letrados	211
BIBLIOGRAFIA	
Recensiones	219
INFORMACION	
Necrología de <i>Alfonso Pérez Gordo</i>	239
<i>Juan-Luis Gómez Colomer</i> , La ley alemana de 13 de agosto de 1980 sobre ayuda para las costas procesales	241
V Congreso colombiano de derecho procesal	253

JUSTICIA 84

NUMERO I

Director:

JUAN MONTERO AROCA

Consejo de Redacción:

JOSÉ ALMAGRO NOSETÉ

VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ

JOSÉ VICENTE GIMENO SENDRA

FAUSTINO GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ

«JUSTICIA 84» 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 Monteró Aroca,
Facultad de Derecho, Paseo Blasco Ibáñez, 24, Valencia (10), España.



1984

LIBRERIA BOSCH · Ronda Universidad, 11 · BARCELONA

CONSEJO DE REDACCIÓN
JUAN MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ
FRANCISCO RAMOS MÍNDEZ
MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ
FRANCISCO RAMOS MÍNDEZ
JOSÉ VICENTE GARCÍA SERRA
FRANCISCO RAMOS MÍNDEZ
FRANCISCO RAMOS MÍNDEZ
FRANCISCO RAMOS MÍNDEZ

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

EDITORIAL

SOBRE EL LLAMADO ANTEPROYECTO DE L. O. P. J.

Después de una serie de incidentes, que si Arniches viviera podría utilizar para uno de sus sainetes, nos hemos hecho con un ejemplar del Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial. Se trata de una fotocopia en la que aparece un número escrito con gruesos caracteres en el centro de todas las páginas. No decimos cuál es ese número porque el «periodista» tiene, al parecer, derecho a guardar secreto sobre sus fuentes de información.

Hemos leído el Anteproyecto casi con la misma sensación de acto furtivo con que, en el «antiguo régimen», leíamos los libros prohibidos que se vendían clandestinamente en las trastiendas de las librerías. Reconocemos que una lectura en esas condiciones tiene cierto encanto nostálgico, pero, como tantas veces entonces, el contenido nos ha desilusionado. Conforme pasábamos las páginas la decepción se iba acumulando en nuestro ánimo, y al llegar al final hemos comprendido el porqué del intento del Ministerio de mantenerlo secreto. Hasta él debe ser consciente de que se trata de «algo» no presentable, ni siquiera atribuyéndole la condición de borrador.

No pretendemos ahora destacar defectos concretos; comprenda el lector que estamos escribiendo un editorial y no una gruesa monografía. Pretendemos solamente hacer un juicio de conjunto, y desde esta perspectiva cabe afirmar que si con este Anteproyecto se pretende la reforma-mejora del Poder Judicial español, más vale que nos quedemos con la vieja Ley de 1870.

En aquella Ley se estableció, por primera vez, la base indispensable para lograr la independencia individual de los jueces y magistrados y se plasmaron unos principios con los que ha vivido nuestra Justicia (con vaivenes de uno y otro signo) hasta la fecha. En la nueva Ley debería darse un verdadero paso adelante y llegar a hacer realidad el Poder Judicial. Los redactores del Anteproyecto no lo entienden así. Es su opción y los votos le permiten imponerla, pero que conste nuestro desencanto.

LIBERTAD PERSONAL Y PRISION PROVISIONAL EN LA CONSTITUCION, EN LA LEOR. Y EN LOS TEXTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES

ALFONSO PÉREZ GORDO*

Catedrático de Derecho Procesal Universidad de Zaragoza

SUMARIO:

I. Consideraciones generales. 1. La prisión provisional, prueba de fuego para el legislador. 2. El legislador español ante la prisión provisional. 3. La prisión provisional es el «Guadiana» de nuestro ordenamiento jurídico. — **II. Líneas básicas para una regulación de la prisión provisional.** 1. Fundamentos y justificaciones para su previsión constitucional y para su desarrollo normativo. 2. La previsión de la restricción de la libertad, mediante la prisión preventiva en los ordenamientos jurídicos internacionales: A) Limitaciones de la libertad de la persona. B) Garantías para las personas privadas de su libertad, a través de la detención o prisión preventivas. 3. El reflejo del derecho a la libertad personal del imputado en las proclamações de los órganos internacionales, y, en especial, en las del Consejo de Europa. — **III. La prisión provisional en el ordenamiento jurídico español.** 1. La prisión provisional en la Constitución española de 1978. 2. La prisión provisional en el desarrollo normativo de la Constitución. — **IV. Apunte final.**

I. CONSIDERACIONES GENERALES

1. La prisión provisional, prueba de fuego para el legislador

Una de las materias que más han sensibilizado a los legisladores de todos los países ha sido la de la prisión normativa, ya que está presente, de igual modo, tanto en el ordenamiento jurídico español como en el de todos los países, a lo largo de los tiempos. Prueba de

* El 2 de enero, y en trágicas circunstancias, murió Alfonso Pérez Gordo. La dirección de la Revista rinde homenaje al amigo y el procesalista con la publicación de este artículo, el último de los suyos. Ahora sólo nos queda su obra.

lo dicho es nuestra normativa en la materia, que es rica en variantes, que, en cualquier caso, no siguen el talante, democrático o no, del régimen político español en la época de la modificación correspondiente. Por ello, algunos (1), a la hora de enjuiciar esta constante modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal —LECR— por lo que se refiere a la prisión provisional, no han dudado en calificar la situación como «involución», que, dicen, «desmerece y crea una duda racional acerca de los verdaderos fines que, al margen de lo que la ley diga, se pretenden conseguir con la prisión provisional».

Realmente, este cambio tan frecuente en la regulación sobre la materia, en todos los países (2), responde a aquel común sentir de toda la doctrina procesal que se trasluce en la proclamación de que «el tema de la libertad personal del imputado es, bajo ciertos aspectos, el banco de prueba del tipo de ordenamiento en el que se inspira el proceso penal» (3). Proclamaciones como ésta ya están de otra parte en otros testimonios doctrinales, al poner de relieve la «inmoralidad de la prisión preventiva», lo que CARRARA argumenta en el sentido de que «todos reconocen que el encarcelamiento de los imputados antes de la condena es una injusticia», y que en consecuencia «es una fuerte causa de desmoralización del pueblo», ya que, dice, «desmoraliza a los honestos», y ello tanto «por naturaleza propia» como «por la forma» (4). De ahí, el que los legisladores de todos los tiempos, conscientes de que un ordenamiento de tipo liberal debe prestar la máxima tutela a la libertad personal del imputado, o de que en uno de corte autoritario esa propia libertad personal se ve notoriamente restringida (5), vayan adecuando su normativa con el interés puesto en respetar, de un lado, la libertad personal del imputado, y, de otra, la seguridad de la propia sociedad. Por ello, es muy cierto, cual se ha dicho acertadamente, que «la ideología política que subyace a un determinado ordenamiento jurídico» «se refleja

(1) Así, véase F. MUÑOZ CONDE y V. M. MORENO CATENA en *La prisión provisional en el Derecho español*, publ. en «La reforma penal y penitenciaria», Santiago de Compostela, 1980, pp. 340 y ss., y, especialmente, para el texto, la p. 367.

(2) El último de esos cambios del que tenemos noticia en países distintos al nuestro es el de Italia, que por medio de la Ley de 12 de agosto de 1982, n. 532, da disposiciones en materia de reexamen de las resoluciones restrictivas de la libertad personal, y de resoluciones de secuestro, al tiempo que dicta medidas alternativas a la prisión provisional.

(3) Así, véase a PISAPIA en *Compendio di procedura penale*, 3.ª edición, Padua, 1982, pág. 255.

(4) CARRARA, en *Inmoralità del carcere preventivo*, publ. en «Opuscoli di diritto criminale», vol. IV, 2.ª ed., Prato, 1889, págs. 299 y ss., aunque redactado por el autor en Pisa el 27 de mayo de 1872.

(5) Así, véase también al propio CARRARA en op. cit., pp. 302 y 303.

en la prisión provisional, más que en ninguna otra institución jurídica, más incluso que en la propia pena» (6); así, es comprensible el que «este enfrentamiento entre los dos intereses, el público y el privado, el individual y el colectivo, ha sido siempre motivo de controversia en el pensamiento jurídico de los legisladores», y de ahí, el que «por ello, dentro de un auténtico Estado de Derecho, en los regímenes democráticos con las más arraigadas concepciones liberales sobre las libertades humanas, la incoercibilidad del individuo, para el proceso penal, ha sido el principio más acogido», y, «en cambio, en los gobiernos de fuerza, en los Estados autoritarios, en los Códigos de inconfundible tendencia inquisitiva, está más amenazada la libertad individual, son más precarios los derechos a la defensa, más restringidas las causales sobre excarcelación, aquí se sacrifican los intereses del individuo a su libertad, so pretexto de proteger a la sociedad golpeada por el delito» (7).

El problema, en cualquier caso, es grave y preocupante, y por ello, dejando a un lado posturas políticas que han enturbiado aun más si cabe el panorama, de una parte, hay que reconocer que repugna a cualquier conciencia el que se pueda privar de libertad a quien todavía se presume inocente, aunque se le llame procesado, imputado, encartado, etc.; y de otra, no resulta menos relevante el que si fundamental es el derecho a la libertad personal, no lo es menos el derecho a la seguridad, ya se refiera ésta al ciudadano o a la sociedad. Es, desde luego, difícil que el Estado pueda llegar a amparar al mismo tiempo y con todas las garantías, con sus leyes, unos derechos tan fundamentales como los contemplados, y de ahí la normativa tan variable como contradictoria que nos encontramos, en cualquier tiempo y en cualquier país, pese al esfuerzo de todos por conseguir una armonización coherente en la materia.

Por ello, el que todos proclamen, con rara unanimidad, la necesidad de la prisión provisional, si bien las discrepancias surgen en el momento en que se trata de concretar esa necesidad a unos límites estrechos y determinados.

2. El legislador español ante la prisión provisional

El legislador español, al igual que el de todos los países, a la hora de regular la institución que estudiamos, muestra su innegable deseo de evitar, en lo posible, la prisión provisional, lo que, a veces realizado, ha desembocado en un «incremento de la inseguridad ciudadana».

(6) En ese propio sentido, véase a PISAPIA en op. cit., p. 255.

(7) Para ese testimonio, véase a LONDOÑO JIMÉNEZ en *De la captura a la excarcelación*, Bogotá, 1974, p. 117, según la cita que recogemos de la op. cit. de MUÑOZ CONDE y MORENO CATENA, pp. 344 y 345, y nota 6.

na y en una vuelta a la situación de alarma social» (8). Por ello, no debe extrañarnos el que, en estos momentos, cuando ya ha entrado en vigor en nuestro país una nueva reforma de la LECR, por lo que respecta a sus artículos 503 y 504, recordemos aquí esa lucha de la seguridad ciudadana con la libertad personal, que siempre ha sido el argumento común que ha precedido a cualquier modificación legislativa en materia de prisión provisional. Así lo podemos comprobar incluso en los debates parlamentarios (9) que han precedido a la Ley Orgánica 7/1983 de 23 de abril (BOE núm. 99, de 26 de abril, p. 11579) y se puede comprobar tanto a nivel doctrinal (10), como a nivel popular (11). Es y ha sido la prisión provisional motivo de polémicas de todo tipo, tanto a la hora de fijar sus fines, como al determinar sus presupuestos, como al regular los demás pormenores necesarios, hasta llegar a una normativa que pueda resultar ade-

(8) Así, véase el informe del Consejo General del Poder Judicial al proyecto de Ley Orgánica de reforma de los artículos 503 y 504 de la LECR, en la parte en que se dio lectura al mismo en la sesión celebrada por la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, año 1983, II Legislatura, núm. 10, sesión del miércoles 16 de marzo de 1982, pág. 365).

(9) Véanse los distintos debates parlamentarios en «Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados» del día 16 de Marzo de 1983 (loc. cit. en nota anterior, pp. 363 a 388) y en el propio «Diario de Sesiones», Sesión Plenaria del día 22 de marzo de 1983 (año 1983, II Legislatura, núm. 21, pp. 845 a 873).

(10) Para este problema, véanse, por todos, a MUÑOZ CONDE y MORENO CATENA, op. cit., pp. 344 y ss. y a los autores que citan, tales como GÖSSEL, PETERS, HENKEL, ROXIN y LONDOÑO.

(11) A tal nivel, algún periodista, como Raúl DEL POZO, sección «Contraataque» de la revista semanal «Interviu», núm. 359, p. 42, describe expresivamente esta situación de tensión, bajo el epígrafe de «Fuera injustos barrotos», con las siguientes palabras: «Hubo, ustedes recordarán, una *síndrome Jaro* en nuestra sociedad». «Primeros años de la transición». «Miedo a salir a la calle de noche, atracos a Bancos y farmacias, tirones, desvalijamientos, hurtos, tiroteos». «Fue entonces cuando la parte aterrorizada de la sociedad pedía 'ley y orden' y cuando se extendió la calumnia de que los jueces veían entrar a los chaperos por una puerta y les dejaban salir por otra». «Este terror colectivo desembocó en la encarcelación de miles de delincuentes». Así, el propio periodista, en op. y loc. cit., tras de la descripción de lo que han sido nuestras cárceles hasta el momento presente añade: «Con la entrada al Ministerio de Justicia de Magistrados y Fiscales procedentes de Justicia Democrática, la situación cambió rápidamente». «El Pleno del Congreso de los Diputados aprobó, por fin, una nueva normativa sobre la prisión provisional». «Una Ley Orgánica —contestada por el Grupo de Fraga— reformaba los artículos 503 y 504 de la LECR que fijaba en requisitos legales precisos para decretar la prisión provisional». «Varios miles de presos preventivos, retenidos contra las normas democráticas, saldrán a la calle». «Como recordó un Diputado, el Gobierno no tiene miedo a la libertad». «El riesgo que supone soltar a miles de delincuentes es inferior al riesgo de hacinarlos en las cárceles contra toda justicia».

cuada al lugar y al momento que se contemple. De ahí los titubeos, las luchas, las contradicciones, que también han estado presentes en nuestra Patria, a lo largo de toda su historia, y se han visto reflejados en los distintos momentos en que el legislador ha sentido la tentación de regular o de modificar la normativa en materia de prisión provisional.

Buena prueba de lo que decimos es un simple recuerdo de las muchas normas que en España han regulado la prisión provisional en distintas épocas y bajo los regímenes políticos más diversos. Así, y por lo que se refiere a la institución que estudiamos, merecen recordarse, entre otras manifestaciones, la Ley provisional de Enjuiciamiento Criminal de 1872 (artículo 396), la LECR de 1882 —aún vigente—, la Real Orden de 20 de marzo de 1916, el Decreto-Ley de 17 de noviembre de 1928, el Decreto de 31 de mayo de 1931, la Ley de 10 de septiembre de 1931, el Decreto-Ley de 22 de marzo de 1957, la Ley de 2 de diciembre de 1963, la Ley de 20 de febrero de 1978 y tras de la Constitución de 1978, la Ley 16/1980 de 22 de abril, a la que ahora es necesario añadir la Ley Orgánica 7/1983 de 23 de abril.

Han sido muchos en España los intentos de los distintos regímenes políticos para respetar la libertad personal, haciendo compatible este respecto con la seguridad ciudadana. Pero, ciertamente, ninguno de esos intentos puede decirse que haya devenido eficaz. Por ello, resulta hasta contradictorio el que, en esta nueva democracia, tras del Decreto-Ley de 22 de marzo de 1957, que mantenía la anterior previsión del artículo 503 de la LECR, de que una de las circunstancias concurrentes para que se decretase la prisión provisional debía ser la de que el delito tenga señalada pena superior a la de prisión «correcional» —léase prisión menor, de seis meses y un día a seis años, conforme al artículo 27 del Código Penal—, que, pese a ello, y sobre todo debido a los numerosos indultos generales de la época (12), se produjera entre los años 1977 a 1980 un incremento considerable de la inseguridad ciudadana y se volviera a la situación de alarma social.

Lógicamente, ante ello, la dureza, tras de la Constitución de 1978, se impuso de nuevo, y de ello fue fruto la reforma de 1980, que señaló el «listón» para decretar la prisión provisional en que el delito tuviera señalada pena superior a arresto mayor, es decir, la que va de un mes y un día a seis meses. Con la aplicación de la Ley 16/1980 de 22 de abril, desde luego, disminuyó la inseguridad ciudadana y la

(12) Para una crítica a los indultos generales, véase a J. L. VÁZQUEZ SOTELO en *El 'indulto general y anticipado' establecido en el Decreto 2.940 de 25 de noviembre de 1975*, publ. en RJC, núm. 4, octubre-diciembre de 1975, p. 891 y ss.

situación de alarma social se vio paliada considerablemente, pero a cambio de ello se poblaron nuestras cárceles hasta más allá de lo humanamente soportable, trasladándose así la inseguridad y la alarma a las prisiones (13).

Ahora se nos ofrece una nueva reforma que, cual señaló el CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL en su preceptivo informe el proyecto de Ley Orgánica, «supone el restablecimiento de la redacción de los artículos 503 y 504 anterior a la Ley 16/1980, de 22 de abril» (14). Con ello, cual a continuación dice el propio informe, «se ha de reducir el número de casos en que proceda decretar la prisión provisional del inculpado, en armonía sin duda con los principios de restricción mínima del derecho a la libertad y presunción de inocencia que proclaman los artículos 17 y 24 de la Constitución, y al propio tiempo se reducirá el volumen de la población reclusa

(13) Sobre este particular, es necesario traer aquí diversos testimonios: 1.º El de un periodista, Raúl DEL POZO (op. cit., p. 42), que decía: «Este terror colectivo desembocó en la encarcelación de miles de delincuentes». «Las cárceles se llenaron de bote en bote». «Estallaron las huelgas de reclusos, los suicidios, los asesinatos, los motines». «Los establecimientos penitenciarios se convirtieron en alcátraces patéticos donde violencia y degradación tuvieron su caldo de cultivo...». «Por cada cien mil habitantes teníamos guardados sesenta y dos reclusos, la mitad de ellos arbitrariamente». «Era la jungla, siempre a punto de estallar». «No se puede vivir sin pincho», declaraban los encerrados». «Los presos se suicidaban, eran cosidos a puñaladas». «Se sucedían las huelgas de hambre». «Sobran presos, faltan funcionarios». 2.º El de un político, el Ministro de Justicia, Fernando LEDESMA BARTRET, que en la presentación al Pleno del Congreso del Dictamen de la Comisión de Justicia e Interior sobre reforma de los artículos 503 y 504 de la LECR, en un momento de su alocución dijo literalmente: «Pues bien, señorías, como consecuencia de esta regularización —se refería a la de 1980— se llegó a un estado de cosas caracterizado por las siguientes circunstancias: los establecimientos penitenciarios, de ser lugares para el cumplimiento de penas, pasaron a estar repletos de presos preventivos, que esperan indefinidamente el día del juicio...». «Pienso ustedes que, por ejemplo, en 21 de marzo de 1983, es decir, exactamente en el día de ayer, de un total de 23.008 internos, de ellos, presos preventivos eran... casi el 50 por ciento de la población penitenciaria...». «Estas circunstancias, señorías, han dado lugar a unas muy negativas consecuencias, y así, en 1977, el Instituto de Reinserción Social de Barcelona decía, «contemplando, por consiguiente, una situación menos grave que la que provocó esta Ley del año 1980, que «esa generalización y esa duración excesiva de la prisión provisional había determinado en los presos preventivos situaciones de ansiedad, desmoralización, abandono, degradación, posible habituación al internamiento, deshabitación laboral, influencia perniciosa por el contacto con otros delincuentes, descubrimiento de un mundo delictivo, del cual luego no iban a poder separarse, perturbaciones sexuales, pérdida del trabajo habitual, desconexión familiar, etc.». (Véase así en «Diario de Sesiones» del Congreso, 1983, II legislatura, núm. 21, págs. 849 y 850).

(14) Véase así en ese informe, op. cit. en nota 9, pág. 365.

que agobia nuestros establecimientos penitenciarios» (15). Ello va a ser una realidad, pero una realidad dura y tensa, puesto que, cual dice también el propio CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, «no cabe ignorar que una consecuencia de estos hechos puede ser el incremento de la inseguridad ciudadana y la vuelta de la situación de alarma social que fue característica de los años 1977 a 1980» (16).

3. La prisión provisional es el «Guadiana» de nuestro ordenamiento jurídico

Como vemos, pocas instituciones procesales han sufrido tantos y tan contradictorios cambios en nuestro ordenamiento jurídico como la de la prisión provisional. Por ello, y a causa de tantas variaciones que endurecen o ablandan, cuando no distorsionan, los diversos aspectos procesales de la institución, y aun a riesgo de ser poco académicos en nuestras expresiones, pero sí realistas, hablamos de la prisión provisional como del «Guadiana» de nuestro ordenamiento jurídico, que ahora sale a la luz, luego sigue su cauce bajo tierra, para después buscar de nuevo la superficie, para ofrecérsenos como un signo de esperanza o de desazón, según que esa alarma se adueñe de la sociedad en que conviven los hombres libres, o se traslade, en las épocas de rigor, a nuestras cárceles, haciendo de ellas establecimientos que en vez de servir para la regeneración del delincuente, se han convertido, cual dijera CARRARA, en «escuelas del mal» y en lugares de «aprendizaje de la perversión moral» (17), o sea, lo que en el «argot» del pueblo, se denomina —aunque ello sea degradante— «verdaderas universidades del delito».

Todos estos males trata de evitarlos la nueva regulación que se nos ofrece de la prisión provisional, que reforma en profundidad los artículos 503 y 504 de la LECR, pero ello ocurre por enésima vez, privando, en cualquier caso, en esta última versión, el respeto al principio de la libertad personal, con dejación de la necesaria atención al principio, igualmente fundamentalmente importante, de la seguridad. Realmente, aquella previsión doctrinal de un procesalista español de que «la Ley de Enjuiciamiento Criminal será derogada sin haber entrado en vigor» (18), se hace triste realidad. Y es que

(15) Véase así en el informe, op. y loc. cit.

(16) Véase así en el informe, op. y loc. cit.

(17) Véase así a CARRARA en *Immoraltà del carcere preventivo*, cit., p. 20.

(18) Véase así a FENECH en *El proceso penal*, 4.ª edición, Madrid, 1982, en donde, una vez más, sienta tal afirmación, citando como una prueba más de ello, la reforma de 1967 (Ley 3/1967, de 8 de abril).

realmente, la Justicia española está «enferma», y ello de un mal «que afecta a su cuerpo y a su espíritu», por cuanto «la Justicia no es un mecanismo», sino, por el contrario, es «obra de hombres, del espíritu de los hombres», y «el hombre... integra junto a otros —jamás solo— ese delicado organismo vivo que administra la justicia y forma cuerpo con otros hombres sobre los que ejercen su función» (19). Por ello, parafraseando a FENECH, es necesario buscar las causas de la enfermedad, ya que «la Justicia, como el hombre, porque es obra de un conjunto de hombres, puede sentirse enferma, o pueden sentir-la enferma» y «en España, en este momento, nos hallamos ante este doble sentimiento» (20).

Y es que realmente son vanas o ilusas cualesquiera modificaciones de la LECR, en aras del respeto de la libertad personal o de la seguridad, alrededor de cuyos principios han ido todas las variaciones de los artículos 503 y 504 de la LECR, sin tener en cuenta que ni uno ni otro principio se van a ver plasmados en la realidad, y ello no ya por la impotencia de la LECR, sino a causa de esos procedimientos que, a raíz de su promulgación en 1882, fueran incardinándose en lugar de otros que, en sí, de ser aplicados correctamente, sí que tenían la entidad necesaria para resolver los grandes problemas de nuestro proceso penal, y ello con la eficacia que se exige en nuestro tiempo, sobre todo referidos aquéllos al tema que hoy nos ocupa, el de la prisión provisional.

Así, por tanto, estamos, una vez más, ante lo que se denominó el «despiece» de nuestra LECR (21), o bien ante su «parcheo» (22), y ello unido al desorden reinante en el desarrollo normativo de nuestra Constitución, que acomete mil y un problemas, de carácter secundario, antes de enfrentarse al principal de ellos, el de la nueva organización de la Justicia española, que es, o debiera haber sido, previo a todos los demás que plantea la Constitución de 1978.

Otros aspectos relacionados con la reforma de la LECR en materia de prisión provisional nos preocupan, pero de ellos nos ocuparemos en las partes que siguen a este propio trabajo.

(19) Véase así a M. FENECH NAVARRO en *¿La Justicia española, enferma?*, publ. en «Tapia», octubre de 1982, Año II, núm. 7, apartado 2, p. 9.

(20) Véase así en FENECH, última op. cit., apartado 3, p. 9.

(21) Un pórtico de la «Revista Jurídica de Cataluña» (núm. 3 de julio-septiembre de 1966, p. 611), bajo el título *Apedazar Leyes*, criticaba muy duramente la tarea de las Cortes Españolas de la época de reformar nuestras Leyes Procesales.

(22) Para esa expresión, referida a la próxima reforma parcial del Código Penal, véase a FENECH en última op. cit., apartado 13-B, p. 16.

II. LÍNEAS BÁSICAS PARA UNA REGULACIÓN DE LA PRISIÓN PROVISIONAL

1. Fundamentos y justificaciones para su previsión constitucional y para su desarrollo normativo

Pero, como ya se ha apuntado, una de las instituciones del proceso penal que más han sensibilizado a la sociedad y a los legisladores de todos los tiempos y países ha sido la prisión provisional. Tal aseveración, en cualquier caso, es innegable que repugna a cualquier ciudadano, siquiera sea porque ha cometido unos hechos que, si bien pueden ser constitutivos de delito, sin embargo, aun no es culpable, sino, como dice nuestra Constitución en su artículo 24.2, tiene derecho «a la presunción de inocencia». Razonamientos como el expuesto han llevado a algún procesalista italiano (23) a señalar algo, que es aplicable igualmente en nuestro entorno especial, es decir, que «en un ordenamiento, como el italiano, que ha constitucionalizado el principio según el cual 'el imputado no es culpable hasta la sentencia definitiva de condena' (24), parece que no debiera haber ingresado el instituto de la *prisión preventiva*».

Es la expuesta una realidad, triste y dura, pero que no puede ignorarse, la de que todos los ordenamientos jurídicos, por progresistas que parezcan, prevean y establezcan la prisión provisional (25). Tal situación en que puede verse implicado cualquier ciudadano, que tenga la calidad jurídica de imputado o inculcado en el proceso penal, por lo que en sí supone, una restricción a un derecho tan fundamental del hombre, cual es el de su libertad personal, cuando todavía se le presume inocente, sin embargo, tiene una fundamentación sólida, tanto histórica como espacialmente, de la que se han ocupado numerosos juristas extranjeros (26) y españoles (27).

(23) Nos referimos a PISAPIA en *Compendio*, cit., pp. 255 y 256.

(24) Véase así el artículo 27, párrafo 2.º, de la Constitución italiana de 1947.

(25) Así, véase con el propio criterio a PISAPIA en última op. cit., p. 256.

(26) Entre otros muchos, merece la pena citar en Italia a CARRARA (op. cit.), a MANASSERO en *La libertà personale dell'imputato*, Milano, 1925), a CARNE-LUTTI (*Lezioni vel processo penale*, II Roma, 1947, pág. 147), a AMODIO (*La tutela della libertà personale dell'imputato nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, publ. en «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1967, pp. 864 y ss.), a M. PISANI (*Libertà personale e processo*, Padua, 1974), a G. ELONH (*Elementi di diritto e procedura penale*, 10.ª ed., Napoli, 1981, págs. 387 y ss.); a M. CHIAVARIO (*Proceso e garanzie delle persona*, 2.ª ed., Milán, 1982, pp. 241 y ss.); y a PISAPIA (op. y loc. cit.); en Alemania, a HEINZE, ZUCKER, OPPENHEIM, BOZI, HETZEL, HARTUNG, LOBE-ALSBERG, DÜRFELER (todos ellos citados por FENECH en *Derecho Procesal Penal*, II, Barcelona, 1960, p. 824), a ROXIN (*Strafverfahrensrecht*, 15.ª ed., Munich, 1979, págs. 157 y ss.), y antes a HENGEL, GÜSSEL, PETERS

Pese a que no sea éste el lugar adecuado para ello, consideramos necesario con otros, el detenernos, siquiera sea con brevedad, en la evolución de la prisión provisional, sobre todo para tratar de distinguir la finalidad que históricamente ha asumido la institución, de aquella otra que le es conceptualmente natural. Ello, lo vamos a hacer de la mano de PISAPIA (28), afirmando con él que de ello no siempre se ha dado cuenta la doctrina, que frecuentemente cree que los conceptos que maneja son producto de su propia investigación, y no, como en este caso, fruto de la evolución histórica.

Así, partiendo de la premisa de que «en un ordenamiento social sensible a las exigencias de libertad del ciudadano los vínculos de la prisión provisional no deben ser tratados con desconfianza», PISAPIA analiza la institución, según sus diversos fines, en los siguientes períodos históricos, a saber (29):

A) En el Derecho Romano, sobre todo en la época de la República, se hacía un uso muy limitado de la prisión provisional, en que siempre se la consideró un instrumento excepcional; incluso, dados los presupuestos de la misma, se podía evitar con otras medidas de garantía, tales como la fianza, de tal modo que el que estaba dispuesto a prestarla no podía, en ningún caso, ser encarcelado. Así, en

y HENKEL (citados por MUÑOZ CONDE y MORENO CATENA, op. cit., pp. 343 —nota 1— y 344 —nota 5—); y en Francia, a MARC ANCEL (*L'organisation du procès pénal en France*, publ. en Rit. DP. Pen., Suisse, 1968, págs. 148 y ss.), M. COUVRAT (*Le contrôle judiciaire*, publ. en «Détention provisoire, contrôle judiciaire et garde à vue», Rolland Poitiers, 11 y 12 de diciembre de 1970 —XII Jornadas Franco-Belgo-Luxemburgueses de Derecho Penal—, París, 1971, pp. 105 y ss.), M. LAROCQUE (*Le contrôle juridictionnel de la détention préventive*, publ. en «Détention préventive, última op. cit., págs. 155 y ss.), M. MERLE (*Le problème du contrôle juridictionnel de la garde à vue*, en «Détention préventive», cit. pp. 155 y ss.), M. PRADEL (*Une nouvelle mesure de sûreté à la disposition du juge d'instruction: Le contrôle judiciaire*, «Détention préventive», cit., págs. 165 y ss.), a M. LEGEAIS (*Rapport de synthèse*, última op. cit., p. 175 y ss.), a R. CHARLES (*Liberté et détention*, París, 1972), y a STEFANI-LEVASSEUR-BOUTOC en *Procédure pénale*, París, 1980 (11.ª edición), págs. 501 y ss.

(27) Entre otros, véanse a SOTO NIETO (*La prisión y libertad provisional vistas por un juez*, publ. en RDProc., 1955, págs. 573 y ss.), JULIO, B. J. MAIRR (*La gravedad y la repercusión social del hecho como fundamento del encarcamiento preventivo obligatorio en el proceso penal*, publ. en «Doctrina Penal», enero-marzo 1979, núm. 5, págs. 57 y ss.), SERRA DOMÍNGUEZ (*Libertad provisional*, voz en NEJS, XV, Barcelona, 1974, pp. 441 y ss.), VIVES ANTÓN y GIMENO SENDRA (*La detención*, Barcelona, 1977), GIMENO SENDRA (*La detención en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en el Anteproyecto de Reforma*, Separata publicada en RGD, Valencia, 1977) y MUÑOZ CONDE y MORENO CATENA (op. cit.).

(28) Véase así a PISAPIA en op. cit., p. 258.

(29) PISAPIA en *Compendio*, cit., pág. 258. Analizamos estos períodos de la mano del propio autor, pp. 258 y ss.

esta época, la prisión preventiva era admitida, para los hombres libres, únicamente cuando habían confesado el delito; sólo una elevada probabilidad de llegar a una condena como resultado del proceso podía legitimar una limitación de la libertad personal del acusado, sirviendo entonces de fundamento para decretar la medida cautelar la necesidad de asegurar la actuación de la pena (30).

B) De esa previsión para la prisión preventiva, con su carácter excepcional, añade el autor citado (31), se pasa en la legislación posterior, en armonía con la estructura inquisitiva del proceso que imperaba, a que se decreta como algo anexo a la citación para el juicio. Así, a la denuncia del reo, según el arresto, de modo que el inquisidor podía tenerlo en custodia a lo largo de todo el procedimiento. De este modo, el sistema originario quedó así completamente invertido; mientras que en el Derecho Romano, añade PISAPIA (32), la confesión del reo era el «prius» de la captura, en el Medievo ésta se nos presenta como la operación preliminar, y ello con el fin de someter al imputado la tortura y obtener de él la confesión. Con ello, «aquella función cautelar se sustituía por la de asegurar la persona del imputado en el proceso».

C) Pero, siguiendo igualmente a PISAPIA (33), «otra finalidad no menos importante estaba asumiendo en aquella época la prisión provisional: la afflictividad, no como consecuencia ineludible de la detención, sino como función primaria en sí misma». A juicio del procesalista al que seguimos, en este recorrido histórico, en esta nueva perspectiva, a causa del influjo penetrante de la Iglesia, el proceso penal se orienta, durante el Medievo, a funciones distintas de las que, hasta entonces, habían sido tradicionales; su función no va a ser asegurar el que el reo sea juzgado, sino que tiende a que, en cierto modo, el propio reo sea el que se juzgue a sí mismo. Por tanto, «el aislamiento preventivo del imputado viene a ser una condición necesaria para que se pueda arrepentir del delito», y así, va a surgir un «arrepentimiento que presupone una culpa», con lo que surge la ambigua figura del «imputado-reo». De este modo, añade el autor citado, «comienza a delinearse aquello que se denominó 'una especie de ecuación entre el contenido de la acusación y la custodia preventiva», «pudiendo ésta determinarse en función de aquella» (34).

(30) PISAPIA, op. cit., p. 258.

(31) PISAPIA, op. cit., pp. 258 y 259.

(32) PISAPIA, op. cit., p. 259.

(33) PISAPIA, op. y loc. cit.

(34) PISAPIA en loc. cit., p. 259, añade a lo transcrito que «con ello aquel carácter medieval de la afflictividad inmediata de la prisión preventiva, ligado a una visión religiosa del proceso, reaparece bajo el impulso de un sentimien-

D) Es evidente que así se vuelve a la «contaminatio» entre las dos figuras del imputado y del reo, que va a influenciar, concluye PISAPIA (35), algunas limitaciones de la concesión de la libertad provisional, sin que ello resulte justificado.

Ante una evolución como la expuesta para el instituto de la prisión provisional, podemos corroborar que de la misma se desprenden unas reticencias del legislador de todos los tiempos a la hora de sentar el principio de la libertad provisional para el imputado, sentando, por el contrario, la tesis básica de que ello es ya indicio de lo que quiere ser la prisión provisional en el futuro, en cuanto al fundamento de la misma en la prevención especial. De ahí, el que no pueda extrañarnos el que la generalidad de los países y de sus correspondientes ordenamientos jurídicos la prevean para asegurar la actuación práctica de la pena que, en su día, pueda ser impuesta al inculcado, pero también para asignar a la medida cautelar que estudiamos otras funciones, cuales son las de servir de ejecución anticipada de la pena o de ejemplaridad, o la de asegurar la presencia del imputado, o las de prevención general o especial.

Esas directrices, presentes en todas las motivaciones legales de la institución, sin embargo, todas ellas, han sido contestadas una a una, e, incluso, en su conjunto, desde una perspectiva exclusivamente teórica (36); pero las críticas a esa realidad decaen cuando un imputado es absuelto, y vuelven a florecer cuando el procesado desaparece y huye a la acción de la justicia, o en el momento en que la curva de la delincuencia asciende de modo alarmante o cuando el delito imputado es de los que producen la indignación del ente social, o si el inculcado, por sí, es de los que, circunstancial o habitualmente, son considerados como peligrosos.

2. La previsión de la restricción de la libertad, mediante la prisión preventiva en los ordenamientos jurídicos internacionales

Por ello, y ante lo que puede ser un atentado flagrante a uno de los valores supremos del hombre, el de su libertad personal, ha sido

totalmente instintivo e irracional, que exige que el imputado de culpa grave sea puesto de inmediato en condiciones de mortificación física y espiritual.

(35) PISAPIA en op. cit., p. 259.

(36) Para esas críticas, entre otros, véanse a ORTELLS RAMOS en *Para una sistemática de las medidas cautelares en el proceso penal* (RGLJ, mayo de 1978, pp. 439 y ss., especialmente pp. 448 y ss.); a MUÑOZ CONDE y MORENO CATENA en *La prisión provisional en el Derecho español*, cit., pp. 352 y ss.; y a J. L. GONZÁLEZ MONTES en *Las medidas cautelares personales en nuestro ordenamiento*, publ. en el volumen colectivo «El sistema de medidas cautelares», Pamplona, 1974, pp. 155 y ss., especialmente pp. 171 y ss.

precisa la intervención en este tema de organizaciones internacionales, que, ya sea a través de recomendaciones, de decisiones o de resoluciones, o a través de los preceptos de sus Convenios o Declaraciones, han tratado de concienciar a sus Estados miembros de la necesidad de que hagan suyas unas normas mínimas en materia de medidas restrictivas de la libertad del hombre, que, sin perjuicio del derecho también de todos a la seguridad y a la convivencia pacífica, no vayan más allá de aquellas previsiones fundamentales. Analicemos esas normas fundamentales que en materia de libertad personal, en general, y en particular, en orden a la prisión preventiva, en tanto en cuanto figuren incorporados al ordenamiento jurídico español.

En este sentido, esas normas fundamentales a las que nos referimos, son las que se mencionan en el artículo 10.2 de la Constitución española, que proclama que «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». De este modo, digamos ya que el Estado Español, de entre toda esa normativa internacional, aparte de la ya citada «Declaración Universal de los Derechos Humanos», adoptada y proclamada por la 183.ª Asamblea General de la ONU en 10 de diciembre de 1948, y que, como vemos, legal y constitucionalmente, está incorporada al ordenamiento jurídico español (37), ha ratificado en materia de derechos humanos y fundamentales, y especial del derecho a la libertad personal, el «Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos», hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 (38) y el «Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales», hecho en Roma

(37) Así, en este sentido, la *jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, ha tenido la oportunidad de declarar que «como ya señalábamos en la anterior sentencia núm. 62/1982 de 15 de octubre (BOE de 17 de noviembre), la Constitución se inserta en un contexto internacional en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que hay que interpretar sus normas en esta materia de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales que menciona el precepto», con la precisión de que «y añadimos ahora, no sólo las normas contenidas en la Constitución, sino todas las relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas que reconoce la norma fundamental» (Sentencia núm. 78/1982, de 20 diciembre de 1982). En el mismo sentido, véase, de entre la *jurisprudencia del Tribunal Supremo*, las Sentencias de 11 de julio de 1980 (Ar. 2950) y de 3 de julio de 1979 (Ar. 3182).

(38) Dicho Pacto con su Protocolo fue firmado por España el 23 de noviembre de 1966 y aprobado y ratificado en 1977 (BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977).

el 4 de noviembre de 1950, enmendado por los *Protocolos adicionales números 3 y 5* de 6 de mayo de 1963, y de 20 de enero de 1966, respectivamente (39).

Esa es la normativa internacional, de aplicación en España como criterio de interpretación de la Constitución y de todo ordenamiento jurídico español en materia de derechos fundamentales y de libertades públicas. A su tenor, y por lo que respecta al derecho a la libertad personal y a la prisión provisional, vamos a analizar seguidamente las previsiones que en tales instrumentos internacionales se contienen sobre el particular, si bien referidas, en concreto, a las limitaciones de la libertad de la persona, a las garantías para la prisión provisional y a la duración de ésta.

A) Limitaciones de la libertad de la persona

El derecho a la libertad de la persona, junto con los derechos a la vida y a la seguridad de la misma están proclamados ya en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 9), aparte de en otros instrumentos anteriores (40), y tras, de aquélla, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 9.º-1), así como en el Convenio Europeo (artículo 5.º-1). Pero, en cualquier caso, todos los ordenamientos jurídicos citados reconocen entre sus preceptos determinadas excepciones a tales derechos fundamentales, a modo de causas que abonan la privación de libertad, y así se citan como fundamentos lícitos de esa excepción, los de que la prisión preventiva, en nuestro caso, se decreta por causas fijadas en la Ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta (41), sin que la prisión preventiva deba ser la regla general (42); o el de que la privación de libertad se decreta, conforme al procedimiento establecido en la

(39) El Convenio y los Protocolos de enmienda fueron firmados por España el 24 de noviembre de 1977, y ratificado en 1979 (BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979).

(40) Con relación a esos instrumentos anteriores, y a los antecedentes históricos de la protección de los derechos humanos, con carácter general, nos remitimos, entre otros, a TRUYOL y SERRA en *Los Derechos Humanos*, Madrid, 1968, pp. 22 y ss., y a GARCÍA DE ENTERRÍA y otros en *El sistema europeo de los derechos humanos*, Madrid, 1979, págs. 22 y ss. Entre los procesalistas, véase a N. ALCALÁ-ZAMORA en *La protección procesal internacional de los derechos humanos*, Madrid, 1975, especialmente pp. 22 y ss.; a FAIRÉN GUILLÉN en *Los procesos medievales aragoneses y los derechos del hombre* (publ. en Revista Argentina de Derecho Procesal, abril-junio de 1969, págs. 165 y ss.), y en *Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo*, México, 1971; y a FIX ZAMUDIO en *La protección procesal de los derechos humanos (ante las jurisdicciones nacionales)*, Madrid, 1982.

(41) Así, véase el artículo 9.º-1 del Pacto y artículo 5.º-1 del Convenio Europeo.

(42) Así, véase el artículo 9.º-3 del Pacto.

Ley, en casos taxativos, como los de haber sido penada una persona legalmente en virtud de sentencia dictada por un tribunal competente (43); o el de haber desobedecido a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la Ley (44), sin que esa obligación, en ningún caso, sea de carácter contractual (45); o para hacer comparecer a la persona de que se trate ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción (46), o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción (47) o que huya después de haberla cometido (48); o cuando la detención preventiva o internamiento, conforme a derecho, de una persona se produzca para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición (49) (50).

Como vemos, el derecho a la libertad en los textos legales internacionales tiene una serie de limitaciones que son algunos de los fundamentos doctrinales que hemos visto se aducían en favor del mantenimiento en el orden jurídico de la prisión provisional, fundamentos que, cual se indicó, incluso fueron agriamente criticados por algunos juristas.

B) Garantías para las personas privadas de su libertad, a través de la detención o prisión preventivas

Todas las motivaciones y fundamentos que en los textos legales internacionales se aducen para la restricción, siquiera sea provisional, de la libertad personal, en esencia, son los mismos que sirvieron de base a los teóricos y a los juristas, en general, para fundamentar la necesidad de la prisión provisional. Pero tales limitaciones a la libertad conllevan una serie de garantías para la persona que las sufre, y que se contienen en los siguientes instrumentos:

a) *Convenio Europeo de los Derechos Humanos*, concretamente en su artículo 5.º, apartados 2 a 5, a saber:

1.º «Toda persona detenida preventivamente debe ser informada, en el plazo más breve posible y en una lengua que comprenda,

(43) Así, véase el artículo 5.º-1, b) del Convenio Europeo.

(44) Así, véase el artículo 5.º-1, b) del Convenio Europeo.

(45) Así, véase el artículo 1 en Protocolo núm. 4 al Convenio Europeo.

(46) Así, véase el artículo 5.º-1 c) —primer inciso— del Convenio Europeo.

(47) Así, véase el artículo 5.º-1, c) —segundo inciso— del Convenio Europeo.

(48) Así, véase el artículo 5.º-1, c) —tercer inciso— del Convenio Europeo.

(49) Así, véase el artículo 5.º-1, f) del Convenio Europeo.

(50) Nótese que el artículo 5.º-1, d) y e) contiene otras excepciones a la privación de libertad que, sin embargo, no interesan a los efectos de este estudio.

de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella» (artículo 5.º-2).

2.º «Toda persona detenida preventivamente o en las condiciones previstas en el párrafo 1, c), del presente artículo deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la Ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento», añadiéndose que «la puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado en juicio» (artículo 5.º-3).

3.º «Toda persona privada de su libertad mediante detención o internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal» (artículo 5.º-4).

4.º «Toda persona víctima de una detención preventiva o de un internamiento en condiciones contrarias a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación» (artículo 5.º-5).

Pero tales derechos y garantías, así como las limitaciones a la libertad de la persona, están reconocidas, además de en el Convenio Europeo, en otros textos jurídicos internacionales (51).

b) *La Declaración Universal de los Derechos Humanos*, que en su artículo 3 se limita a proclamar que «todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona», y en su artículo 9 prescribe que «nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado».

c) *El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, que tras de proclamar que reiterando lo que ya se preveía en los artículos 3 y 9 de la Declaración Universal, proclama que «nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la Ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta» (artículo 9-1), siendo tales causas las propias que hemos visto en el artículo 5.º, apartados 2 a 5, del Convenio Europeo, pero ubicadas en su artículo 9.º, apartados 2 a 5, siendo, no obstante, de interés, la precisión que

(51) Para esos textos anteriores y posteriores al Convenio Europeo de 1950, véase a TRUYOL, GARCÍA DE ENTERRÍA y otros, y a ALCALÁ-ZAMORA, cuyas obras y lugares de referencia citamos en la nota 41 de este trabajo. Asimismo es de gran interés la obra común *Les dimensions internationales des droits de l'homme*, París, 1978, siendo relator general KAREL VASAK, especialmente las pp. 763 y ss., en donde se recoge un índice de declaraciones y Convenios, con remisión a los párrafos del texto de la obra. Del propio modo, es de interés consultar a PECES-BARBA MARTÍNEZ en *Textos básicos sobre derechos humanos*, Madrid, 1973.

hace el Pacto en su artículo 9-3, segundo inciso, de que «la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general». Tales son los derechos y garantías que prevén los textos jurídicos internacionales en las materias indicadas.

3. *El reflejo del derecho a la libertad personal del imputado en las proclamaciones de los órganos internacionales y, en especial, en las del Consejo de Europa.*

Tales son las líneas básicas que los textos jurídicos internacionales prescriben en materia de prisión provisional, y así los Estados miembros de esos organismos supranacionales, al ratificar los Convenios o Pactos correspondientes, se comprometen a reconocer a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades que se definen en los mismos —artículo 2.º del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y artículo 1.º del Convenio Europeo—, y consiguientemente a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones que ratifican, las medidas oportunas para adoptar su legislación nacional a la necesaria efectividad de los derechos humanos y libertades fundamentales que se definen, en el supuesto de que no estuviesen ya garantizados y proclamados en el Derecho interno. Es así como, junto a los textos de los Pactos y Convenios internacionales, hay que contemplar como fuentes e instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (52) tanto las decisiones de los órganos judiciales internacionales, como también de otro tipo de órganos integrados en el ente internacional, y que a modo de declaraciones, convenciones o convenios, o de simples recomendaciones tratan de promocionar la protección de los derechos humanos, ya sea con carácter general, específico o sectorial.

Acordes con ello, los distintos órganos internacionales tienen, entre sus competencias, la de vigilar la efectividad de esos derechos y libertades en el ámbito de sus Estados miembros, y así, con gran frecuencia, reafirman el espíritu y la letra de los principios que proclaman. En este sentido, respecto de todos los derechos en general, y de cada uno de ellos en particular podrían citarse multitud de instrumentos de todo tipo, pero, dado el carácter de este trabajo nos hemos de constreñir exclusivamente a los que hacen referencia al derecho a la libertad y a los derechos de los detenidos, garantizados, en concreto, en el artículo 5.º de la Convención Europea de los Derechos del Hombre.

(52) Véase así, con mayor amplitud, a GARCÍA DE ENTERRÍA y otros en *El sistema*, cit., pp. 30 y ss.

A) Tal y como se nos indica en algún instrumento emanado del Consejo de Europa, al terminar el año 1980, la Comisión Europea de los Derechos del Hombre había examinado más de 8.700 demandas individuales, introducidas en aplicación del artículo 25 del Convenio Europeo; así, se nos dice que un tercio de entre todas ellas provenían de personas que estaban en prisión o privadas de su libertad en base a cualquier causa, y la mayor parte de ellas, ya sea referidas a la libertad, o a las condiciones de la detención, fueron examinadas por los órganos del Convenio, sentando una abundante jurisprudencia en la materia, procedente tanto del Tribunal como de la Comisión, instituidos en el seno del Consejo de Europa, conforme al artículo 19 del Convenio. Esa jurisprudencia y la doctrina que contiene fueron sistematizadas en un documento (53), dividido en dos partes, de las que la primera se dedica a la privación de libertad, y la segunda a las condiciones de la detención.

B) De otra parte, la actividad que respecto al problema que estudiamos, ha sentido el *Tribunal Europeo de los Derechos Humanos*, también ha sido relevante, y de este modo, de entre sus sentencias, podemos destacar las siguientes:

1.ª Sentencia de 1 de julio de 1961, dictada en el caso *LAWLES* (54), relativa a la detención gubernativa sin comparecencia ante el Juez (artículo 5.1.c del Convenio) y a situaciones de excepción (artículo 15 del Convenio).

2.ª Sentencia de 27 de junio de 1968, dictada en el caso *WEMHOFF* (55), sobre plazo «razonable» de la detención provisional (artículos 5.3 y 6.1 del Convenio).

3.ª Sentencia de 27 de junio de 1968, dictada en el caso *NEUMEISTER* (56), sobre plazo «razonable» de la prisión provisional (artículo 5.3 del Convenio).

(53) Nos referimos al *Dossiers* núm. 4 sobre los Derechos del Hombre, elaborado por el CONSEJO DE EUROPA y que con el título *Le droit à la liberté et les droits des détenus garantis par l'article 5 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, se publicó en Estrasburgo el 6 de febrero de 1981. Se preparó ese documento por la Dirección de los Derechos del Hombre del Consejo de Europa, bajo su sola responsabilidad, sin que, cual se indica (p. 1, nota 1), pueda considerarse como una interpretación auténtica del Convenio ni de las decisiones de la Comisión ni de las sentencias del Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre, con lo que no puede ser alegado tal documento como un texto de tales organismos.

(54) Véase esa sentencia, con traducción castellana de Manuel Alba, en BJC, n.º 5, septiembre de 1981, pp. 381 a 400.

(55) Véase esa sentencia, con traducción castellana de A. Jiménez Blanco, en BJC, n.º 7, noviembre de 1981, pp. 536 a 553.

(56) Véase esa sentencia, con traducción castellana de Tejera Victory, en BJC, n.º 15, julio de 1982, pp. 580 a 599.

4.ª Sentencia de 10 de noviembre de 1969, dictada en el caso *STÖGMÜLLER* (57), sobre plazo razonable de detención provisional (artículo 5.3 del Convenio).

5.ª Sentencia de 10 de noviembre de 1969, dictada en el caso *MATZNETTER* (58), sobre plazo razonable de detención preventiva (artículos 5.3 y 6.1 del Convenio).

6.ª Sentencia de 16 de julio de 1971, dictada en el caso *RINGESEN* (59), sobre derecho a «fair trial», plazo razonable de detención provisional, y duración razonable del procedimiento penal (artículos 6, párrafo 1, y 5, párrafo 3 del Convenio).

7.ª Sentencia de 6 de mayo de 1981, dictada en el caso *BUCHBOLZ* (60), sobre derecho de toda persona a que su causa sea oída en un tiempo razonable (artículo 6.1 del Convenio).

8.ª Sentencia de 5 de noviembre de 1981, dictada en el caso *X CONTRA REINO UNIDO* (61), sobre retención de enajenados mentales, información de los motivos de la detención y derecho a control judicial (artículos 5, párrafos 1, 2 y 4, y 3 del Convenio).

C) Pero, junto a las sentencias citadas del Tribunal Europeo, quizás el documento más importante emanado del Consejo de Europa sea la *Recomendación n.º R (80) 11 del Comité de Ministros de 27 de junio de 1980*, dirigida a los Estados miembros. Dicha Recomendación, tras de señalar que los criterios sentados anteriormente, en las Resoluciones 65-11 sobre la detención preventiva y 73-5 sobre reglas mínimas para el tratamiento de los detenidos, deben ser adoptadas a la evolución actual en materias de política criminal y de proceso penal, y teniendo en cuenta que es aconsejable, de un lado, reducir la aplicación de la detención provisional, por razones humanitarias y sociales, al mínimo compatible con los intereses de la justicia, y de otro, instituir a nivel europeo ciertas normas aplicables a las personas pendientes de proceso, sienta los siguientes principios (62):

(57) Véase esa sentencia, con traducción castellana de Tejera Victory, en BJC, núms. 16-17, agosto-septiembre de 1982, pp. 726 a 746.

(58) Véase esa sentencia, con traducción castellana de García-Escudero, en BJC, n.º 18, octubre de 1982, pp. 864 a 886.

(59) Véase esa sentencia, con traducción castellana de García-Escudero, en BJC, n.º 21, enero de 1983, pp. 93 a 121.

(60) Véase esa sentencia, con traducción castellana de Manuel Alba Navarro, en BJC, n.º 10, febrero de 1982, pp. 137 a 147.

(61) Véase esa sentencia, con traducción castellana de García-Escudero, en BJC, n.º 14, de junio de 1982, pp. 479 a 492.

(62) Téngase en cuenta que de la Recomendación se transcribe, con traducción del autor de este trabajo, cuanto interesa.

a) Con carácter general, en tanto se presume inocente a una persona y mientras que la prueba de su culpabilidad no sea establecida, nadie puede ser privado provisionalmente de su libertad, a menos que las circunstancias aconsejen que la detención es estrictamente necesaria. Así, la prisión provisional debe ser considerada como una medida excepcional, y jamás podrá ser obligatoria o utilizada con fines punitivos.

b) Entre los principios que la recomendación aconseja que se apliquen a las decisiones relativas a la prisión provisional, se señalan las siguientes:

1.º Todo acusado o procesado privado de su libertad deben ser conducidos sin demora a la autoridad judicial competente, para que ésta decida sin dilación acerca de su detención.

2.º La prisión provisional sólo puede decretarse respecto de los que legítimamente sean sospechosos de haber cometido un delito y haya razones serias para creer que puede encontrarse en situación de determinados peligros, tales como la fuga, la obstrucción del curso de la justicia y la posible comisión de un delito grave.

3.º Aun así, la existencia de tales peligros no puede justificar la prisión provisional, nada más que excepcionalmente en ciertos casos de delitos particularmente graves.

4.º Para decretar la prisión provisional, el Juez tendrá en cuenta las circunstancias del lugar, y en particular, según el caso, las siguientes: la naturaleza y la gravedad de la infracción; la importancia de los indicios y la fuerza de las presunciones que pesen sobre la persona; la pena que pueda imponerse en caso de condena; la personalidad, los antecedentes penales y la situación personal y social de la persona, y en particular sus vínculos sociales; y, por último, el comportamiento de la persona, sobre todo respecto de las obligaciones que le fueron impuestas en un proceso penal anterior.

5.º Conviene vigilar el desarrollo de los servicios encargados por la autoridad judicial ante las informaciones de la situación personal y social del imputado, para un mejor conocimiento de las mismas por el Juez.

6.º La prisión provisional no debe decretarse si la privación de libertad es desproporcionada con relación a la naturaleza de la infracción alegada y a la pena prevista para la misma.

7.º Toda decisión decretando la prisión debe indicar cuál es el objeto de la misma, debiendo ser especialmente motivada. En todo caso, la decisión deberá ser notificada, lo antes posible, al interesado que debe recibir una copia.

8.º Ante los casos en que deba concretarse la prisión provisional, el Juez examinará si alguna medida alternativa puede ser aplicada para sustituir a la prisión.

9.º Toda persona tiene el derecho de ser asistido de un Abogado ante el Juez cada vez que la cuestión de su prisión provisional sea examinada. Si su prisión provisional se decreta, deberá proveérsele de asistencia judicial, si sus medios económicos son insuficientes.

10.º Toda persona que sea objeto de prisión provisional deberá poder interponer un recurso contra la decisión y pedir su puesta en libertad.

11.º En el mismo caso, la persona deberá ser informada de sus derechos, sobre todo de los de ser asistido de un Abogado, de interponer un recurso, y de pedir su puesta en libertad.

12.º La duración de la prisión provisional no podrá sobrepasar los límites y objetivos fijados, debiendo ser puesto en libertad, cuando la duración de ésta sea desproporcionada, en relación con la pena que pueda serle impuesta.

13.º La prisión provisional debe ser reconsiderada en intervalos cortos de tiempo, fijados por la Ley o por el Juez, debiendo tener en cuenta cuantas variaciones hayan acaecido después de la decisión.

c) Pero, sin perjuicio de que la autoridad judicial estudie la conveniencia de evitar la prisión provisional, tendrá en cuenta, además, si son de aplicación algunas de las siguientes *medidas alternativas*:

1.º Promesa del interesado de acudir cuando sea llamado por la autoridad judicial y de no dificultar la acción y el curso de la justicia.

2.º Obligación de residir en una determinada dirección (domicilio, centro de albergue, institución especializada para jóvenes delincuentes, etc.) en las condiciones fijadas por la autoridad judicial.

3.º Prohibición de abandonar o de salir, sin autorización del Juez, de un lugar o de una zona determinada.

4.º Obligación de presentarse regularmente ante ciertas autoridades (Tribunal, policía, etc.).

5.º Retención de pasaporte o de los documentos de identidad.

6.º Entrega o prestación de una caución o de otras garantías para la persona, teniendo en consideración sus posibilidades.

7.º Control y asistencia por un órgano designado por la autoridad judicial.

Estas medidas, en su caso, deberán ser notificadas por escrito y claramente explicadas al interesado, advirtiéndole que podrá decretarse su prisión si no las respeta o las incumple.

d) Respecto de los *principios aplicables a la instrucción y al proceso*, la Recomendación sienta los siguientes:

1.º Respecto de la persona que esté en prisión provisional, la instrucción debe hacerse en el menor tiempo posible, a fin de que

así aquella pueda reducirse al mínimo. Todas las medidas que se acuerden deberán atender a este objetivo.

2.º Tanto respecto de la instrucción como del proceso, los órganos jurisdiccionales deberán dar prioridad a los asuntos en que haya una persona en prisión provisional.

3.º El período pasado en prisión provisional deberá deducirse de la duración de la pena.

4.º Se ha de establecer un procedimiento de indemnización a las personas que sean objeto de prisión provisional, y que, por consiguiente, no sean condenadas.

D) En cuanto a la duración de la prisión provisional, ya hemos visto algunos de los aspectos fundamentales sobre el particular, si bien conviene resaltar los siguientes puntos:

a) Del *Convenio Europeo*, combinando el artículo 5.1, c) con el artículo 5.3, resulta la proclamación del derecho a ser juzgado en un plazo razonable, o a ser liberado, pendiente el proceso, ya que la prisión provisional, por sí misma, es limitada en el tiempo.

b) Sobre el particular expresado en el apartado anterior, se ha de señalar que surgieron, en su día, divergencias en cuanto a la interpretación del término «razonable» a que se refiere el artículo 5.3 del Convenio, lo que se presentó concretamente en el caso WEMHOFF, del que conoció primero la Comisión Europea de los Derechos Humanos, y tras de ésta el propio Tribunal Europeo. Así, la Comisión, según nos refiere JIMÉNEZ BLANCO, «elaboró 'siete criterios' que deberían tenerse en cuenta en cada caso para decidir si se produce o no un exceso del plazo «razonable» para juzgar a una persona que está detenida preventivamente»; tras de la aplicación de esos criterios al caso contemplado, la Comisión entendió que el artículo 5.3 del Convenio había sido violado por las autoridades de la República Federal Alemana (63). Sin embargo, el *Tribunal Europeo*, en su *sentencia de 27 de junio de 1968*, dictada, como decimos, en el caso WEMHOFF, consideró que no debía hacer suyo el método de los «siete

(63) Véase así a JIMÉNEZ BLANCO en nota previa que él hace a la *sentencia del Tribunal Europeo de 27 de junio de 1968* —caso WEMHOFF—, cit., p. 536, señalando que los siete criterios de la Comisión de que se habla en el texto son los siguientes: 1.º «La duración de la detención en sí misma». 2.º «La naturaleza del delito y la pena señalada para el mismo». 3.º «Los efectos personales sobre el detenido de orden material, moral u otros». 4.º «La conducta del acusado». 5.º «Las dificultades de la instrucción del proceso». 6.º «La manera en que éste ha sido llevado por las autoridades judiciales». 7.º «La actuación de estas autoridades durante todo el procedimiento». Esos «siete criterios» figuran relacionados en la propia *Sentencia del Tribunal*, en el apartado de hechos bajo el título «Argumentos de la Comisión y del Gobierno», concretamente en el punto 2, en donde además se nos da la razón de cada uno de los criterios (pp. 542 y 543).

criterios» elaborado por la Comisión, poniendo su acento especialmente sobre los «motivos dados por las autoridades nacionales para justificar el mantenimiento de la detención», y examinando si esos motivos «son relevantes y suficientes para hacer admitir que la detención no ha sobrepasado los límites razonables» a que se refiere el artículo 5.3; ante ello, la sentencia entendió que había razones suficientes (peligro de huida y ocultamiento de pruebas, complejidad de la instrucción, etc.) que justificaban la situación del interesado en detención provisional antes de celebrarse el juicio (64).

En relación con el propio problema, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos se definió en su *sentencia de 27 de junio de 1968* —caso NEUMBEISTER—, y rechaza la interpretación de que el precepto —artículo 5.3 del Convenio— concede a las autoridades judiciales la opción de iniciar el juicio en un plazo razonable o conceder la libertad provisional, aunque sea mediante la prestación de garantías», y así, «se debe considerar el carácter razonable de la duración de la detención hasta el comienzo del juicio en función de la situación de detención en la que se encuentre el acusado», por lo que «hasta que recaiga sentencia condenatoria, el acusado debe ser considerado inocente y la finalidad del precepto que se analiza es fundamentalmente que se conceda la libertad provisional desde que la continuación de la detención deja de ser razonable» (65). Por ello, a juicio del Tribunal Europeo, «para apreciar si, en un determinado caso, la detención de un acusado no sobrepasa el límite razonable, corresponde a las autoridades judiciales nacionales investigar todas las circunstancias que, por su naturaleza, lleven a admitir o rechazar que existe una verdadera exigencia de interés público que justifique la derogación de la regla del respeto a la libertad individual» (66). De otra parte, añade la sentencia que «la finalidad de la garantía que prevé dicho precepto —artículo 5.3 del Convenio— es asegurar la

(64) Corresponde el texto a la nota previa de JIMÉNEZ BLANCO, op. cit., p. 536, debiendo nosotros añadir que la sentencia, en sus fundamentos de derecho, concretamente en los señalados de puntos 11 y 12, somete a examen el método de los siete criterios de la Comisión, para decidir que «el Tribunal no cree deba hacer suyo este método», inclinándose por el de que «el Tribunal debe apreciar si los motivos dados por las autoridades nacionales para justificar el mantenimiento de la detención son pertinentes y suficientes para admitir que la detención no ha superado los límites de lo razonable y que, por tanto, no ha contravenido el artículo 5.3 del Convenio» (pp. 546 y 547). Nótese que la sentencia tuvo dos votos particulares concordantes de los Jueces TEBJE WOLD (pp. 548 y 549) y A. FAVRE (p. 550), y un voto particular disidente, el del juez M. ZEJKA (pp. 551 a 553).

(65) Véase así en la sentencia citada, traducción de Tejera Victory, en loc. cit., fundamento de derecho núm. 4, p. 595.

(66) Véase así en esa sentencia, loc. cit., fundamento de derecho núm. 5, p. 595.

comparecencia del acusado en el juicio y no la reparación del perjuicio causado»; «por ello, su cuantía debe considerarse principalmente en relación al interesado, a sus medios de vida, a sus lazos con quienes puedan aflanzarle y, en resumen, a la confianza que se tenga en que la perspectiva de pérdida o ejecución de la garantía, en el supuesto de no comparecer en el juicio, será freno bastante para eliminar cualquier idea de fuga» (67).

E) Como vemos, ésta y otra jurisprudencia que no es del caso citar, se encuentra resumida en la ya citada Recomendación 11 (80), de la que conviene en este caso poner de relieve el que se ha de establecer un procedimiento de indemnización de las personas que sean objeto de prisión provisional y que, al fin, no sean condenadas. Así se expresa la Recomendación, la que, de otro lado, no es más que recoger el derecho a la reparación que se prevé en el Convenio Europeo, concretamente en el artículo 5.5 poniéndolo en relación con el artículo 50.

III. LA PRISIÓN PROVISIONAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Efectivamente, aquellas proclamaciones de teóricos y científicos primero, y de los organismos internacionales después, han encontrado fiel reflejo en el ámbito legislativo español, y especialmente en la Constitución española de 1978, por lo que se refiere a las limitaciones de la libertad de las personas y de la seguridad; ello, sin embargo, ha supuesto desarrollos tan contradictorios como los que se reflejan en las modificaciones hasta ahora habidas, después de la promulgación del texto fundamental, en cuanto al contenido de los artículos 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

1. La prisión provisional en la Constitución española de 1978

La Constitución española de 1978, recoge en su artículo 17, e incluso literalmente, las proclamaciones y principios que, respecto a la prisión provisional, ya hemos expuesto anteriormente, pero ello de un modo parcial y confuso, por cuanto, pese a la afirmación de que «toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad», y que consecuentemente con ello «nadie puede ser privado de su libertad, sino con observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley», lo cierto es que en nada se contribuye a la claridad deseada en un texto fundamental, cuando

(67) Véase así en esa sentencia, loc. cit., fundamento de derecho núm. 14, p. 596.

el propio precepto se remita a una Ley futura para determinar el plazo máximo de duración de la prisión provisional.

Es muy cierto que el resto de las garantías de la prisión provisional pueden verse parcialmente reflejadas a lo largo de otros pasajes de la Constitución, pero también de forma confusa y asismática. Así, entendemos que una Constitución de 1978 estaba obligada a recoger los supuestos en que procede la prisión provisional, o las garantías que deben acompañar a esta medida restrictiva de la libertad personal. Son estas materias que no deben dejarse al criterio del legislador ordinario. Ello, no obstante, creemos que de la propia Constitución cabe, en principio, sacar algunas conclusiones al respecto.

De este modo, junto a la previsión constitucional de la prisión preventiva, que se recoge en el artículo 17.1 de la Constitución, y aun faltando los supuestos en que puede acordarse, sin embargo, cabe intuir en el texto fundamental algunas de las garantías que deben acompañarla. Esas garantías, en la Constitución de 1978, fueron o pudieron ser las siguientes:

A) La prisión provisional no debe ser la regla general, sino una medida excepcional.

En nuestra Constitución, la libertad de las personas es siempre la regla general (artículos 1.1 y 17.1), siendo la excepción la prisión provisional, cual se pone de relieve que «por Ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional» (artículo 17.4, inciso final), y al proclamarse el derecho de todos a un «proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías» y a la «presunción de inocencia» (artículo 24.2).

Ello es de fácil comprensión sin necesidad de acudir a los módulos de interpretación de la Constitución en materia de derechos fundamentales y libertades (artículo 10.2), pero con ellos se reafirma el derecho fundamental a la libertad, concebida como regla general, siendo la excepción la privación de la misma. Así, en este caso resulta de aplicación el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en cuanto prescribe que la prisión provisional no debe ser la regla general para las personas que deben ser juzgadas, lo que se acentúa, si cabe, aun más en las Resoluciones (65) 11 y (73) 5 del Consejo de Europa, y, como vimos, casi se convierte en norma fundamental en la Recomendación n.º R (80) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa. Así lo entendió también la Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Constitucional núm. 41/1982 de 2 de julio (68), que recoge toda la anterior argumentación, a más de la

(68) Véase dicha sentencia en el BOE de 4 de agosto de 1982, Suplemento al núm. 185, pp. 1 y ss.

jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos a que nos hemos referido para llegar a la propia premisa de la que partimos.

Aun cuando otra cosa pudiera parecer, sin embargo, la garantía que estudiamos no fue nunca ignorada por el legislador español, ni en la normativa anterior a la Constitución ni por la posterior, aun cuando prácticamente en esta última, tal y como veremos, pudiera hablarse incluso de «involución», sobre todo a la vista de la Ley 16/1980, de 22 de abril.

En conclusión, conforme a la Constitución en materia del derecho fundamental de la libertad de las personas, la regla general no es la prisión provisional, sino la excepción.

B) El derecho del sometido a prisión provisional a ser juzgado en un plazo razonable.

Es ésta una garantía que propiamente no se establece en la Constitución, a no ser que se quiera entender por ella el que el artículo 24.2 proclame el derecho de todos «a un proceso público sin dilaciones indebidas», lo que es aplicable tanto a los privados de libertad como a los que no lo están. Realmente, no podemos decir que el texto constitucional recoja fielmente la motivación que subyace en los textos jurídicos y en las recomendaciones internacionales, así como en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. La garantía, para estar expresamente establecida, debiera de haber hecho referencia tanto al hecho de que se cumplan fielmente los plazos para la sustanciación del proceso penal, como al de que los mismos fueran lo más breves posibles. Ello, desde luego, en el contexto del proceso penal español, no podrá hacerse realidad, sean cuales sean las leyes que se dicten, en tanto no se reformen las leyes centenarias que rigen la Administración de Justicia en España. A cualquier persona, incluso ajena a la Administración de Justicia, no se le oculta que la dilación será «debida» cuando el Juez competente esté conociendo al mismo tiempo de cientos y más cientos de procesos, y no tenga tiempo ni de firmar, o cuando el procedimiento en sí se desarrolle conforme a la Ley, que, por ahora, prevé un sin fin de trámites inútiles, unos plazos de tiempo, a veces excesivos, para los mismos.

C) El derecho del sometido a prisión provisional a ser puesto en libertad si no es juzgado en un plazo razonable.

Es ésta una garantía que no figura ni se apunta tampoco en la Constitución, pero que, como hemos visto, está presente en los textos fundamentales internacionales. Quizás nuestros constituyentes pensarán en recoger esta garantía en el texto de nuestra Constitución, pero la realidad, la cruda realidad de nuestra organización judicial

no resiste, ni de lejos, una previsión de este tipo. Ya no es el problema de que se sigan creando nuevos Juzgados, sino otro más grave y preocupante, el que, ante todo, se reorganice en profundidad la máquina de la Administración de Justicia; tras de ello, dotar de dignidad, medios y personal a los Juzgados y Tribunales ya existentes, instruyendo al personal de éstos con las nuevas técnicas, tales como el manejo de un simple «télex», o la aplicación a la Justicia de los avances de la informática, ya que con ello se contribuiría en gran manera a que ese período desde la detención a la sentencia fuera notablemente más breve; y, por último, reformar en profundidad los diversos procedimientos penales previstos en nuestra Administración de Justicia, haciendo realidad aquella aspiración nunca cumplida, de la vieja Ley de Enjuiciamiento Criminal, de que un sumario se termine en el plazo de un mes (artículo 324), así como proscribir al olvido muchos de los procedimientos venidos a nuestro ordenamiento desde 1967. Quizás a ello contribuiría la creación de Jueces y Tribunales especializados en determinados delitos, en especial los derivados del uso y circulación de vehículos de motor, que, hoy por hoy, ocupan un alto porcentaje del trabajo de nuestros Jueces y Abogados. Sin que estas realidades sean tales, es pura demagogia el pensar que ese derecho a ser puesto en libertad, si no se es juzgado en un plazo razonable, pueda llevarse a la práctica.

D) El derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de la privación de libertad.

Desde luego, esta posibilidad tampoco está en la Constitución, pero su falta no debe de tildarse de imprevisión, puesto que en nuestro texto fundamental está presente, siquiera sea en espíritu, en diversas secuencias del mismo, y, en cualquier caso, es materia propia del legislador ordinario, que así, ya desde siempre, lo tiene regulado.

Tales son las previsiones, y también las imprevisiones de nuestra Constitución en materia de prisión provisional, sin que, desde luego, se recojan determinados principios que informen o justifiquen la institución, y que, desde luego, están presentes en otras Constituciones, siquiera sea para remitirse a la Ley para fijar los casos y modos en que procede decretarla, o que, en cualquier debiera motivarse, amén de fijarse los plazos máximos de su duración, lo que, si se prevé. De este modo, todo quedaba pendiente hasta el desarrollo normativo de la Constitución.

2. La prisión provisional en el desarrollo normativo de la Constitución

Dos son los intentos, ya realizados, del desarrollo de la Constitución en materia de prisión provisional. De un lado, el de la Ley

16/1980, de 22 de abril, que surgió en momentos que nos atrevemos a calificar de críticos, dada la alarma social con la consiguiente inseguridad ciudadana, que llenó de terror colectivo las calles de nuestras ciudades. Surgió así una exigencia popular de seguridad que desembocó en una normativa como la que reformó, entre otros, el artículo 503 de la LECR. Este precepto estableció como supuestos determinantes de la prisión provisional, en la lectura que del mismo nos hace el Tribunal Constitucional (69) los siguientes: «a) La existencia de un hecho que presenta caracteres de delito». «b) La pena señalada debe ser superior a arresto mayor». «c) Aparición en la causa, sin prejuzgar la resolución judicial penal, de motivos bastantes para creer responsable del delito a una persona».

Sin embargo, pese a que el Tribunal Constitucional desestimó el recurso de amparo interpuesto, sin embargo, se creyó en el deber, con buen criterio, de interpretar el precepto, en el sentido de no desvirtuar en su aplicación la institución de la prisión provisional, y así nos recordó lo que a tal fin ya se prevía en los textos jurídicos internacionales, y sobre todo aquella regla, por todos aceptada, de que la privación provisional de la libertad no debe ser la regla general para las personas que deban ser juzgadas. Pero, el Tribunal Constitucional, en este caso, no se conformó con hacer suya tal proclamación, sino que también se encargó de recordar de la mano de la Resolución 11 (65) del Consejo de Europa que la prisión provisional, cuando se acuerde se inspire en los siguientes principios: «a) No debe ser obligatoria y la autoridad judicial tomará su decisión teniendo en cuenta las circunstancias del caso»; b) «Debe considerarse como medida excepcional»; y c) «Debe ser mantenida cuando sea estrictamente necesaria y en ningún caso debe ser mantenida con fines punitivos» (70).

De otro lado, la Ley 16/1980, de 22 de abril, también modificó el artículo 504 de la LECR, y así aquella regla del artículo 503-4.º, inciso final, de que la prisión provisional, en ningún caso podía exceder de la duración de la pena señalada al delito que la motiva, pasó a integrarse en el referido artículo 504, párrafo 3.º, en el sentido de que «en ningún caso la prisión provisional podrá exceder de la mitad del tiempo que presuntivamente pueda corresponder al delito imputado», lo que la sentencia del Tribunal Constitucional citada (71),

(69) Véase así la Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Constitucional núm. 41/1982, de 2 de julio, cit., fundamento jurídico 3.º, párrafo 1.º, p. 2.º

(70) Véase así el fundamento jurídico 3.º, párrafo 2.º, de la Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Constitucional núm. 42/1982, de 2 de julio, cit.

(71) Véase la Sentencia citada en nota anterior, fundamento jurídico 4.º, párrafo 1.º, i.f.

entiende debe complementarse con lo dispuesto en el artículo 520, párrafo 2.º, presente ya en la normativa anterior, y que prescribe que la libertad no debe restringirse «sino en los límites absolutamente indispensables para asegurar su persona e impedir las comunicaciones que puedan perjudicar la instrucción de la causa». Es así, por tanto, cómo la sentencia constitucional citada (72) interpreta todos dichos preceptos en el sentido de que «no existiendo límite mínimo en relación al tiempo que debe mantenerse a una persona en situación de preso provisional, ello implica la posibilidad de que, respetando las normas constitucionales, legales y de carácter internacional, esta situación subsiste si se pone de manifiesto que los hechos por los que se procede, en los que no entra a conocer este Tribunal son constitutivos de delito, no teniendo asignada una sanción penal inferior a la que fija la Ley para que proceda la prisión provisional y mientras subsistan los motivos que la hayan ocasionado, en coherencia con el artículo 528, número 1, y 504 de la LEC, regla ciertamente útil para el cumplimiento del mandato constitucional».

Ante esa doctrina constitucional, ya vemos cómo se dan unos módulos interpretativos de los preceptos que estaban vigentes en la fecha de la sentencia y que se acercan más a la nueva redacción que se da a los preceptos de la Ley Orgánica 7/1983, de 23 de abril, que los de la modificación anterior. Como corroboración de lo que decimos, se debe hacer notar que la exposición de motivos que precede a la última regulación parece dejar claro que la Ley 16/1980, de 22 de abril, no cumplía el mandato constitucional, y la nueva normativa era la que realmente desarrollaba el artículo 17.4, último inciso, de la Constitución, ya que, en concreto el nuevo artículo 504, párrafo 3.º, de la LECR, determinaba de forma clara y rotunda la duración máxima de la prisión provisional, o bien que se parte del principio de que la situación de prisión provisional debe tener carácter excepcional, no pudiendo convertirse en una ejecución de la pena, ni tener carácter obligatorio. Todo ello ya se recogía, según hemos visto anteriormente, en la doctrina constitucional, la que, de otra parte, también se ha visto reflejada en la nueva normativa cuando ésta prevé que «no se computará el tiempo en que la causa sufre dilaciones indebidas imputables al inculcado» (artículo 504, párrafo último, de la LECR) (73).

(72) Véase así la sentencia citada en nota 70, fundamento jurídico 4.º, párrafo 2.º.

(73) Se debe hacer notar que la Comisión de los Derechos Humanos del Consejo de Europa, según vimos anteriormente, como uno de los criterios que deberían ser tenidos en cuenta para decidir si se produce o no un exceso del

Por lo demás, la Ley Orgánica 7/1983 creemos que recoge «con exceso de celo» la previsión constitucional de la fijación de límites para la duración de la prisión provisional, señalando unos plazos para la misma que se nos antojan demasiado estrictos, y ello hasta el punto de que, en contra de lo que quería ser el espíritu de la norma, se ata de manos al Juez. Es esta nueva modificación una vuelta a primar el derecho a la libertad sobre el derecho a la seguridad, quizás en detrimento de ésta.

De otro lado, notamos a faltar en la nueva ordenación de la prisión provisional la aplicación de dos principios que, veámos, se recogían puntualmente en la Recomendación 80 (11) del Consejo de Europa. De una parte, ni tan siquiera se menciona la posibilidad de sustituir la prisión por medidas alternativas distintas a la fianza; y de otra, tampoco se recoge el derecho a la reparación, ya sea por error judicial o por resultar absuelto, que se reconoce en la Recomendación y en el Convenio (artículos 5.5 y 50) al inculpado que haya estado en prisión provisional. Si a ello se añade, por último, que la institución no resultará adecuada a la Constitución hasta tanto no se lleve a cabo una reestructuración profunda del proceso penal, en la instrucción y en el período intermedio, y se promulgue una nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, llegaremos a la conclusión de que aun se está lejos de regular la institución de la prisión provisional conforme a los principios que se consideran mínimos para los países que, como el nuestro, pregonan están constituidos en un Estado social y democrático de Derecho.

Podríamos dedicar otras reflexiones a la reforma de la LECR, en materia de prisión provisional, referidas a otros aspectos de la misma, pero ello son tareas que corresponden a otros de los ponentes en este curso.

IV. APUNTE FINAL

Tras de lo expuesto, sólo quisiera expresar mi esperanza y mi deseo de que, tras de la aplicación de esta nueva regulación en ma-

plazo «razonable» para juzgar a una persona que está detenida preventivamente el de la «conducta del acusado». Así, la Comisión para aplicar este criterio entiende que se debe tener en cuenta si el inculpado «ha contribuido a retardar o acelerar la instrucción o los debates», o si «el procedimiento ha sido retrasado mediante la formulación de peticiones de puesta en libertad, apelaciones u otros recursos», o «si ha solicitado su puesta en libertad provisional, apelaciones u otros recursos» (Véase ese criterio en la *Sentencia del Tribunal Europeo de 27 de junio de 1968 —caso WEBMOFF—*, cit., pág. 543, apartado 2 de los «argumentos del Gobierno y de la Comisión»).

teria de prisión provisional, no se haga realidad lo que ya se anunció en ciertos sectores de la prensa, de que no se apodere de nuestra sociedad lo que se convino en llamar «síndrome Jaro» en los primeros días de la transición. Es ello lo propio que, cual se dijo, ante el Proyecto ya informara el Consejo General del Poder Judicial de que «no cabe ignorar que una consecuencia de estos hechos —reducción del número de casos en que procede decretar la prisión provisional y reducción del volumen de la población reclusa— puede ser el incremento de la inseguridad ciudadana y la vuelta a la situación de alarma social que fue característica de los años 1977 a 1980» (74).

(74) Véase dicho «informe» en loc. citada en nota 9, pág. 365.

**ALEMANIA Y SUIZA
COMO SEDE DE UN ARBITRAJE INTERNACIONAL * ****

**Prof. Dr. Dr. h.c.
WALTHER J. HABSCHIED**
Profesor ordinario en Zurich

SUMARIO:

I. Arbitraje internacional y extranjero en Alemania y Suiza. — II. El arbitraje internacional en la República Federal de Alemania. — III. El arbitraje internacional en Suiza. — IV. Resultado.

La experiencia nos enseña que la protección jurídico-privada en el ámbito interestatal funciona únicamente debido a la existencia del arbitraje. Es loable y alentador constatar que casi la totalidad de los Estados del mundo reconocen las decisiones de tales tribunales privados y las admiten a ejecución, unas veces con base en disposiciones de su Derecho común, otras a raíz de convenios internacionales.

Es finalidad de esta ponencia exponer los problemas más importantes que puedan surgir en aquellos casos en que las partes han elegido la República Federal de Alemania o Suiza como sede de un arbitraje internacional.

* Texto de la conferencia pronunciada en Barcelona, en mayo de 1983, en el II Seminario sobre arbitraje comercial internacional, organizado por el prof. Ramos Méndez.
** Traducción de Ursula Vestweber.

I. ARBITRAJE INTERNACIONAL Y EXTRANJERO EN ALEMANIA Y SUIZA

1) El concepto de «arbitraje internacional» (1) es familiar a todo jurista dedicado a cuestiones económicas y más aún a todo procesalista. Pero cuando se trata de dar una definición, las respuestas son, a menudo, muy diversas.

La Ordenanza Procesal Civil alemana (ZPO) desconoce el concepto (2) y distingue simplemente entre laudos arbitrales extranjeros y nacionales o internos, y, consecuentemente, también entre arbitrajes extranjeros y nacionales o internos. La legislación arbitral más importante de Suiza, como son el Concordato Suizo sobre Arbitraje y los párrafos 238 a 258 de la Ordenanza Procesal Civil (ZPO) de Zurich, tampoco conocen el concepto de «arbitraje internacional» o «laudo internacional». En cambio, el nuevo Code de Procédure Civile francés ha incluido en su articulado (art. 1492) una definición muy sugestiva por su sencillez: «Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international» (3).

Es decir: se trata de un arbitraje comercial y, siempre referido al caso francés, es incluso imaginable que una de las partes sea francesa y la otra un comerciante extranjero.

Queda equiparado al laudo internacional el laudo *extranjero*, es decir, aquel laudo dictado por un tribunal extranjero («sentence arbitrale rendue à l'étranger»). Y tanto los laudos internacionales como los extranjeros reciben un trato privilegiado respecto de los nacionales:

De una parte, por el hecho de que son reconocidos y homologados siempre que sean válidos («si leur existence est établie») y no contradigan manifiestamente el orden público internacional que, según el criterio francés, debe entenderse con un criterio más amplio que el «ordre public interne» (art. 1498 nCPC). De otra parte, el tra-

(1) F. E. KLEIN, *Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der schweizerischen Rechtsordnung*, en: BÜCKSTIEGEL (editor), *Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, 1979, p. 33 ss.; además: *Zum Begriff des internationalen Schiedsverfahrens*, en: *Festschrift zum schweizerischen Juristentag*, 1963, p. 143 ss.; PIERRE LALIVE, *Problèmes spécifiques de l'arbitrage international*, en *Revue de l'Arbitrage*, 1980, p. 341 ss.

(2) No obstante, es también inquestionable la existencia de este arbitraje internacional para el jurista alemán; cfr. SCHLOSSER, *Das Recht der privaten internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, 1975 (2 tomos); SCHWAB, *Schiedsgerichtsbarkeit*, 3.ª edición, 1979, p. 307 ss.; v. HOFFMANN, *Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit*, 1970.

(3) Cfr. *La réforme de l'arbitrage international en France*, en *Revue de l'Arbitrage*, 1981, pp. 449-567, con trabajos de FOUCHARD, GOLDMAN, JEANTET, Jean ROBERT y ERNST MEZGER.

tamiento privilegiado consiste en que no son impugnables ante los tribunales nacionales franceses en la misma medida que los laudos internos.

Es obvio que esta regulación pretende facilitar la necesidad del comercio internacional, cosa que, por otra parte, es necesario, ya que la legislación general francesa sobre arbitraje prevé una ingerencia relativamente amplia de los tribunales estatales.

Ni el Derecho suizo ni el Derecho alemán conocen esta bipolaridad. La posibilidad de un control estatal de los procedimientos arbitrales es, por tanto, idéntica tanto en el Derecho alemán como en el suizo. Únicamente; son pocas las normas de ius cogens, de modo que las partes tienen la posibilidad de elegir el procedimiento que más les convenga, mediante acuerdo entre ellas, lo que quiere decir que también pueden elegir un ordenamiento arbitral institucional, siempre y cuando no se infrinjan las disposiciones de Derecho necesario.

Con ello queda contestada, desde el punto de vista alemán y suizo, la pregunta de si el procedimiento internacional es un procedimiento supranacional, con sustantividad propia y desvinculado de todo ordenamiento jurídico nacional. Es una pregunta que aparece siempre de nuevo en la literatura.

Y resulta muy sugestiva: las partes suelen acordar la competencia de un tribunal arbitral precisamente porque desconfían de los tribunales estatales de la otra parte. Y esta desconfianza puede estar dirigida contra cualquier tribunal estatal, también los de la sede del arbitraje. Pero resulta a todas luces inevitable: todo arbitraje ha de estar de algún modo «enraizado» en un ordenamiento jurídico nacional (4) por las siguientes razones: cuando, por ejemplo, se requiere la declaración de un testigo, pero este testigo no está dispuesto a comparecer ante el tribunal arbitral; cuando a un testigo se le ha de tomar juramento; cuando se necesita nombrar un árbitro suplente, o al presidente de un tribunal arbitral; cuando un árbitro ha de ser recusado y, sobre todo, cuando se trata de la ejecución de un laudo; en todos estos casos, el Juez estatal ha de prestar su auxilio ayudando, resolviendo y ordenando. Luego se sobreentiende también que el procedimiento arbitral ha de respetar las normas del Derecho estatal necesario o, cuando menos, las reglas del orden público internacional (5).

(4) HABSCHIED, *Nationale oder supranationale Schiedssprüche*, ZZP 70, p. 25 y ss.

(5) En este sentido, el nCPCF, art. 1.502, n.º 5. Según el Derecho francés, el concepto de «ordre public international» es menos amplio que el de «ordre public interne».

Desde el punto de vista suizo, el fundamento es además otro. La jurisprudencia reciente del Tribunal Federal (Bundesgericht) (6) y la mayor parte de la doctrina (7) coinciden en considerar el laudo como un acto equiparable a la sentencia y, en último término, reconducible al poder jurisdiccional del Estado, por lo que el compromiso arbitral y el procedimiento arbitral tienen la consideración de instituciones de Derecho procesal. Si esto es así, la jurisdicción arbitral es, en última instancia, jurisdicción estatal (en el sentido de estar autorizada por el Estado). El Estado, titular del poder jurisdiccional, ha cedido su monopolio de juzgar a un tribunal arbitral privado, pero naturalmente sólo con la condición de que su Derecho *imperativo* sea respetado.

Esta opinión, de que la actividad arbitral es actividad jurisdiccional se abre cada vez más camino también en el Derecho alemán. Es cierto que todavía existen defensores de la teoría contractual. Pero se puede decir que la teoría procesal es, hoy día, la que predomina (8).

Si bien, el «Répertoire de droit international privé suisse» de *Dutoit/Knoepfler/Lalive y Mercier* (9), de reciente publicación, hace hincapié en los inconvenientes de esta concepción: indica que la jurisprudencia ha insistido en que es decisiva la voluntad de las partes, asimismo con respecto al Derecho procesal. Y ello parece que apunta más hacia la naturaleza contractual —con base en el Derecho privado— del laudo arbitral y del compromiso de arbitraje. Pero tampoco los contratos flotan en el aire, desligados de los ordenamientos jurídicos nacionales, sino que están de alguna manera «anclados» en ellos debiendo asimismo respetar los límites que la Ley impone a la voluntad de las partes, es decir, debiendo observar las normas de *ius cogens* para no ser tachados de nulos.

Tampoco existe posibilidad alguna de eludir ni la situación legal en Alemania ni en Suiza, se considere o no afortunada. Tanto el Derecho alemán como el Ordenamiento suizo tratan del mismo modo a

(6) BGE 103 II 75; 78 I 352; 71 II 176; 71 II 116; 67 II 146 jurisprud. const.

(7) Cfr. GULDENER, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 3.ª edición, p. 596; WALDER, *Der neue Zürcher Zivilprozess*, 2.ª edición, p. 453, donde se dice: «Diese (die Schiedsgerichte) bilden Teil der staatlichen Gerichtsorganisation». Pero cfr. también HABSCHIED, *Droit judiciaire privé suisse*, 2.ª edición, p. 574 ss.

(8) Cfr. SCHWAB, *Schiedsgerichtsbarkeit*, p. 49 ss. (respecto de la naturaleza jurídica del compromiso arbitral); HABSCHIED, *Die Rechtsnatur des Schiedsvertrags...*, KTS, 1955, p. 33 ss., así como *Schiedsgerichtsbarkeit und Staatsaufsicht*, KTS, 1959, p. 113 ss. Para la concepción jurídico-privada, además, W. LORENZ, *Die Rechtsnatur von Schiedsvertrag und Schiedsspruch*, AcP, 157, p. 265 ss.

(9) Berna, 1982, en especial p. 256.

todos los arbitrajes que se desarrollan ante un tribunal arbitral con sede en la República Federal de Alemania o en Suiza con arreglo al Derecho procesal alemán o suizo, tanto si son nacionales como si son internacionales. Ciertamente es que las partes pueden elegir el Derecho procesal al cual quieran someter el procedimiento. Pero cuando no cabe interpretar una voluntad contraria de las partes, entonces es la *lex fori*, es decir, el Derecho procesal de la sede del arbitraje la que ha de ser aplicada (10). Por tanto, las partes que acuerden un arbitraje con sede en la República Federal de Alemania o en Suiza, deben partir de la base de que tanto el procedimiento como el laudo tendrán que regirse por el Derecho necesario del respectivo país.

Sin embargo, si el Tribunal Federal (Bundesgericht) suizo, en el asunto POZZI (11) defiende la opinión de que el Concordato Suizo sobre Arbitraje no permite aplicar el Derecho de una manera diferenciada a los procedimientos nacionales e internacionales de arbitrajes, va demasiado lejos. Nada impide a los Tribunales tener en cuenta las diferentes circunstancias para dictar sus sentencias. Es más, éste es su deber. Al menos en la duda hay que partir de la base de que en presencia de un arbitraje internacional, el Derecho nacional debe quedar excluido en la medida de lo posible, mediante normas contractuales. Y esto lleva al menos a una mayor amplitud de interpretación frente a un arbitraje interno.

Aparte de esto: de *lege ferenda*, se acabará dando una definición del concepto de arbitraje internacional también en Suiza. El proyecto de Ley Federal sobre Derecho Internacional Privado contiene tal definición en su art. 171:

Las disposiciones del presente Título (sobre arbitraje internacional) regirán para los tribunales arbitrales con sede en Suiza, siempre que en el momento de celebrar el compromiso arbitral al menos una de las partes tenía su domicilio, su residencia habitual o su sede social fuera del territorio suizo.

Esta definición destaca frente a la del art. 1492 nCPCF por su mayor claridad y, con razón, no contempla únicamente supuestos mercantiles. ¿Por qué no puede plantearse ante un tribunal internacional de arbitraje una cuestión litigiosa relacionada con una herencia, para que éste la resuelva?

(10) Cfr. HABSCHIED, *Nationale oder supranationale Schiedssprüche*, ZZP, 70, p. 25 ss. para el Derecho alemán y *Droit judiciaire privé suisse*, 2.ª edición, p. 550 para el Derecho suizo. Cfr., también, KLEIN, *Die intern. Schiedsgerichtsbarkeit und die schweizerische Rechtsordnung* (como nota 2), pp. 38/39.

(11) Sentencia de 8-7-1981, citada en Répertoire (como nota 9), p. 256.

2) La definición del art. 171 del Proyecto de Ley Federal aclara también la diferencia entre arbitrajes y laudos internacionales y extranjeros. Estos últimos se basan en un Derecho procesal extranjero y es éste el que debe ser tenido en cuenta y no el Derecho privado a aplicar (12). Es indiferente que el laudo se haya dictado entre súbditos del país de la sede o como laudo internacional con arreglo a la definición del art. 171 del Proyecto.

Lo que en un futuro próximo será norma legal expresa en Suiza, constituye desde hace tiempo doctrina incontrovertida para la República Federal de Alemania. La cuestión de si se trata de un laudo nacional o extranjero se plantea en la fase de ejecución. Cuando se trata de la ejecución de un laudo extranjero, hay que preguntar si el legislador prevé reglas específicas para ello. Respecto del exequatur, éstas pueden resultar más rigurosas que las del Derecho interno. Pero también puede ocurrir lo contrario, como, por ej., en el Derecho alemán (cfr. parágrafo 1044 ZPO), que da un trato más generoso a la ejecución de laudos extranjeros que a la de los internos. La ejecución de laudos extranjeros se encuentra además regulada en convenios multi y bilaterales (13). Dichas regulaciones a nivel de convenio internacional son las que rigen en primer lugar.

Respecto de la ejecución en Suiza, hay que tener en cuenta en concreto: que la ejecución de sentencias condenatorias al pago de una suma de dinero o a la prestación de una garantía, se rige por la Ley Federal sobre Ejecución y Quiebra (SchKG) (14); el deudor puede, en este caso, alegar todas las excepciones contempladas en el convenio (art. 81, apartado 3 del SchKG), las cuales serán resueltas por el juez «a quo».

De no existir convenios a nivel estatal, será aplicable el Derecho cantonal (15). Cuando con arreglo al Derecho cantonal aplicable, no existan disposiciones especiales para laudos, serán de aplicación, mutatis mutandis, las normas sobre ejecución de sentencias extranje-

(12) Cfr. HABSCHIED, *Droit judiciaire privé*, p. 550, 573; en cambio cfr. *Répertoire* (como nota 9), p. 244, donde se tiene en cuenta también el Derecho material aplicable. Regulación mutatis mutandis para el Derecho alemán: HABSCHIED, ZEP, 70, p. 25 ss.

(13) Recopilación en SCHWAB, *Schiedsgerichtsbarkeit*, p. 307 ss., y sobre todo, en SCHLOSSER, *Das Recht der privaten internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, para la legislación arbitral alemana; y en RÜDE-HADENFELDT, *Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht*, 1980, p. 316 ss. para el Derecho suizo.

(14) BGE, 93, I, 270; RÜDE-HADENFELDT, ob. cit., p. 321.

(15) Cfr. STRÄULI/MESSMER (citando la parte dedicada al arbitraje: STRÄULI/MESSMER/WIGET), *Kommentar zur Zürcher ZPO* (1976), parágrafo 302, nota 5; RÜDE-HADENFELDT, ob. cit., p. 321.

ras (16), siendo imprescindible observar las normas de orden público (17). Cuando el laudo extranjero es admitido para su ejecución, ésta se realizará, a su vez —y siempre que se trate de una condena al pago de una suma de dinero o a la prestación de una garantía—, con arreglo a las disposiciones de la Ley sobre Ejecución y Quiebra (SchKG), con la diferencia de que el deudor, en contra de lo dispuesto en el art. 81, apartado 3 SchKG, no está limitado en sus excepciones (18).

3) En lo referente a la ejecución de laudos arbitrales extranjeros en la República Federal de Alemania, hay que hacer referencia a un problema especial. El Derecho común alemán es, por regla general, más favorable al reconocimiento que las regulaciones previstas en los convenios internacionales. En virtud del art. 1044 de la Ordenanza Procesal Civil alemana, el laudo extranjero debe ser reconocido y homologado *en principio siempre*. Solamente cabe negar la homologación cuando:

- 1) el laudo sea radicalmente nulo; la eficacia jurídica del laudo se rige por el Derecho aplicable al procedimiento arbitral en cuanto otra cosa no se haya previsto en los convenios internacionales;
- 2) el reconocimiento del laudo contravenga las buenas costumbres o el orden público, en especial cuando el laudo condene a una parte a realizar actos cuya ejecución está prohibida por el ordenamiento alemán;
- 3) la parte no haya sido debidamente representada, a no ser que haya autorizado expresa o tácitamente la gestión procesal;
- 4) a la parte no se le haya concedido audiencia en el procedimiento.

Se trata de una regulación muy liberal que desconoce la necesidad de reciprocidad, ni tampoco obliga al Juez alemán a comprobar si el arbitraje se basa en un compromiso válido, tal como se prevé en el Convenio de la ONU de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos extranjeros, en su art. V, 1.º.

(16) La ejecución de laudos extranjeros se encuentra extensamente regulada en el Cantón de Zug (art. 225 ZPO), pero, por lo general, no existen regulaciones de este tipo; cfr. para la totalidad del tema: RÜDE-HADENFELDT, ob. cit., pp. 321/322.

(17) Cfr. al respecto Pierre LALIVE, *Arbitrage international et ordre public suisse*, ZSR, 1978, p. 529 ss.

(18) Cfr. STRÄULI/MESSMER, ob. cit., p. 302, nota 5; RÜDE-HADENFELDT, ob. cit., p. 321.

En la República Federal de Alemania, la doctrina dominante considera que las partes tienen la elección entre «invocar» lo establecido en los convenios internacionales y el Derecho procesal común (19). Se habla aquí del principio del trato más favorecido (*Meistbegünstigung*). Sin embargo, en mi opinión no es necesario que la parte *invoque* expresamente el Derecho procesal común alemán. Por el contrario, es el Juez —*ex officio*— quien ha de aplicar, en cada caso, el Derecho más favorable.

II. EL ARBITRAJE INTERNACIONAL EN LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA

De acuerdo con nuestra definición, estamos ante un arbitraje internacional cuando, al menos, una de las partes tiene su domicilio, su residencia habitual o su sede social fuera del territorio de la República Federal de Alemania, atendiendo para ello al momento de la formalización del compromiso arbitral.

Este arbitraje internacional se rige por la *Ley procesal alemana*. Ciertamente, y siguiendo el principio de la autonomía de la voluntad, sería pensable que un arbitraje en la República Federal de Alemania se desarrollara con arreglo a un Derecho procesal extranjero.

Pero en tal caso, estaríamos además ante la especialidad de un arbitraje extranjero y, en su caso, ante un laudo extranjero. Para el arbitraje internacional carece de relevancia el que se aplique el Derecho material alemán o extranjero, ya que ésta es una cuestión que pertenece al ámbito del Derecho Internacional Privado que, a su vez, está dominado por la autonomía de la voluntad.

1) *Es nota característica del Derecho arbitral alemán la escasa intervención del legislador estatal.* Si bien el párrafo 1025 ZPO limita el ámbito del arbitraje a litigios en los que «las partes están autorizadas a transigir sobre el objeto de la litis» —regla que, por otra parte, está reconocida en la mayoría de los ordenamientos jurídicos— el procedimiento ante el tribunal arbitral no se regula más que en sus aspectos fundamentales, de modo que queda un amplio margen de libertad a la autonomía de la voluntad. Con ello se deja, en principio, a las partes la elección de su «propio Derecho procesal», sea de forma «ad hoc», sea por remisión a un reglamento de arbitraje, como puede ser el de la Cámara de Comercio Internacional. No obstante, los principios de Derecho alemán no pueden ser exclu-

(19) Cfr. SCHWAR, *Schiedsgerichtsbarkeit*, p. 336; SCHLOSSER, *Das Recht der privaten internat. Schiedsgerichtsbarkeit*, nota marg. 95 ss., 123 ss.

dos por acuerdo entre las partes. Por tanto, el *ius cogens* se impone siempre.

2) *¿Pero cuáles son estas normas de ius cogens que deben ser respetadas también en un arbitraje internacional?*

a) *Respecto del compromiso de arbitraje.*—Aquí el párrafo 1025, apartado 2, ZPO dispone, que el compromiso arbitral es ineficaz, cuando una de las partes se ha aprovechado de su situación preeminente en el plano económico o social para imponer a la otra la celebración del mismo o la aceptación de cláusulas que le confieren en el procedimiento y, en especial, respecto del nombramiento o de la recusación de los árbitros, una posición de predominio sobre la otra parte.

Si bien, el principio de la autonomía de la voluntad rige también respecto del estatuto del compromiso arbitral, por lo que es imaginable que las partes de un arbitraje internacional que se desarrolla en la República Federal de Alemania, hayan acordado someter el compromiso a un Derecho extranjero —por ej., el Derecho inglés—; no obstante, la regla del párrafo 1025, apartado 2, ZPO se impondrá también en este caso, ya que pertenece al *orden público*.

Estrechamente relacionado con el párrafo 1025, apartado 2, ZPO está también el problema de la independencia de los tribunales arbitrales.

b) *Constitución del tribunal.*—La composición del tribunal arbitral —sea unipersonal o colegiado— es cosa que debe ser pactada entre las partes. Sin embargo: el tribunal arbitral será constituido de forma que el nombramiento de los árbitros recaiga únicamente en personas independientes e imparciales. Este es el principio de la independencia de los tribunales arbitrales. En cuanto a este tema, la jurisprudencia alemana se ha orientado en sentido semejante al de la jurisprudencia suiza (ver, más adelante, III, 1, b)). Ha tolerado la vulneración de este principio de la independencia del tribunal arbitral únicamente en casos como los siguientes: cuando el derecho a nombrar árbitro había sido concedido sólo a una de las partes, para el caso, por ejemplo, de que la otra parte no hubiese nombrado a «su» árbitro a tiempo (20), o cuando un tribunal arbitral, constituido exclusivamente por miembros de una asociación, ha de resolver un litigio entre socios y no socios de la asociación (21) (22). En casos

(20) BGHZ, 54, 392.

(21) BGHZ, 51, 255.

(22) En la literatura, cfr. HABSCHIED, *Das Problem der Unabhängigkeit der Schiedsgerichte*, NJW, 1962, p. 5 ss.; KORNBLUM, *Probleme der Schiedsrichterlichen Unabhängigkeit*, 1968.

de esta índole, estamos, con razón, ante un supuesto en que el propio compromiso de arbitraje ya es nulo, debido a que la independencia de la jurisdicción garantizada por el art. 97 de la Ley Fundamental alemana (GG) —(y la actividad arbitral es actividad jurisdiccional)— no está asegurada. Es menester resistir a todo intento de introducir una regulación más «flexible» en tales casos (23).

c) *Recusación de los árbitros.*— Con arreglo al párrafo 1032, apartado 1, ZPO, el árbitro puede ser recusado por las mismas razones que lo puede ser un Juez, es decir, ante todo por ser parte interesada en la causa. También esta norma pertenece al orden público. La decisión sobre la recusación corresponde inderogablemente (24) al tribunal estatal. Aquellos reglamentos arbitrales, como, por ejemplo, el de la Cámara de Comercio Internacional, que disponen otra cosa, no pueden, por tanto, imponerse frente al Derecho alemán.

Contra este principio de la imparcialidad del tribunal arbitral se ha dicho que es superfluo, dado que el árbitro no imparcial puede ser recusado. Pero de una parte, son imaginables los casos en que nada hay que oponer al mecanismo previsto en el compromiso arbitral para la constitución del tribunal, pero sí contra la *persona* del árbitro que, en definitiva, ha sido nombrado. Este supuesto cae dentro del ámbito del derecho a la recusación. Por otra parte, el derecho a la recusación es solamente una facultad que tiene la parte. En el caso de la vulneración del principio de la imparcialidad de la jurisdicción arbitral, sin embargo, el compromiso de arbitraje resulta nulo: el laudo debe ser anulado a instancia de parte y con arreglo al párrafo 1041, número 1, ZPO; el exequatur, caso de ser solicitado, debe ser denegado (párrafo 1042, apartado 2, ZPO), en cuyo caso la cuestión de la imparcialidad del tribunal debe ser examinado de oficio en el sentido indicado.

d) *El procedimiento ante el tribunal de arbitraje* puede ser determinado libremente por las partes, pues así lo prevé el párrafo 1034, apartado 2, ZPO. Pero esta facultad discrecional no es del todo ilimitada. El párrafo 1034, apartado 1, ZPO dispone que el tribunal arbitral debe esclarecer la litis en tanto que la resolución así lo requiera; que las partes deben ser oídas y que no procede rechazar a los letrados que actúen como representantes o asesores de las partes. Tal regulación ofrece a las partes un amplio campo de actuación: no obstante, éstas pueden reservar también a los árbitros la facultad de regular el procedimiento, dentro de los límites indicados.

(23) Ello aun en contra de SCHLOSSER, *Die Unparteilichkeit des Schiedsrichteramtes*, ZZP, 93, p. 121.

(24) BGHZ, 24, 1.

Para ello, la jurisdicción estatal asiste y ayuda al tribunal arbitral, en especial cuando se trata de oír a testigos y peritos que no están dispuestos a comparecer ante el tribunal arbitral; cuando se trata de tomar juramento o recibir declaraciones juradas; en los casos de auxilio judicial, en los de solicitud de información oficial dirigida a alguna autoridad y en cuestiones de notificación, por ejemplo a países extranjeros (cfr. párrafo 1036 ZPO).

2) *El laudo, sus efectos y los recursos utilizables.*

El laudo tiene los efectos de una *sentencia firme* (párrafo 1041 ZPO). Sin embargo, para que se pueda proceder a su ejecución, debe ser homologado mediante un *procedimiento especial* (párrafo 1042 ZPO). Aquí, la jurisdicción estatal ejerce su función auxiliadora respecto del tribunal arbitral (25). El exequatur debe ser denegado, cuando exista un motivo para la anulación del laudo, con arreglo al párrafo 1041 ZPO.

La demanda de anulación con arreglo al párrafo 1041 ZPO es el único medio de impugnación del laudo. No está limitado en el tiempo y constituye un recurso extraordinario. El Derecho alemán desconoce los recursos ordinarios contra el laudo. Sin embargo, ello no priva a las partes de la posibilidad de acordar, por su parte, la apelación ante un tribunal arbitral superior.

Conforme dispone el párrafo 1041 ZPO, la anulación del laudo puede ser solicitado en los siguientes casos:

- 1) Cuando el laudo no se base en un compromiso arbitral válido, o se base en otro procedimiento que sea de alguna forma impropio.
- 2) Cuando el reconocimiento del laudo contraviniese las buenas costumbres o el orden público.
- 3) Cuando la parte no haya sido representada en el procedimiento con arreglo a las disposiciones legales, a no ser que haya consentido expresa o tácitamente la gestión procesal.
- 4) Cuando la parte no haya sido oída en el procedimiento.
- 5) Cuando el laudo no haya sido motivado.
- 6) Cuando se den los presupuestos de una demanda de revisión con arreglo al párrafo 580, núms. 1-6, ZPO.

Todas estas disposiciones pertenecen al Derecho necesario, a excepción del n.º 5), en cuyo caso las partes pueden acordar otra cosa distinta (26).

(25) Cfr. al respecto HABSCHIED, *Schiedsgerichtsbarkeit und Staatsaufsicht*, KTS, 1959, p. 113 ss.

(26) Compárese esta regulación con la correspondiente para el reconoci-

3) La cuestión de los conflictos de jurisdicción.

De los supuestos del párrafo 1041 ZPO, el que más importancia tiene en la práctica es el n.º 1), o sea, el caso del laudo dictado con base en un compromiso arbitral nulo. Esta norma, sin embargo, queda a la disposición de las partes en tanto que éstas tienen la facultad de acordar que será competencia del tribunal arbitral resolver con fuerza vinculante su propia competencia, es decir, sobre la validez del compromiso arbitral. En tal caso, sólo cabe excepcionar la invalidez de dicha cláusula reguladora de los conflictos de jurisdicción (Kompetenz-Kompetenz-Klausel).

Esta tesis constituye jurisprudencia constante desde la sentencia del Tribunal Supremo Federal BGHZ 68, 358.

La crítica que contra ello formula Leipold (27) no es otra cosa que la repetición de los argumentos contrarios en la discusión sobre los conflictos de jurisdicción. Desde el punto de vista dogmático, el acuerdo sobre los conflictos de jurisdicción es, en última instancia, un «compromiso arbitral sobre el compromiso arbitral». ¿Si en un sistema procesal liberal el legislador se abstiene de regular esta cuestión, por qué no va a ser posible tal compromiso? (28).

III. EL ARBITRAJE INTERNACIONAL EN SUIZA

En virtud de la Constitución confederal suiza (29), el Derecho procesal es competencia de los Cantones, por lo que también el Derecho que regula el arbitraje se encuentra regulado a nivel cantonal.

Però la reglamentación procesal del arbitraje está unificada en la mayoría de los Cantones, donde tiene vigencia el Concordato Suizo sobre Arbitraje. No obstante, no todos los Cantones han ratificado dicho Concordato. En este contexto destaca, sobre todo, el Cantón de Zurich, de modo que el arbitraje que se desarrolla ante un tribunal con sede en Zurich está sometido a la Ordenanza Procesal Civil de Zurich. Aparte de Zurich, son también de gran importancia como sedes de un arbitraje, las ciudades de Ginebra, Lausanne, Basilea y Zug. Sin embargo, desde que a primeros del presente año Zug ratifi-

miento de laudos extranjeros (párrafo 1044 ZPO, vid. ante I,3) y se comprobará con sorpresa que el legislador alemán es más tolerante con los laudos extranjeros que con los laudos sometidos al propio Derecho alemán.

(27) En ZZP, 91, 481.

(28) Cfr. HABSCHIED, *Zur Frage der Kompetenz-Kompetenz der Schiedsgerichte*, en *Festschrift für Fritz Baur*, 1981, p. 425 ss.

(29) Art. 64 de la Constitución Confederal; cfr. HABSCHIED, *Droit Judiciaire privé*, p. 15 ss.

có el Concordato, la Loi uniforme rige también allí, por lo que, en adelante, nos podemos limitar a exponer el Derecho concordatario y el Derecho del Cantón de Zurich.

1) El derecho concordatario se caracteriza por dar gran importancia a la voluntad de las partes. Si bien resulta también aplicable en supuestos internacionales a tenor de la regulación prevista en su art. 1, apartado 1, que dice:

«El Concordato es aplicable a todo procedimiento ante un tribunal arbitral con sede en un Cantón signatario del Concordato».

Su apartado 2, sin embargo, permite también la regulación de aspectos procedimentales por la vía del compromiso arbitral y asimismo por remisión a un reglamento arbitral —por ej., el de la CCI— siempre y cuando no se infrinjan disposiciones imperativas del Concordato.

De allí se sigue que la elección de la sede de un tribunal arbitral y su ubicación en un Cantón signatario del Concordato tiene importantes consecuencias. El art. 2 regula la cuestión de la sede de forma tan minuciosa que no quedan lagunas, y sus apartados 2 y 3 constituyen además Derecho necesario.

a) Pero no nos detengamos más en el tema de la sede, constatemos antes bien que el art. 3 —de ius cogens— relaciona el tribunal arbitral con la jurisdicción estatal de forma tal que el Tribunal civil Superior del Cantón donde se encuentre la sede del arbitraje —con la salvedad del art. 45, apartado 2— es la autoridad judicial competente para:

- a) Nombrar los árbitros cuando éstos no hayan sido designados por las partes o por una autoridad que los designa en su nombre (art. 12 Concordato).
- b) Decidir sobre la recusación y destitución de los árbitros y nombrar los suplentes (arts. 18-21 Concordato).
- c) Prorrogar el mandato de los árbitros (art. 16 del Concordato).
- d) Colaborar, a instancias del tribunal arbitral, en la realización de la práctica de las pruebas (art. 27, apartado 2, Concordato).
- e) Recibir el laudo en calidad de depositario y notificarlo a las partes (art. 35 Concordato).
- f) Resolver las quejas de nulidad y solicitudes de revisión (artículo 36 y ss. Concordato).
- g) Certificar la ejecutoriedad del laudo (art. 44 Concordato).

De las competencias enumeradas, constituyen *ius cogens* las correspondientes a las letras a), b), d), f) y g) (cfr. art. 1, apartado 2, Concordato). La remisión a un reglamento arbitral tampoco puede variar esto. Por ejemplo, el reglamento de la UNCITRAL, en su art. 9 y ss. contiene disposiciones sobre la recusación de los árbitros. Tales regulaciones son radicalmente nulas para un arbitraje internacional que se lleve a cabo en Suiza. La razón es obvia; la regulación del Concordato tiende a garantizar una composición imparcial del tribunal arbitral y una resolución asimismo imparcial. Por lo tanto, no se le puede privar al Juez estatal de la competencia para decidir sobre la recusación.

b) En cuanto a las *causas de recusación*, el art. 18, apartado 1, remite a los motivos de recusación contenidos en la Ordenanza Procesal Civil federal, pero se admiten causas especiales de recusación contenidas en un reglamento arbitral que haya sido declarado aplicable. Por tanto, rige, por ejemplo, el art. 10 del reglamento de la UNCITRAL, cuando se haya pactado su aplicación, puesto que esta disposición contiene la causa general de recusación, de que todo árbitro puede ser recusado, cuando concurren circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia.

Pero resulta mucho más importante la regulación del art. 19 del Concordato —que no puede ser excluida, es decir, constituye *ius cogens*— según el cual *cabe la recusación «in toto» de un tribunal arbitral, cuando una de las partes haya tenido una influencia preponderante en su designación.*

Esta disposición tiene su historia, a saber, la jurisprudencia del Tribunal Federal en materia de arbitraje de las corporaciones profesionales (30). Es característico de esta jurisdicción corporal —también en su posible variante internacional— la tentación de designar como árbitros únicamente a miembros de la corporación, y de obligar incluso a terceros ajenos a la corporación, a aceptar tales «listas de árbitros». El tribunal arbitral en cuya composición una de las partes no ha podido ejercer una influencia plena, carece del equilibrio necesario. Existe el peligro de que los árbitros corporativos sólo atiendan a los intereses de la corporación, por lo que un tribunal arbitral de tales características no puede ser independiente. En mi opinión, deben ser tratados del mismo modo los casos en que, por ejemplo, el compromiso arbitral establece que colamente una de las partes nombrará el árbitro (los árbitros), o que el derecho a nom-

(30) Cfr. BGE, 97, I, 489 ss.; 93, I, 265 ss.; 93, I, 49 ss.; 84, I, 39 ss.; 80, I, 336 ss.; 72, I, 90. Cfr. también Répertoire (como nota 9), p. 276 ss.

brarlo(s) pasará a la otra parte cuando la primera no haya hecho uso de la facultad de nombrar el «suyo» en el plazo establecido (31).

La posibilidad de recusación con arreglo al art. 19 del Concordato es, por tanto, una garantía para un arbitraje que corresponda a los postulados de un Estado de Derecho.

De acuerdo con el art. 36 del Concordato, la *queja de nulidad* contra un laudo puede también ser fundada en la composición antirreglamentaria del tribunal arbitral. Es obvia la pregunta de qué relación existe entre esta disposición —también de *ius cogens*— y la del art. 19. Como sea que el art. 20 exige que los motivos de recusación sean alegados al inicio del procedimiento, y, a más tardar, cuando el solicitante tenga conocimiento de ellos, la excepción de que el nombramiento de los árbitros se haya efectuado de modo unilateral, debe ser planteada por esta vía. Sin embargo, si ello no llegó a conocimiento de la parte hasta después de fallado el laudo —lo cual es imaginable— queda también la vía del art. 36 del Concordato. Éste constituye además la única posibilidad de alegar la composición irregular del Tribunal arbitral cuando así lo sea por otras razones, por ejemplo, en el caso de que la constitución del tribunal se haya llevado a cabo contrariamente a las disposiciones del reglamento arbitral aplicable.

Se observa, por tanto, que el mecanismo del Derecho concordatario suizo para excepcionar la falta de imparcialidad del tribunal es otro que el previsto en el Derecho alemán (vid. supra II, 2 b/c).

c) *El que somete el arbitraje a la reglamentación del Concordato, tiene una ventaja. Tiene la posibilidad de acordar que los conflictos de jurisdicción se resuelven a priori y de forma definitiva.* Son los arbitrajes internacionales los que —de modo especial y negativo— se caracterizan por dar lugar a muchos conflictos de competencia. El demandado afirma la ineficacia del compromiso arbitral, o alega no estar vinculado por ningún compromiso, y basándose en el Concordato, esta afirmación la puede esgrimir también contra el laudo por la vía de la queja de nulidad (art. 36, letra b). Pero el tribunal *tiene la facultad* de resolver la cuestión de competencia mediante un laudo interlocutorio, con la consecuencia de que la parte gravada debe interponer queja de nulidad contra este laudo interlocutorio en el plazo de un mes desde su notificación (art. 9, 36, letra b, 37 Concordato). De no hacerlo, el laudo interlocutorio deviene firme.

Puesto que la excepción de no aplicabilidad del compromiso arbitral debe ser alegada con anterioridad a la personación en el fondo, según preceptúa el art. 8 del Concordato, que también constituye *ius*

(31) Cfr. al respecto también HÄBSCHÉID, *Droit judiciaire privé suisse*, p. 45.

cogens, se sigue de ello que la Ley está concebida para aclarar las cuestiones de competencia con la mayor celeridad. Es lamentable, sin embargo, que con arreglo al art. 9 del Concordato, el tribunal sólo tenga la facultad y no la obligación de dictar el laudo interlocutorio.

De los arts. 8 y 9 del Concordato se sigue además que es el propio tribunal que decide sobre la cuestión de la existencia o inexistencia de un compromiso de arbitraje y de su validez. Se habla, en este caso, de la competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral. Esto significa al mismo tiempo que no se admite acudir a un tribunal estatal para solicitar del mismo la declaración de existencia o inexistencia de un compromiso arbitral: aquí falta el interés de tutela jurídica. Esta es la opinión dominante (32). Pero la jurisprudencia del Tribunal Federal suizo se aparta de ella. Si bien el Tribunal Federal confirma nuestra regla en su sentencia Libia contra Wetco Ltd., de 14-11-1979 (33) cuando declara:

«La compétence du Tribunal arbitral pour statuer sur sa propre compétence et même pour se prononcer sur la validité du compromis arbitral ne saurait être contestée vu la teneur de l'art. 8 CIA».

Pero también añade —y ésta es la excepción:

«Mais toute autre est la question de savoir si une partie peut être contrainte à plaider devant les arbitres alors qu'il n'existe pas d'apparence d'un compromis arbitral...» (34).

Es decir, si no existe ni siquiera la apariencia de un compromiso arbitral, entonces la vía de la jurisdicción estatal debe quedar abierta.

Sólo podemos apoyar esta opinión, sobre todo, porque el afirmar también en este caso la competencia del Tribunal arbitral para decidir sobre su propia competencia, significaría sustraer el litigio al Juez natural. Y el derecho al Juez natural está amparado por la Constitución confederal (art. 58 Const.).

d) *Recursos* (35). Cuando se trata de un arbitraje internacional, las partes quieren lograr, con la firma del compromiso arbitral,

(32) Cfr. al respecto: HABSCHIED, *Das Problem der Kompetenz-Kompetenz des Schiedsgerichts im schweizerischen Recht*, en *Schweizerische Juristenzeitung*, 1982, p. 321 ss.

(33) *Semaine judiciaire*, 1980, 443.

(34) Subrayado por el autor.

(35) Cfr. W. WENGER, *Die Rechtsmittel gegen schiedsrichterliche Entscheidungen gemäss Konkordatsrecht und gemäss zürcherischem Recht*, en *Böckstiegel* (como nota 2), p. 53 ss.

que su litigio sea resuelto, a ser posible, sin control estatal. Esta es la razón por la que eligen la vía arbitral. Pero, cuando se acuerda un arbitraje internacional con sede en Suiza, hay que tener en cuenta que las partes se someten necesariamente a las vías de recurso que el Derecho suizo prevé contra los laudos arbitrales.

Existen ordenamientos jurídicos —como el alemán— que no admiten recursos ordinarios contra los laudos arbitrales, sino solamente los extraordinarios y, para compensar, también la demanda de anulación, sin limitación en el tiempo (parágrafo 1041 ZPO). Otros ordenamientos, como el francés (art. 1482 ss. nCPC) someten el laudo incluso a la apelación, si bien cabe que las partes renuncien a ello. Pero el art. 1502 limita la apelación en materia de laudos internacionales a pocos y graves vicios del laudo. Mas de acuerdo con el Derecho concordatorio suizo, el laudo está sometido a la queja de nulidad y a la revisión. La *queja de nulidad* tiene un plazo de 30 días desde la notificación del laudo definitivo (art. 37 Concordato) y puede ser basado en los siguientes motivos:

Art. 36:

- a) Composición antirreglamentaria del tribunal arbitral.
- b) El tribunal arbitral ha declarado su competencia o incompetencia sin ajustarse a la Ley.
- c) El tribunal ha resuelto sobre cuestiones litigiosas que no le han sido sometidas o ha dejado de resolver sobre cuestiones que le han sido planteadas.
- d) El tribunal ha infringido una regla procedimental de Derecho necesario en el sentido del art. 25 (se trata del derecho a ser oído).
- e) El tribunal ha concedido a una parte más o cosa distinta de la que había pedido, sin que ello encuentre apoyo en disposiciones legales especiales.
- f) El laudo es arbitrario por basarse en hechos que no constan en autos o por manifiesta violación del Derecho o de la equidad.
- g) El tribunal arbitral ha resuelto con posterioridad a la finalización de su mandato.
- h) No se han observado las prescripciones del art. 33 (sobre el contenido del laudo) o el fallo es ininteligible o contradictorio.
- i) Las retribuciones de los árbitros, fijadas por el tribunal arbitral, son manifiestamente excesivas.

Cuando la queja de nulidad resulte fundada, el tribunal estatal puede devolver los autos al tribunal arbitral fijando un plazo para la ampliación o corrección. Pero también puede anular el laudo: en

tal caso, los árbitros deben emitir un nuevo laudo. En la variante (1) (decisión sobre los costes), el tribunal estatal anula el laudo únicamente en cuanto a éstos, fijando él mismo las retribuciones.

Esta regulación muestra que también en Suiza el arbitraje está enraizado en la jurisdicción estatal. La queja de nulidad es, sin duda, un recurso ordinario, una apelación limitada.

Por el contrario, la revisión constituye un recurso extraordinario, que con arreglo al art. 42 del Concordato, tiene un plazo de 60 días desde que se descubre el motivo de tal revisión; a los cinco años después de notificado el laudo, se extingue el derecho a interponer el recurso de revisión, en todo caso.

Con arreglo al art. 41 del Concordato, la revisión puede pedirse en los siguientes casos:

- a) Cuando, por actos que el Derecho suizo declara punibles, se haya influido sobre el laudo: estos actos deben haber sido declarado probados por sentencia penal firme, a no ser que el procedimiento penal no pueda terminar con sentencia por razones distintas a la mera falta de pruebas.
- b) Cuando el laudo se haya dictado en desconocimiento de hechos relevantes acaecidos con anterioridad al enjuiciamiento o de medios de prueba que sirven para el esclarecimiento de hechos relevantes, y el recurrente no tuvo posibilidad de aportar estos hechos o medios de prueba en el transcurso del procedimiento.

La estimación del recurso de revisión comporta la devolución de los autos al tribunal arbitral.

La causa de revisión, indicada bajo b), confiere al laudo una inestabilidad poco satisfactoria. Deja sin efecto —al menos en parte— una regla muy importante del principio de cosa juzgada: la preclusión de los hechos no alegados en el proceso (36) y, por tanto, podría animar a la parte vencida a buscar nuevos hechos y nuevas pruebas para así poder volver a reanudar el proceso.

2) La regulación de la ZPO de Zurich, comparada con la del Concordato.

Como ya se ha observado, los arbitrajes con sede en el Cantón de Zurich no se rigen por el Concordato sino por la Ordenanza Procesal Civil (ZPO) de Zurich.

(36) Cfrs. HABSCHIED, *Droit Judiciaire privé suisse*, p. 320/321, así como *Der Streitgegenstand im Zivilprozess und im Streitverfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkelt*, 1956, p. 292 ss. (esto último referente al Derecho alemán).

a) Si nos preguntamos qué es lo que diferencia tal arbitraje de uno regulado por el Concordato, podemos constatar lo siguiente, refiriéndonos a las diferencias más importantes (37):

- La ZPO de Zurich, al contrario que el art. 2, apartados 2 y 3 del Concordato, no contiene disposición alguna sobre la determinación de la sede del tribunal arbitral cuando ésta no haya sido fijada ni por las partes ni por el tribunal;
- La ZPO desconoce la prohibición imperativa de excluir a los juristas de la función de árbitros, secretarios del tribunal arbitral o representante de la parte (art. 7 del Concordato).
- Con arreglo al párrafo 242, apartado 1, ZPO, el tribunal arbitral puede nombrar un secretario; sin embargo, en virtud del art. 15 del Concordato, esto es posible únicamente con el consentimiento de las partes.
- En contraposición al art. 16 del Concordato, se prohíbe todo pacto para limitar el tiempo de mandato del tribunal arbitral.
- En virtud del párrafo 248, apartado 2, ZPO —y esto es importante— son aplicables al procedimiento de forma subsidiaria, las reglas del procedimiento ordinario ante el Juzgado de Distrito (Bezirksgericht); de acuerdo con el art. 24, apartado 2, del Concordato, sin embargo, las normas procesales del Juzgado de Distrito son aplicables «*mutatis mutandis*».
- Con arreglo al párrafo 248, apartado 2, ZPO, el tribunal arbitral puede dictar medidas precautorias cuando las partes no acuerdan otra cosa; con arreglo al art. 26 del Concordato, son competentes para ello únicamente los tribunales estatales.
- El Concordato, en su art. 29 preceptúa, de forma imperativa, que la excepción de compensación se estimará en el procedimiento arbitral únicamente si se encuentra amparada por el compromiso arbitral; la ZPO de Zurich la admite (38). A este respecto hay que observar que en el Derecho concordatario, la compensación inadmisibles (!) lleva a la suspensión del procedimiento arbitral, y a la parte que la alega se le concede un plazo adecuado para deducir su derecho ante el tribunal estatal.

(37) Enumeración detallada en STRÄULI/MESSMER/WIGET, 3 antes del párrafo 238.

(38) En concordancia con BGE, 63, II, 133; el Concordato se aparta deliberadamente de esta jurisprudencia; cfr. *Schweizer Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkelt*, edición cuatrilingüe (Lausanne, 1974), notas 28 y 29.

Es obvio que la regulación del Concordato incita casi a dilatar el procedimiento.

- El aseguramiento de las costas procesales se encuentra regulado en el parágrafo 247 ZPO de otro modo que en el Concordato (art. 30).
- Con arreglo al art. 33 del Concordato es posible renunciar a priori a la forma motivada del laudo; el parágrafo 254 ZPO no lo permite hasta después de recibida la parte dispositiva del laudo.
- Con arreglo al Concordato, los árbitros fijan su propia remuneración en el laudo, sin perjuicio de la queja de nulidad (artículo 33 g; 36 i); según la ZPO de Zurich, sólo el Juez estatal puede decidir de forma vinculante.
- Y finalmente, el sistema de recursos es diferente.

De este modo, el arbitraje que se desarrolla con arreglo a la ZPO de Zurich es distinto de aquél regulado por el Concordato. Si se sopesan las soluciones, qué duda cabe que existen pros y contras y resulta difícil valorar cuál de los procedimientos es mejor.

Pero antes de fijar la sede de un arbitraje en Zurich o en un Cantón signatario del Concordato, estas diferencias deberían ser ponderadas.

b) En cuanto al tema que si el Derecho de Zurich garantiza la independencia de los tribunales arbitrales del mismo modo que el derecho concordatario, hay que contestar en sentido afirmativo, ya que la regulación que el Concordato hace de este tema se basa en la jurisprudencia del Tribunal Federal (39) y, por ende, en el Derecho Federal. El árbitro es, en la opinión suiza, un auténtico Juez (si bien un Juez privado), y con arreglo a la Constitución, la independencia es una cualidad inseparable del cargo de Juez.

c) En cuanto a la temática de los conflictos de jurisdicción, la regulación de la ZPO es incluso más rigurosa que la del concordato. El tribunal arbitral resuelve acerca de su propia competencia (parágrafos 241, 111). Si el demandado alega la excepción de incompetencia, lo debe hacer con anterioridad a la vista sobre el fondo. El tribunal arbitral tiene entonces la obligación (con arreglo al Concordato tiene la facultad) de resolver sobre su competencia. Contra esta resolución cabe recurso ante el Tribunal Superior en virtud del parágrafo 241, apartado 2, ZPO.

(39) Supra, notas 30, 31.

d) Con ello hemos llegado al tema de los recursos, entre los que se cuentan el recurso de competencia, la queja de nulidad y la revisión.

aa) El recurso de competencia. En virtud del parágrafo 276 ZPO, este recurso debe ser interpuesto en el plazo de 10 días desde la notificación por escrito del laudo, con exposición de los fundamentos en que se apoya. Contra la resolución de este recurso cabe la queja de nulidad (40). El recurso de competencia es un recurso ordinario, de modo que el dejar transcurrir el plazo sin interponerlo o el hecho de que no cabe ya queja de nulidad (41) hacen que la decisión sobre la competencia adquiera fuerza de cosa juzgada.

bb) La queja de nulidad. Contra los laudos caben, con arreglo al parágrafo 255, la queja de nulidad y la revisión. En los casos en que el tribunal arbitral tiene facultad para decidir según equidad, la arbitrariedad constituye causa de nulidad. Es competente para conocer de la queja de nulidad, el Tribunal Superior.

Esta queja de nulidad, al igual que la queja de nulidad con arreglo al derecho concordatario, constituye un recurso ordinario, pues debe ser interpuesta en el término de 30 días desde la notificación por escrito de la decisión. (cfr. parágrafo 287). Pero es un recurso distinto a aquel contemplado en el Concordato, si se atiende a las causas de nulidad contempladas en el parágrafo 281 ZPO, es decir:

- 1. — Infracción de un principio procesal fundamental,
 - 2. — Admisión de los hechos de forma arbitraria o contraria a lo que consta en autos,
 - 3. — Infracción de normas claras del Derecho material.
- Aun cuando aquí sólo se citan tres motivos, mientras que el art. 37 del Concordato contiene un catálogo de nueve «gravamina», en mi opinión estas tres cláusulas generales engloban mayor número de supuestos, especialmente cuando — como más arriba se ha expuesto (42) — resulta aplicable el Derecho procesal del juicio ante los Juzgados de Distrito (Bezirksgericht): ¿Qué es, en este caso, un principio fundamental del proceso?

No ahondemos más en la cuestión, pero tampoco debemos pasar por alto que el parágrafo 249 define brevemente los principios básicos para el procedimiento arbitral:

- (40) STRÄULI/MESSMER/WIGET, parágrafo 242, nota 3.
- (41) En este caso lleva al Tribunal de Casación (parágrafo 281 ZPO); así STRÄULI/MESSMER/WIGET, parágrafo 242, nota 3.
- (42) Supra, 2 a).

- Ninguna de las partes debe ser colocada en una posición preeminente en el proceso (43).
- Las partes deben ser oídas en el proceso.
- El tribunal arbitral no debe conceder a las partes ni más cosas ni otra cosa distinta de la que han pedido, ni tampoco menos de lo que la parte contraria ha reconocido.

Pero ésta es la regla general. ¿Rige también si el Derecho procesal aplicable es el correspondiente a la primera instancia ante el Juzgado de Distrito o rige aquí más?

Y la violación de «normas claras de Derecho material». Mi opinión al respecto es que esta causa de nulidad concuerda con el artículo 36 f) del Concordato (violación manifiesta del Derecho). Por otra parte: la «admisión contraria a los autos» del párrafo 282, n.º 3, ZPO es más amplia que «las declaraciones manifiestamente contrarias a los autos» del art. 36 f) del Concordato.

cc) Respecto a la revisión, son aplicables los párrafos 293 y ss. ZPO. Al igual que la revisión del Derecho concordatario, constituye un recurso *extraordinario* que con arreglo al párrafo 295, debe ser interpuesto en el plazo de 90 días desde el descubrimiento de la causa, ante el *judex a quo*, es decir, ante el tribunal arbitral. Si un delito ha influido en la decisión arbitral en perjuicio del recurrente, el plazo empieza a contar a partir de la terminación del procedimiento criminal.

El único motivo de revisión, enunciado en el párrafo 293 —el descubrimiento (después de adquirido fuerza de cosa juzgada) de hechos y medios de prueba relevantes para la decisión—, es idéntico al art. 41, letra b) del Concordato. En cuanto al caso de la obtención del laudo mediante actos delictivos, si bien el párrafo 293 no lo nombra, el párrafo 295 ZPO, al regular los plazos, sí hace referencia a este tema, por lo que cabe deducir que puede ser incluido en el párrafo 293 ZPO.

Con ello, la diferencia más destacada entre la ZPO de Zurich y el Concordato, es la de que en éste es competente para la revisión el Tribunal Superior del Cantón, en virtud del art. 3, y en Zurich lo es el propio tribunal arbitral.

IV. RESULTADO

Comparando la regulación alemana del arbitraje internacional con los dos sistemas arbitrales suizos, hay que constatar que ambos or-

(43) Esto se refiere a la jurisprudencia del Tribunal Federal en materia de independencia de los tribunales arbitrales; ver notas 30, 31.

denamientos son favorables al arbitraje y que no ponen demasiados obstáculos al mismo; al contrario, lo fomentan de múltiples formas.

Por otra parte, me parece que tanto el derecho concordatario como también la ZPO de Zurich someten los tribunales arbitrales a un control de los tribunales estatales más severo que el control previsto en el ordenamiento alemán. Esto lo prueba la mayor incidencia de las normas *ius cogens*, el sistema detallado de recursos, los plazos más rigurosos para la alegación de vicios, pero también cuestiones específicas, como el problema de los conflictos de jurisdicción. En Suiza, la regulación de los conflictos de jurisdicción nunca es definitiva, y en la República Federal de Alemania las partes pueden acordar de modo vinculante la regulación de los conflictos de jurisdicción.

Pero, y con esto termino, las partes que pactan como sede de un arbitraje internacional la República Federal de Alemania o Suiza, no conocen el Derecho procesal a aplicar, en la mayoría de los casos, hasta cuando ya se ha producido el conflicto. Pero entonces, el Derecho aplicable ya ha sido elegido, y, casi siempre, sin posibilidad de modificarlo.

Con mi exposición he querido dar a conocer las características de estos sistemas arbitrales para así contribuir a su mejor comprensión, y para facilitar la elección consciente del Derecho a aplicar.

LA UNIDAD JURISDICCIONAL

Su consideración como garantía de la independencia judicial *

JUAN MONTERO AROCA

Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Valencia

SUMARIO: 1. Dedicatoria e introducción. — 2. La unidad jurisdiccional como aspiración. — Fuero único y unidad jurisdiccional. — 4. La unidad jurisdiccional en otras constituciones. — 5. De la Constitución de Cádiz a la LOPJ de 1870. — 6. De la LOPJ a la Constitución de 1978. — 7. La jurisdicción como noción base. — 8. Clasificación de los tribunales. — 9. Tribunales ordinarios. — 10. El «funcionamiento» de los tribunales. — 11. Tribunales especiales. — 12. Juez ordinario predeterminado por la ley. — 13. Final.

1. DEDICATORIA E INTRODUCCIÓN

— Cuando iniciábamos nuestra colaboración en el libro homenaje a otro maestro jubilado decíamos que, en nuestra opinión, la mejor manera de homenajear no podía consistir en dedicarle un tomo de estudios sobre materias dispersas y sin conexión entre ellas. La mejor prueba de reconocimiento intelectual consiste en recoger y publicar la obra dispersa del homenajeado; de ella podemos aprender todos. Ahora volvemos a hacerlo al revés. Por mi parte me limito a confiar en que el prof. Guasp comprenda que no hay intención alguna de enseñarle nada con estas páginas.

* Trabajo destinado a aparecer en los estudios en homenaje al profesor Guasp.

En mi obra publicada hasta el presente la influencia del Maestro es evidente. Bastaría recordar que mi primer libro, *La intervención adhesiva simple*, se inicia con una cita suya, pero además debo señalar que la teoría de la pretensión ha sido recogida por mí en la *Introducción al derecho procesal*. Lo anterior me coloca entre los discípulos del prof. Guasp, y ello a pesar de que personalmente no lo conocí hasta que yo era ya catedrático. Después he escrito de él como uno de los creadores de nuestro derecho procesal científico y he lamentado, en público y en privado, su voluntario alejamiento del mundanal ruido, no sólo por él, sino porque este mundo con él hubiera sido menos ruidoso y más científico.

Como contrapartida a lo anterior me reconozco uno de los iniciadores de lo que puede denominarse etapa del Derecho Jurisdiccional, en la evolución de lo que empezó llamándose práctica forense y hoy se conoce comúnmente como derecho procesal. Soy de los que opinan que la jurisdicción debe ser la noción base sobre la que construir toda una ciencia, en la que el proceso quedaría reducido a concepto secundario, en cuanto instrumento de aquélla. Y es por ello por lo que creo que debemos esforzarnos en estudiar la jurisdicción en todos sus aspectos, principalmente en aquellos que son inexplicables desde el proceso.

En el mundo actual es mucho más rica en matices y consecuencias la visión del Estado actuando jurisdiccionalmente que la del proceso, en el que el Estado es simplemente uno de sus sujetos. Entre otras cosas pasar del proceso a la constitucionalización de los principios básicos del Poder Judicial, o del estatuto orgánico de los jueces, supone un salto que no tiene explicación coherente. Cómo explicar desde el proceso —y vamos al tema que pretendemos desarrollar en parte— el principio de unidad jurisdiccional.

El art. 117.5 de la Constitución sólo adquiere sentido en una visión global del Poder Judicial que responde, a su vez, a una manera concreta de organizarlo. Hoy el principio de unidad jurisdiccional tiene en la Constitución un doble sentido. Por un lado supone la consagración de una aspiración política y técnica largamente sentida, en virtud de la cual los tribunales responderán a un modo específico de ser organizados y de funcionar, y por otro tiene una aplicación nueva, incardinada en la propia Constitución y derivada de lo que viene denominándose el Estado de las Autonomías.

Nosotros vamos a atender al primer sentido, en cierta medida el tradicional, y pretendemos aclarar, en primer lugar para nosotros mismos, un precepto que está en la base de la jurisdicción. Dejaremos sin estudiar, de momento, el significado de la unidad jurisdiccional en relación con aquel sentido que parte de negar la existencia de poderes judiciales de las comunidades autónomas.

Debemos advertir que el tema fue ya estudiado por nosotros preconstitucionalmente (1), y que si ahora volvemos a él es porque creemos que algo ha cambiado con la promulgación de la Constitución.

2. LA UNIDAD JURISDICCIONAL COMO ASPIRACIÓN

Cuando el art. 117.5 de la Constitución proclama que «el principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales», no hace sino recoger una aspiración largamente sentida, dando así remate a un movimiento político y técnico. En efecto, de pocos temas se discutió más en los últimos años del franquismo que del principio de unidad jurisdiccional —se sobreentiende que dentro del campo del derecho—, y ello tanto a nivel técnico como político, e incluso en publicaciones no especializadas.

A nivel técnico, y por limitarnos a las peticiones más trascendentes, cabría referirse a las conclusiones de los Congresos Nacionales de la Abogacía (2) y a las reuniones de Profesores de derecho procesal de las Universidades Españolas (3), aparte de multitud de estudios individuales de los que difícilmente cabe hacer aquí enumeración exhaustiva. A nivel político baste decir que tanto la Junta Democrática de España como la Plataforma de Convergencia Democrática, en múltiples ocasiones se refirieron a la unidad jurisdiccional y a la supresión de los tribunales especiales, aspiración que se

(1) MONTERO, «Unidad de jurisdicción y tribunales especiales», en *Boletín del I. Colegio de Abogados de Oviedo*, 1976, núm. 12, pp. 33-41, y en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1981, pp. 55-71.

(2) En el III Congreso nacional de la Abogacía (Valencia, 1954) decía la conclusión 24: «El Congreso acuerda exponer al Gobierno el deseo de la Abogacía española, de que se consagre el principio inderogable de la unificación jurisdiccional, ejercida por la jurisdicción ordinaria, única competente en toda la Nación para conocer de toda clase de asuntos, sin perjuicio de que se articulen los tipos especiales de procesos necesarios», y continuaba admitiendo el mantenimiento como «jurisdicciones especiales» de la eclesiástica, la castrense y los Tribunales Tutelares de Menores.

En el IV Congreso (León, 1970) se concluyó también pidiendo «la supresión de las jurisdicciones y tribunales especiales, transfiriendo a la jurisdicción ordinaria el conocimiento de los asuntos a aquéllas encomendados» (Tema VII, conclusiones A, 1.ª).

(3) Los Profesores de derecho procesal reiteraron la necesidad práctica del principio de unidad jurisdiccional, en varias de sus reuniones anuales; así en la I, Sevilla, 1965, y VII, Valencia, 1972. En la I se concluyó: «Debe afirmarse el principio de la unidad jurisdiccional, reintegrándose a sus órganos las atribuciones de índole declarativa o ejecutiva que indebidamente se han reconocido a otros órganos administrativos».

puso también de manifiesto en la declaración de 26 de marzo de 1976, por la que se constituyó Coordinación Democrática (4).

Lo anterior pone de manifiesto que no estamos ante un tema sólo de técnica jurídica, sino también de grave contenido político, por cuanto es una de las bases de la configuración del Poder Judicial.

3. FUERO ÚNICO Y UNIDAD JURISDICCIONAL

Una de las constantes de nuestra historia jurídica, es decir, de una parcela de nuestra historia, en los siglos XIX y XX ha sido la persecución de la unidad jurisdiccional. En ese largo período de tiempo ha cambiado la terminología y, de alguna manera, ha cambiado también el sentido del fin perseguido, que ha debido acomodarse a las cambiantes circunstancias, pero sin embargo la aspiración se ha mantenido. La persistencia de este fenómeno jurídico nos obliga a examinarlo históricamente, aun con la conveniente brevedad. En la terminología hemos pasado del fuero único a la unidad jurisdiccional.

En la Constitución de Cádiz el art. 248 establecía que «en los negocios comunes, civiles y criminales, no habrá más que un solo fuero para toda clase de personas» (aunque luego en los arts. 249 y 250 se refería a los fueros eclesiástico y militar); también la Constitución de 1837, en su art. 4, se refirió a la unidad de fuero para todos los españoles en los juicios comunes, civiles y criminales. En la Constitución de 1845 no había disposición en este sentido, pero al presentarse el dictamen se hablaba de fueros, no de jurisdicciones (5). En la de 1869 el art. 91, IV, reprodujo prácticamente a la letra el art. 4 de la de 1837, y la expresión fuero en este contexto político no puede extrañar, si se tiene en cuenta que muy poco antes de la Revolución Gloriosa había dictado el célebre Decreto de Unificación de Fueros de 6 de diciembre de 1868. El término se repite en la Constitución de 1876.

Resulta así que en los inicios del siglo XIX la legislación empleaba comúnmente el término fuero (sin perjuicio de alguna excepción) (6).

(4) El *tempus* político de los últimos años ha sido tan rápido que estos órganos, de vida efímera por otra parte, desde la política actual parecen cosa de un pasado muy remoto. Hoy han caído en el olvido, pero en su momento ocuparon buena parte, primero, de los rumores de los mentideros políticos y, después, de las primeras planas de los diarios y revistas de información general.

(5) SEVILLA ANDRÉS, D., *Constituciones y otras leyes y proyectos políticos de España*, I, Madrid, 1969, p. 369.

(6) La más destacada es el Reglamento provisional para la Administración de Justicia en lo respectivo a la Real jurisdicción ordinaria de 1835, pero in-

cluso en él el art. 72 se refería a «fuero ordinario» y a «juzgados especiales o privativos».

que fue la doctrina la que empezó a hablar de jurisdicción ordinaria y especiales. La doctrina empezó utilizando como sinónimos los términos fuero y jurisdicción, y así decía ORTIZ DE ZÚÑIGA: «También se entiende por fuero lo mismo que por jurisdicción; y así cuando uno está sujeto a la real ordinaria, se dice que lo está al fuero común, y cuando se halla subordinado a la jurisdicción eclesiástica o a la militar, se entiende que goza de fuero privilegiado» (7). Ya en el siglo XX, y sobre todo a partir del «procesalismo científico» (8), el término jurisdicción, y por lo tanto la expresión unidad jurisdiccional, acaba por imponerse, aunque todavía en la Constitución de 1931, el art. 95, aunque se refería ya a «las jurisdicciones existentes», mantiene una referencia a fuero.

Hoy el término fuero ha perdido su antiguo significado. Ni la Ley Orgánica del Estado de 1967 ni la Constitución de 1978 lo incluyen en sus artículos. Sin embargo, el término se sigue manejando por la doctrina y la práctica, pero ahora con referencia casi exclusivamente a la competencia territorial (9), habiendo adquirido un

cluso en él el art. 72 se refería a «fuero ordinario» y a «juzgados especiales o privativos».

(7) ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., *Elementos de práctica forense*, t. I, Madrid, 1851, pp. 15-6. Para la evolución a lo largo del siglo XIX vid. SALA, J., *Ilustración del Derecho Real de España*, t. II, Valencia, 1803, pp. 152 y 162; GÓMEZ NEGRO, L., *Elementos de práctica forense*, 4.ª ed., Valladolid, 1838, pp. 24-5; TAPIA, E. de, *Manual de práctica forense en forma de diálogo*, 4.ª ed., Madrid, 1832, pp. 44 y ss.; RODRÍGUEZ, J. M., *Apuntes sobre práctica forense*, cuaderno 1.º, Sevilla, 1840, pp. 30 y ss., e *Instituciones prácticas o curso elemental completo de práctica forense*, t. I, Sevilla, 1842, p. 42; VICENTE Y CARAVANTES, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento*, t. I, Madrid, 1856, pp. 172 y ss.; LASTRES, F., *Procedimientos civiles y criminales*, 7.ª ed., Madrid, 1881, p. 24; GUTIÉRREZ-CANAS, D., *Ensayo sobre la filosofía del procedimiento judicial, la técnica y la moral en el foro*, t. I, Valladolid, 1900, pp. 109 y ss.; LÓPEZ MORENO, S., *Principios fundamentales del procedimiento civil y criminal*, t. I, Madrid, 1901, pp. 58 y ss.

(8) Sobre la evolución doctrinal del ahora denominado derecho procesal, vid. MONTERO, *Evolución y futuro del derecho procesal*, en prensa en Editorial Temis, de Bogotá, en donde se examina la evolución en España. La expresión «procesalismo científico» es de ALCALÁ-ZAMORA, «Evolución de la doctrina procesal», en *Estudios de teoría general e historia del proceso*, t. II, México, 1974, p. 208.

(9) El empleo de fuero como sinónimo de jurisdicción es hoy excepcional, pero por ejemplo en este sentido se emplea en el art. 274, I, de la LECRIM, en la cual se encuentra también el término derivado de «aforado» en los arts. 11, 12, I, y 16, I, por ejemplo. En el Código de Justicia Militar su uso es más general, vid. así art. 21 y VALENCIANO AZMOYNA, J., *La reforma del Código de Justicia Militar*, Madrid, 1980, pp. 34 y 36.

En leyes más modernas todavía cabe hallar alguna vez la palabra como sinónimo de jurisdicción; éste es el caso de la ley de 26 de abril de 1969, básica de Movilización Nacional (art. 18), y de la ley de Policía de 4 de diciem-

nuevo sentido. Así, en un reciente manual de derecho procesal civil dice RAMOS: «Los criterios que permiten la fijación de estas normas de competencia territorial se denominan fueros» (10).

Utilizando ya de modo exclusivo la expresión unidad jurisdiccional, este principio se convirtió en una aspiración tan compartida por todas las fuerzas políticas que en la elaboración de la Constitución de 1978 no llegó a suscitar debate. Ya en el Anteproyecto que presentó la Ponencia en enero de 1978 (11), se decía en el entonces artículo 107.3: «El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los tribunales», y esta redacción llegó al texto definitivo de la Constitución sin discusión y sin enmiendas, salvo en lo relativo a la numeración del artículo (12).

4. LA UNIDAD JURISDICCIONAL EN OTRAS CONSTITUCIONES

Para situar la aspiración española al fuero único o a la unidad jurisdiccional en su contexto, debemos hacer una breve referencia a las constituciones de las naciones más próximas a nosotros. De este examen se desprende, creemos que con sorpresa para buena parte

bre de 1978, cuando dispone que la Guardia Civil tendrá fuero militar. Obsérvese que estos últimos rescoldos se refieren siempre a la «jurisdicción militar», en donde los cambios parecen más difícil y siempre son más tardíos.

(10) RAMOS, F., *Derecho procesal civil*, Barcelona, 1980, p. 163. En el mismo sentido dicen PRIETO-CASTRO, ALMAGRO y G. DELEITO, *Tribunales españoles. Organización y funcionamiento*, 5.ª ed., Madrid, 1979, p. 174: «Los motivos determinantes del señalamiento de esta competencia (la territorial), es decir, de la atribución de cada asunto concreto a un tribunal concreto entre los varios de igual clase, son llamados fueros, por transcripción del *forum* romano, lugar donde funcionaba el tribunal». Antes PRIETO-CASTRO, *Tratado de derecho procesal*, I, Madrid, 1952, p. 496. También GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil* (con Herce), I, Madrid, 1976, p. 101.

(11) Boletín Oficial de las Cortes, 5 de enero de 1978. Citamos por *Constitución española. Trabajos parlamentarios*, Cortes Generales, Madrid, 1980, 4 vols., ahora tomo I, p. 25.

(12) Sobre el art. 107.3 del Anteproyecto sólo se presentó una enmienda de UCD, la 779, que pretendía simplemente alterar el orden de los párrafos (*Constitución española*, cit., I, pp. 496-7). Por lo demás el texto pasó sin discusión por la Comisión (p. 1363) y por el Pleno del Congreso (t. II, p. 2291). En el Senado sólo cabe registrar la enmienda del Sr. Durbán (de UCD), pretendiendo que el párrafo siguiente diciendo: «...Tribunales, cualquiera que sea su soporte administrativo», lo que justificaba aduciendo que podía ser conveniente que «cualquier orden jurisdiccional pudiera recibir una mejor asistencia técnica estando enmarcado en un Departamento Ministerial más afín o adecuado a la competencia específica de que se trate» (t. III, p. 2950), con lo que evidentemente se estaba pensando en las Magistraturas y el Ministerio de Trabajo; pero esta enmienda no se discutió ni en la Comisión (p. 3815) ni el Pleno (t. IV, p. 4616).

de nuestros lectores, que esas constituciones no hacen alusión a ese principio, por lo menos literalmente.

Así, en la Ley Fundamental de Bonn de 1949 se habla de las jurisdicciones ordinaria, administrativa, financiera, laboral y social (artículo 95), de un tribunal federal para asuntos de propiedad industrial (en el art. 96), e incluso de que sólo por ley podrán ser establecidos tribunales para materias especiales (art. 101). Resulta, así, no sólo que constitucionalmente están admitidas las «jurisdicciones especiales», sino que incluso esos tribunales están incardinados administrativamente en distintos ministerios.

En la Constitución italiana de 1947 se habla sí de magistrados ordinarios y de que no podrán nombrarse jueces extraordinarios o especiales, aunque sí secciones especializadas en determinadas materias (art. 102), pero el art. 108 se refiere al aseguramiento de la independencia de los jueces de las jurisdicciones especiales, y no hay alusión a la unidad jurisdiccional.

La Constitución francesa de 1958, parca en extremo en esta materia, se limita a referirse a la independencia judicial (Título VIII).

La misma falta de referencia a la unidad jurisdiccional podemos encontrar, dejando a un lado los países comunistas, con los que es ociosa toda comparación, en México (Constitución de 5 de febrero de 1917), en Portugal (por lo menos en la Constitución de 2 de abril de 1976) (13), o en Suecia (Instrumento de Gobierno de 28 de febrero de 1974), y desde luego en los Estados Unidos e Inglaterra.

Resulta, pues, que aparentemente la aspiración de la unidad jurisdiccional es una especialidad española. De lo que sigue se desprenderá que la especialidad es más formal que real.

5. DE LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ A LA LOPJ DE 1870

Desde 1812 hasta nuestros días, desde que la Constitución de Cádiz proclamó el principio de un solo fuero para toda clase de personas, hasta que la Constitución de 1978 declara que la unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los tribunales, se ha producido una evolución en la que no sólo han cambiado las palabras, sino también de alguna manera el fondo de

(13) En la Constitución portuguesa de 1976 el art. 220 aludía a la unidad de la Magistratura, estableciendo que los jueces formarían un cuerpo único, rigiéndose por un solo estatuto (vid. GUTIÉRREZ-ALVIZ y ARMARIO, «La Justicia según la Constitución portuguesa de 2 de abril de 1926», en *Estudios jurídicos*, Sevilla, 1978, p. 249), pero con ello no se hace alusión directa a la unidad jurisdiccional. También en la Constitución española se establece el cuerpo único y la unidad de estatuto (art. 122.1).

la cuestión. El momento fundamental del cambio se produce con el Decreto de Unificación de Fueros de 1868 y con la Ley provisional Orgánica del Poder Judicial de 1870.

En la primera etapa la aspiración del fuero único persigue introducir claridad en la administración de justicia, no se descubre en ella un camino para garantizar mejor los derechos y libertades de los ciudadanos. Es evidente que el Decreto de 6 de agosto de 1811, de incorporación de los señoríos jurisdiccionales a la Nación, en virtud del cual nadie podría en adelante ejercer jurisdicción ni nombrar jueces (14), se basa en una concepción política del Estado que tiende a acabar con el feudalismo (en el Decreto se insiste en que nadie podrá llamarse señor de vasallos), unificando la nación y su soberanía, pero partiendo de aquí el art. 248 de la Constitución de Cádiz —el relativo a un solo fuero— puede calificarse mejor de técnico que de político; tendía a una mayor efectividad de la justicia, a evitar los conflictos entre «jurisdicciones» y la impunidad de los delitos, a la unidad del sistema en la administración de justicia (15). La unificación de fueros es un instrumento de la centralización pro-

(14) El Decreto de las Cortes puede verse en SEVILLA, *Constituciones*, I, cit., pp. 107-9.

(15) Creemos que puede ser útil la transcripción de un párrafo, algo extenso, en el que el autor del *Discurso Preliminar* de la Constitución de 1812 pretende justificar el art. 248 (en SEVILLA, *Constituciones*, I, cit., p. 139): «La Comisión no necesita detenerse a demostrar que una de las principales causas de la mala administración de justicia entre nosotros es el fatal abuso de los fueros privilegiados introducido para ruina de la libertad civil y oprobio de nuestra antigua y sabia Constitución. El conflicto de autoridades que llegó a establecerse en España en el último reinado, de tal modo había anulado el imperio de las leyes, que casi parecía un sistema planeado para asegurar la impunidad de los delitos. Tal vez el estudio entero de la jurisprudencia y el artificioso método del foro, no ofrecían a los jueces y oficiales de justicia tantas dificultades como el solo punto de las competencias. ¡Qué subterfugios, qué ingeniosas arbitrariedades no presentan los fueros particulares a los litigantes temerarios, a los jueces lentos o poco delicados, a los ministros de justicia que quieren poner a logro el caudal inmenso de su cavilosa sagacidad! La sola nomenclatura y discernimiento de los fueros privilegiados exigen un estudio particular y meditado. La justicia, Señor, ha de ser efectiva, y para ello su curso ha de estar expedito. Por lo mismo, la Comisión reduce a uno solo el fuero o jurisdicción ordinaria en los negocios comunes, civiles y criminales. Esta gran reforma bastará por sí sola a restablecer el respeto debido a las leyes y a los tribunales, asegurará sobremanera la recta administración de justicia y acabará de una vez con la monstruosa institución de diversos estados dentro de un mismo estado, que tanto se opone a la unidad de sistema en la administración, a la energía del Gobierno al buen orden y tranquilidad de la Monarquía».

A continuación el *Discurso* justifica el mantenimiento de los fueros de clérigos y militares (arts. 249 y 250), este último partiendo de la base de que «el soldado es un ciudadano armado solamente para la defensa de la patria».

pia de la ideología liberal, aunque en último extremo aspira a la igualdad entre los ciudadanos.

La Constitución de Cádiz no consiguió el fin perseguido. El Decreto de 4 de mayo de 1814 acabó con ella y con la mayor parte de la obra legislativa gaditana (16); resucitaron así las antiguas «jurisdicciones», desde la Inquisición hasta el fuero de nobles, desde el fuero de extranjería hasta el de la guardia real. No tiene sentido hacer aquí relación de los fueros existentes durante los dos primeros tercios del siglo XIX; algunos fueron desapareciendo paulatinamente (la Inquisición es el ejemplo más destacado), pero otros surgen en ese momento (baste recordar la creación de los Consejos Provinciales, ley de 2 de abril de 1845, y del Consejo Real, luego de Estado, ley de 6 de julio de 1845). El fuero único va a ser logrado en la medida de lo posible, en 1868.

El Decreto de Unificación de Fueros de 6 de diciembre de 1968 vino a confirmar que en esta primera etapa no entran en juego problemas fundamentales relativos a la independencia judicial, y a la garantía que en ella encuentran los justiciables. Hay un párrafo en la exposición de motivos del Decreto que resume su justificación: «Así se conseguirá la unidad de fueros, reclamada por la ciencia y deseada por la opinión; así se logrará pronta justicia en los juicios civiles y criminales; así será fácil y expedita la aplicación de la ley; así no podrá decirse que las excepciones y privilegios se erigen en sistema para la impunidad de los delitos; así se conseguirá la uniformidad en la jurisprudencia, la armonía en la inteligencia del precepto legal, la mayor autoridad en los fallos de los Tribunales...».

La existencia detrás del Decreto de Unificación de Fueros de una decidida voluntad política, aparece desvelando el simple dato de que el Decreto, obra del Gobierno provisional nacido de «la gloriosa revolución que se inició en Cádiz», fue promulgado cuando no habían transcurrido dos meses desde la formación del propio Gobierno, el cual había incluido en su programa, junto al restablecimiento de las libertades públicas, la declaración de la unidad de fueros. Y esa misma voluntad política llevó después a la promulgación de la Ley provisional sobre Organización del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870, ley que fue posible porque antes habían desaparecido los fueros privilegiados, obstáculo fundamental que se oponía a la refor-

(16) Con la mayor parte sí, pero no con toda como erróneamente suele afirmarse en contra del tenor literal del propio Decreto de 4 de mayo de 1814 (su texto completo en SEVILLA, *Constituciones*, I, cit., pp. 219-24), en el que puede leerse: «...mi Real ánimo es no solamente no jurar ni acceder a dicha Constitución ni a Decreto alguno de las Cortes generales y extraordinarias y de las ordinarias actualmente abiertas, a saber, los que sean depresivos de los derechos y prerrogativas de mi Soberanía...».

ma, obstáculo no removido en los cincuenta y ocho años que habían transcurrido desde la Constitución gaditana, pero que removido permitió levantar el nuevo edificio del Poder Judicial (17).

En esta primera etapa los fueros privilegiados, o las jurisdicciones especiales, dicho sea en terminología actual aunque no correcta, no significaban un atentado a la independencia judicial, y ello por la fundamental razón de que ésta no existía, ni siquiera con relación al fuero ordinario.

Ciertamente en las diversas constituciones se habían venido recogiendo los principios de independencia e inamovilidad, pero de la proclamación constitucional no se había pasado a la práctica. La exposición de motivos de la LOPJ lo reconoció paladinamente al decir que las constantes violaciones de la inamovilidad se justificaban alegando la falta de una ley de organización judicial, que los nombramientos de los jueces se debían al favor, a bastardas influencias o al espíritu de partido, que la responsabilidad judicial no se traducía en un hecho real y practicable (18). La LOPJ inició el camino para una verdadera inamovilidad judicial (19), y a partir de ella puede empezarse a hablar de una magistratura que aspira realmente

(17) Vid. la exposición de motivos de la LOPJ de 1870, publicada por primera vez por LASO GAITÉ, F., *Crónica de la Codificación Española. I. Organización judicial*, Madrid, 1970, p. 107. Esta obra no se publicó bajo el nombre de Laso, pero hay que dar a cada uno lo suyo.

(18) Supongo que el lector se habrá percatado de que determinados ataques que la magistratura está sufriendo en la actualidad responden a esta misma mentalidad. El esquema de pensamiento de los que atacan es el siguiente: Los jueces y magistrados actuales no los hemos nombrado los representantes legítimos del pueblo, sino que provienen del régimen anterior, lo que los convierte en fascistas; es cierto que la Constitución y las leyes dicen que son inamovibles, pero esas normas suponen la admisión de principios propios del liberalismo burgués, por lo que el hombre de izquierdas no debe sentirse vinculado por ellas; hay que depurar a la magistratura, asegurándonos que los que se queden tienen nuestra ideología y que los nombrados son afines a nuestro partido; éste debe controlar los tres poderes, pues tiene detrás los votos de los españoles.

Si la situación fuera al revés, si la derecha hubiera accedido al poder después de un período de mandato de la izquierda, los argumentos serían los mismos, sólo que contrarios.

Esta concepción del Estado y del poder político es la que impidió en el siglo XIX tener una magistratura independiente. Esperemos que no lo impida también en el final del siglo XX.

(19) No es cierto que la LOPJ de 1870 estableciera definitivamente la inamovilidad y la independencia judicial; bastaría recordar en su contra el Decreto de 23 de enero de 1875, que derogó la Disp. Transitoria VI de la LOPJ, regulando a su vez la inamovilidad. Sí es cierto, por el contrario, que la LOPJ puso las bases de la inamovilidad, y que a partir de ella puede empezarse a hablar de una judicatura que tiende a ser independiente a nivel personal.

a ser independiente a nivel personal, aunque no de un Poder Judicial autónomo.

No existiendo la independencia judicial antes de 1870, los fueros especiales no constituían un ataque a la misma; su razón de ser era el privilegio de grupos sociales. La ideología liberal logró en buena parte su desaparición, más desde el punto de vista de la igualdad de los ciudadanos ante la ley y de la unificación del Estado, que desde aspiraciones relativas a la mejor tutela de los derechos y libertades de los justiciables.

6. DE LA LOPJ A LA CONSTITUCIÓN DE 1978

La legislación de la Revolución Gloriosa de hace poco más de un siglo, marca el gozne entre las dos etapas de que veníamos haciendo mención. Se había logrado la unificación de fueros y se había puesto en marcha la independencia judicial de los tribunales ordinarios o del fuero común. A lo largo del siglo transcurrido cabe registrar dos movimientos aparentemente contrarios: por un lado se acentuará la independencia de los tribunales ordinarios y por otro no se conseguirá mantener la unidad de fuero. Estos dos movimientos están íntimamente relacionados entre sí.

En primer lugar hay que recordar que, a pesar de todos los obstáculos, los jueces y magistrados españoles a lo largo del siglo transcurrido desde 1870 a 1975, habían logrado en el ámbito personal una cierta independencia. Insistimos en lo relativo al ámbito personal. Es cierto que el Poder Judicial no existía realmente como tal, en cuanto no había logrado su autonomía, estando los jueces y magistrados incardinados administrativamente en el Ministerio de Justicia y de él dependían sobre todo en lo relativo a ascensos, pero no es menos cierto que la inamovilidad era un hecho, no siendo separados, suspendidos, trasladados ni jubilados sino por las causas previstas en la ley. Que el ascenso a los «puestos de confianza estuviera vedado a los «díscolos», no les impedía llegar por antigüedad a magistrado de Audiencia y allí mantener una actitud independiente, seguros de no ser molestados.

Por otro lado hay simplemente que constatar que la unificación de fueros, lograda en 1870, había desaparecido un siglo después, y ello originando tal complicación que los autores que han estudiado el tema no se ponen de acuerdo sobre los tribunales no ordinarios existentes (20).

(20) LATOUR BROTONS, «Unidad de jurisdicciones», en *Revista de Derecho Judicial*, 1970, 41, p. 120, contaba hasta veinticinco jurisdicciones especiales.

En el trabajo que hemos citado al principio (21) al referirnos a las causas de aparición de los tribunales especiales, distinguíamos dos: ineficacia de los tribunales ordinarios y desconfianza del Poder Ejecutivo frente a los tribunales ordinarios. Pues bien, en esta segunda etapa si es cierto que algunos tribunales especiales nacieron por la primera causa, lo normal es que fuera la segunda la que diera origen a los tribunales especiales más conflictivos, y aun podría afirmarse que la desconfianza frente a los tribunales ordinarios existentes llevó a privarles de competencia en un triple sentido:

a) El sistema normal consistía en crear un tribunal especial, dotando a sus jueces y magistrados de un estatuto orgánico propio, por lo menos en lo relativo al sistema de nombramiento y cese, pretendiendo suprimir o atenuar su independencia. Si en una materia concreta el Poder Ejecutivo, o el Legislativo, pretendía influir en las decisiones judiciales, al no poder hacerlo con los tribunales ordinarios, se creaba un tribunal especial con las características dichas. Este es el caso, por ejemplo, de los Juzgados y del Tribunal de Orden Público, creados por la ley de 2 de diciembre de 1963 y suprimidos por el RD-ley de 4 de enero de 1977.

Si recordamos las materias que eran competencia del célebre Tribunal de Orden Público nos parecerán evidentes las razones políticas que «aconsejaron» sustraer estos asuntos de los tribunales ordinarios, para confiarlos a un tribunal especial en el que la independencia se había oscurecido, y prueba de ello era el sistema de designación de sus jueces y magistrados.

b) En otros casos no se creaba un tribunal especial sino que se ampliaba la competencia de otro ya existente, el cual, por otra parte, podía tener buenas razones para existir, pero dentro de los límites que justificaban su propia existencia. El ejemplo más destacado en este sentido es el de los tribunales militares.

El Decreto de Unificación de Fueros había reducido el ámbito de su competencia a los delitos meramente militares y a algunos comunes cuando fueran cometidos por militares en servicio activo, pero ese ámbito resultó ampliado por el Código de Justicia Militar de 27 de septiembre de 1890 y por la ley de 11 de noviembre de 1984, de

quinze civiles y diez penales; MATTES, *Spezialisierung und Konzentration in der Strafrechtspflege*, inédito, cit., por GIMENO, *Fundamentos de derecho procesal*, Madrid, 1981, p. 88, señalaba diez; LASO, *Crónica. I*, cit., pp. 341-3, enumeraba siete jurisdicciones especializadas y veintiuna especiales; con menos conocimiento técnico TOHARIA, «Modernización, autoritarismo y administración de justicia en España», en suplemento 51 de *Cuadernos para el Diálogo*, pp. 29-30.

(21) MONTERO, «Unidad de jurisdicción y tribunales especiales», en *Estudios*, cit., pp. 64 y ss.

organización y atribuciones de los Tribunales de Marina, y llegó a límites absurdos con la ley de Jurisdicciones de 23 de marzo de 1906. Se registran después diversas alternativas; en la dictadura de Primo de Rivera ampliación de sus competencias, con la II República limitación, con la Guerra Civil ampliación hasta el Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945, y todavía cabe registrar ampliaciones posteriores cuando las circunstancias políticas se hicieron difíciles para el Régimen (recuérdense, por ejemplo, los decretos de 21 de septiembre de 1960 y 16 de agosto de 1968, o la ley de 15 de noviembre de 1971), hasta la ley de 6 de noviembre de 1980, de reforma del Código de Justicia Militar, con la que se ha producido una evidente limitación, aunque todavía no en los términos queridos por el artículo 117.5 de la Constitución.

c) Con todo hubo, en la etapa que estamos examinando, un ataque todavía mayor contra los tribunales ordinarios, representado por la asunción de funciones jurisdiccionales por órganos administrativos. Aquí no se trata ya de la unidad jurisdiccional, sino de vulneración flagrante del principio de exclusividad de la jurisdicción (22). Esta situación se ha producido reiteradamente en España en las últimas décadas. Los ejemplos podrían multiplicarse, pero nos referiremos sólo a un caso ya derogado, al Juzgado de Delitos Monetarios; en este órgano de indudable naturaleza administrativa, el nombramiento de «juez» se acordaba libremente por el Consejo de Ministros, a propuesta del ministro de Hacienda, pero su condición no jurisdiccional era tan clara que hasta el Tribunal Supremo se vio obligado a negarle la condición de juez.

Lo anterior supone que en esta segunda etapa la aspiración a la unidad jurisdiccional es en el fondo aspiración a la independencia judicial, en cuanto máxima garantía del justiciable, ya lograda en buena medida por los tribunales ordinarios. Es sintomático que en las reiteradas peticiones de supresión de tribunales especiales, se hiciera siempre referencia a aquéllos en los que la independencia estaba más amenazada, por estar su competencia más próxima a la política (caso del Tribunal de Orden Público), mientras que aquellos menos implicados políticamente eran olvidados en las peticiones de supresión (caso de los Tribunales Arbitrales de Censos).

Las tres situaciones antes descritas son de imposible mantenimiento o reproducción después de promulgada la Constitución. La última en virtud del principio de exclusividad de la jurisdicción, que aquí no estudiamos; las dos primeras por el principio de unidad jurisdiccional, entendido como regla general y como excepción.

(22) Sobre él vid. MONTERO, *Introducción al derecho procesal*, 2.ª ed., Madrid, 1979, pp. 34-7.

7. LA JURISDICCIÓN COMO NOCIÓN BASE

Pero antes de entrar en el desarrollo de lo que deba entenderse por unidad jurisdiccional en la Constitución, es necesario precisar el concepto de jurisdicción. Atenderemos a ello brevemente puesto que este concepto fundamental ha sido ya estudiado por nosotros más extensamente (23).

La Jurisdicción en cuanto potestad (24) que emana de la soberanía popular (art. 1.2 de la Constitución) es necesariamente única e indivisible; es imposible conceptualmente que el Estado tenga más de una potestad jurisdiccional. En la Constitución española actual, y en todas las anteriores, se parte, y se partía, ideológicamente de su unidad y de su indivisibilidad. Es posible admitir diversas clases de jurisdicción cuando la potestad de juzgar emana de diversas soberanías, y en este sentido puede hablarse de jurisdicción eclesiástica (25), por un lado, y de jurisdicción secular o estatal, por otro. Pero dentro de un Estado unitario (aunque hoy sería más correcto decir dentro de un Estado no federal) no existe más que una fuente de la potestad jurisdiccional, porque sólo existe un pueblo en el que reside la soberanía; de él emanan todos los poderes, de él emanan las potestades, de él emana la potestad jurisdiccional.

La jurisdicción es una potestad de derecho público, caracterizada por el *imperium* derivado de la soberanía, que coloca a los jueces y magistrados, sus titulares, en una situación de superioridad respecto de las personas que con ellos se relacionan. Esta potestad es necesariamente única. Aunque lo anterior es evidente, a pesar de ello se viene tradicionalmente hablando de jurisdicción ordinaria, especial, etcétera, o bien de jurisdicción civil, penal, etc. Aparte de la existencia de una tradición terminológica española, que arranca de fuera pero que luego usa el término jurisdicción (26), las pretendidas cla-

(23) En *Introducción al derecho procesal*, cit.

(24) Sobre la noción de potestad vid. ROMANO, S., «Poteri, potestà», en *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1953, reimpresión; y sobre él FAIRÉN, «La potestad jurisdiccional», en *Revista de Derecho Judicial*, 1972, 51-52, y más recientemente «Poder, potestad, función jurisdiccional», en *El Poder Judicial*, Madrid, 1983, pp. 1173 y ss.; también MONTERO, *Introducción*, cit., pp. 20 y ss.

(25) La existencia de la jurisdicción eclesiástica es una cosa y otra muy distinta el reconocimiento o no que el Estado pueda hacer de ella. En todo caso es una jurisdicción extraestatal, vid. DE MIGUEL, «La unidad de jurisdicciones en materia penal», en *Problemas actuales del Derecho Penal y Procesal*, Salamanca, 1971, pp. 55-6.

(26) En este sentido puede verse, por no ir más atrás en el tiempo, a VICENTE Y CARAVANTES, *Tratado*, I, cit., pp. 135-8, el cual, dentro de la jurisdicción

ses de jurisdicción suponen simplemente una mera comodidad de léxico, con el que se quiere expresar la variedad de órganos a los que el Estado dota de potestad jurisdiccional (27).

El hablar de jurisdicción presupone también desconocer que la potestad jurisdiccional es indivisible. Un juez o unos magistrados no pueden tener parte de la jurisdicción; se tiene potestad jurisdiccional o no se tiene. En efecto, la jurisdicción como potestad de derecho público no puede ser fraccionable; el *imperium* o se tiene atribuido o no se tiene (28). Por ello ha de ser incorrecto decir que la jurisdicción civil se atribuye a unos órganos y la penal a otros. Correctamente, por el contrario, debe afirmarse que determinados órganos del Estado, los juzgados y tribunales, tienen jurisdicción, esto es, potestad, toda la potestad. La multiplicación de órganos jurisdiccionales se basa en la distribución de competencias.

Teóricamente podría sostenerse que la jurisdicción debería atribuirse a un único órgano dentro del Estado, pero dado que ello es prácticamente imposible, atendido el número de asuntos sobre los que se ejerce la jurisdicción, ha de procederse a la constitución de varios órganos a los que se atribuye la potencia jurisdiccional. A todos esos órganos —varios miles en el caso español— se dota de potestad jurisdiccional, de toda la potestad jurisdiccional, que no es divisible. En este sentido se puede afirmar que tanta potestad jurisdiccional tiene un juez de paz como el pleno del Tribunal Supremo.

Lo que se distribuye entre los distintos órganos jurisdiccionales del Estado no es la jurisdicción, la potestad, sino la función. El juzgar y ejecutar lo juzgado se ejerce con relación a las más diversas materias, por lo que, atendiendo a éstas, surgen las distintas competencias. Competencia, por tanto, no es la parte de jurisdicción que se confiere a un órgano (29), sino la parte de la función que se le

secular, distinguía entre jurisdicción perteneciente al orden judicial y correspondiente al orden administrativo, y dentro de la primera subdistinguía entre común u ordinaria y especial o privilegiada; a su vez hablaba de jurisdicciones en primero o en segundo grado y aun de jurisdicción territorial.

(27) PRIETO-CASTRO, *Tratado de derecho procesal*, I, Madrid, 1952, p. 139.

(28) LASCANO, D., *Jurisdicción y competencia*, Buenos Aires, 1941, p. 216, decía que «la potestad jurisdiccional no es fraccionable, en el sentido de que conserva toda su fuerza, cualquiera que sea el juez que la ejerza; se posee en toda su extensión o no se posee, porque el poder jurisdiccional, como todo poder, es uno e indivisible; sólo cuando se tiene todo ese poder es cuando la jurisdicción funciona, y es evidente que el que tiene competencia puede desarrollar la actividad jurisdiccional, que es siempre la misma, cualquiera sea el órgano que la ejerza». También PODETTI, *Teoría y técnica del proceso civil*, Buenos Aires, 1963, pp. 150 y ss., y DÍAZ, C. A., *Instituciones de derecho procesal*, t. II, vol. B, Buenos Aires, 1972, pp. 523 y ss.

(29) PRIETO-CASTRO, *Derecho procesal civil*, vol. I, Madrid, 1972, p. 158. Mantienen, o han mantenido, también este criterio de «parte» o «medida» de la

atribuye; insistimos en que la jurisdicción, en cuanto potestad, no puede repartirse (30).

El Estado, a la hora de configurar su organización judicial y de repartir la competencia entre los diversos órganos jurisdiccionales, es enteramente libre, por lo menos en el momento constituyente, y así puede decidirse políticamente si existirá o no tribunal constitucional, si existirán o no tribunales militares, si se prohíben o admiten los tribunales especiales, etc. Dentro de las pautas constitucionales el legislador ordinario puede establecer la organización judicial. Ahora bien, en todo caso se tratará de regular la única jurisdicción del Estado, de la que no hay variedades, aunque sí existen diversas clases de tribunales, y es con relación a éstas respecto de las que se predica la llamada unidad jurisdiccional (31).

8. CLASIFICACIÓN DE LOS TRIBUNALES

Si no existen clases de jurisdicción, sí existen clases de tribunales. Tradicionalmente (32) se ha venido distinguiendo entre tribunales ordinarios, especiales y de excepción, clasificación en la que más recientemente se ha incluido la clase de tribunal especializado. Esta clasificación atiende al criterio básico de la competencia, y sobre ella puede verse, por ejemplo, mi trabajo citado al principio de estas páginas. Pero lo que importa ahora es destacar que constitucionalmente esta clasificación carece de interés, aunque lo conserve científica y pedagógicamente.

Desde el art. 117.5 de la Constitución no pueden entenderse prohibidos los tribunales especializados —aquellos a los que se atribuye

jurisdicción para definir la competencia, MORTARA, L., *Manuale della procedura civile*, 9.ª ed., Torino, 1926, t. I, p. 108; CHIOVENDA, G., *Principii di diritto processuale civile*, 3.ª ed., Napoli, 1923, p. 483; MANZINI, V., *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires, 1951, trad. de Sentís Melendo y Ayerra Redín, t. II, p. 40; DEVIS ECHANDIA, H., *Nociones generales de derecho procesal civil*, Madrid, 1966, p. 99, entre otros muchos.

(30) GUASP, *Derecho procesal civil*, t. I, Madrid, 1968, p. 126, habla de la jurisdicción como potestad, pero a continuación se refiere a «cómo se reparte aquella potestad entre quienes pueden ser sus diversos titulares».

(31) PRIETO-CASTRO y otros, *Tribunales españoles*, cit., p. 157, afirman correctamente que «más que de una diversidad de 'jurisdicciones', se debe hablar de una 'diferenciación' de tribunales; en lugar de propugnar (cuando se propugna) la supresión de 'jurisdicciones especiales', se debe pedir la supresión de 'tribunales especiales', y en vez de 'unificación de jurisdicciones' hablar de 'unificación de tribunales'».

(32) Vid. por todos PRIETO-CASTRO, *Tratado de derecho procesal*, I, Madrid, 1952, pp. 140-3 y 288-9.

competencia atendiendo a ramas o sectores del ordenamiento jurídico—, sobre todo si se tiene en cuenta que la propia Constitución, en el art. 153, c, se refiere a «la jurisdicción contencioso-administrativa». Es por ello perfectamente constitucional una norma como la Disp. Final de la ley de 13 de mayo de 1981, de modificación del Código Civil, que prevé la creación de Juzgados de Familia (33).

Ni siquiera pueden considerarse inconstitucionales los tribunales especiales —aquellos a los que se atribuye competencia con relación a grupos de asuntos específicos—, pues incluso el art. 24.2 de la Constitución, y su referencia al juez ordinario predeterminado por la ley, tiene sentido muy diferente, según veremos al final.

Los tribunales de excepción, los creados con vulneración de las reglas de atribución de la competencia, con el fin de que conozcan de un caso particular o de algunos de esos casos, siendo establecidos *ex post facto*, si están prohibidos por la Constitución, primero expresamente en el art. 117.6, pero además porque vulnerarían lo dispuesto en el art. 24.2 sobre el juez legal.

Cuando la Constitución establece que «el principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales», en el art. 117.5, no está reaccionando contra la existencia de tribunales diversos por la competencia, sino contra la existencia de tribunales no independientes, y pretende impedir que se reproduzcan las situaciones a) y b) que examinamos en el núm. 6. El principio se explica como reacción a lo existente en el régimen político anterior.

Si antes de la Constitución existían tribunales en los que sus jueces y magistrados tenían un estatuto personal específico, que servía para atenuar o suprimir su independencia, el principio de unidad jurisdiccional va a significar que todos los jueces y magistrados que

(33) Las diferencias entre los tribunales ordinarios y los especializados no son siempre claras. Si atendemos, por ejemplo, al concepto que de tribunal ordinario dan PRIETO-CASTRO y otros, *Tribunales españoles*, cit., p. 37, la generalidad de los asuntos se refiere al orden (civil, penal o administrativo) de que se trate, con lo que las Salas de lo Contencioso-Administrativo, los Juzgados de Primera Instancia (civil) y los Juzgados de Instrucción (penal), separados en las grandes ciudades, como consecuencia de la Disp. Adicional 1.ª de la ley de 8 de abril de 1968 y el D. de 17 de agosto de 1973, son tribunales ordinarios. Por el contrario, si prescindimos de la referencia al orden (civil, penal, administrativo y laboral), los tribunales ordinarios por excelencia son los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, siendo especializados los antes dichos. Por otra parte si PRIETO-CASTRO y sus colaboradores fueran consecuentes deberían considerar a las Magistraturas de Trabajo tribunales ordinarios, pues se les atribuye el conocimiento de la generalidad de los asuntos del orden laboral, e incluso en el art. 1 de la Ley de Procedimiento Laboral se habla de «órganos jurisdiccionales del orden social».

servan en los órganos jurisdiccionales habrán de estar sujetos a un estatuto orgánico único, y éste habrá de ser de tal naturaleza que establezca y garantice su independencia.

Si recordamos lo dicho anteriormente sobre la aspiración política y técnica de la unidad jurisdiccional en relación con la segunda etapa, con la que va desde la LOPJ de 1870 a la Constitución de 1978, y advertimos que dicha aspiración era en el fondo una lucha por la independencia judicial, creo que se hará comprensible que el legislador constituyente plasmara en la norma fundamental una disposición en virtud de la cual no se pudieran crear tribunales en los que el Poder Ejecutivo pudiera influir o determinar las decisiones.

En la Constitución, pues, se parte como principio informador del Poder Judicial, de que los jueces y magistrados integrantes del mismo han de ser independientes, y establecido el principio tiende a garantizarlo con una serie de medidas; una de ellas es la unidad jurisdiccional.

En otras constituciones extranjeras se parte también de la independencia judicial y se establecen las garantías que se reputan necesarias. Las circunstancias políticas de cada país llevan al legislador constituyente a reputar necesarias unas u otras garantías; en España ocurre esto con la unidad jurisdiccional; en otros países son otras garantías. En último caso la finalidad es la misma: asegurar al justiciable un juez independiente.

La futura Ley Orgánica del Poder Judicial habrá de desarrollar el estatuto orgánico de los jueces y magistrados partiendo de su independencia, y entre las garantías de la misma la unidad jurisdiccional significará que todos los jueces y magistrados estarán sometidos al mismo estatuto, no pudiendo existir personal jurisdiccional con estatuto distinto. Estos jueces y magistrados integrarán los tribunales ordinarios.

Ahora bien, la misma Constitución ha establecido una serie de excepciones al principio de unidad jurisdiccional, y ha admitido o creado algunos tribunales especiales constitucionales, en los que el estatuto personal de los jueces y magistrados que los integran es distinto. Se trata de excepciones a la regla general, de tal manera que sólo existirán los admitidos o establecidos expresamente. Cualquier otro tribunal en el que el estatuto de su personal jurisdiccional sea distinto del ordinario, está prohibido por la propia Constitución.

Desde esta perspectiva, que es la que ahora nos interesa, desde la Constitución sólo pueden existir: tribunales ordinarios y tribunales especiales constitucionales.

9... TRIBUNALES ORDINARIOS

Constitucionalmente el principio de unidad jurisdiccional no atiende a la atribución de competencia; su finalidad es garantizar la independencia del personal jurisdiccional. Su desarrollo en la futura Ley Orgánica del Poder Judicial significará:

- 1.º) Que todos los jueces y magistrados tendrán un estatuto personal único.
- 2.º) Que todos habrán de ser técnicos y de carrera.
- 3.º) Que habrán de formar un cuerpo único.
- 4.º) Que estarán sujetos a la gestión de personal del Consejo General del Poder Judicial.

El tribunal en el que sus jueces y magistrados reúnan estas características podrá considerarse ordinario. Todos los demás serán especiales, unos admitidos por la Constitución y otros prohibidos.

Las características anteriores precisan ser desarrolladas aunque sea brevemente:

A) Estatuto único

En la segunda etapa de la evolución histórica (la resumida en el núm. 6) era relativamente frecuente la creación de tribunales especializados o especiales por la competencia, en los que lo verdaderamente importante eran las modificaciones en el estatuto personal de los jueces y magistrados, alteraciones que significaban ataques contra la independencia judicial. Todas las modificaciones en el estatuto orgánico realizadas en esa época, y referidas a los titulares de órganos judiciales concretos, tendían siempre a disminuir o a anular la independencia, nunca a aumentarla.

En el estatuto orgánico de la carrera judicial, el contenido en el reglamento de 28 de diciembre de 1967, el acceso a la carrera y los primeros destinos hasta alcanzar la categoría de magistrado por antigüedad, suponían una independencia apreciable, que quebraba en los «cargos de confianza». Pues bien, el reglamento de 27 de julio de 1968, orgánico del cuerpo de magistrados de trabajo, suponía una limitación de la independencia, incluso en los puestos iniciales (34). Mucho más claro era el caso de los magistrados del Tribunal de Orden Público, según la ley de 3 de diciembre de 1963.

Después de la Constitución todos los jueces y magistrados tendrán el mismo estatuto orgánico. No podrán crearse tribunales con perso-

(34) Vid. MONTERO, *El proceso laboral*, I, 1.ª ed., Barcelona, 1979, pp. 44-6. Para los cambios producidos vid. la misma obra 2.ª ed., Barcelona, 1982, pp. 46-7.

nal jurisdiccional de estatuto personal distinto. Esto no debe impedir la especialización del personal, y así podrá establecerse un sistema de acceso a los tribunales administrativos o laborales, basado en la oposición restringida o en el concurso de méritos, pero ello no podrá suponer cambios relativos a su nombramiento, traslado o cese. Tampoco se prohíbe la existencia de tribunales especiales por la competencia, siempre que sus titulares accedan a ellos de la misma forma como se ocupan los cargos en los otros tribunales, y siempre que en ellos no cambie su estatuto.

Quiere decir todo lo anterior que la Ley Orgánica del Poder Judicial, prevista en el art. 122.1 de la Constitución, habrá de regular un único estatuto jurídico de los jueces y magistrados de carrera. A la existencia de jueces no de carrera nos referiremos inmediatamente después.

B) *Técnicos y de carrera*

La Constitución opta decididamente por unos jueces y magistrados, integrantes del Poder Judicial, en los que concurren esos dos requisitos.

La condición de técnico presupone el conocimiento demostrado del derecho como ciencia. La aspiración del «juez letrado» ha sido una de las constantes de nuestra historia jurídica, desde la Constitución de 1812 (35), que todavía no ha sido lograda totalmente. Aparte de otras excepciones, a las que aludiremos después, la que importa destacar aquí es la de los jueces de paz, que en España vienen siendo tradicionalmente legos.

No existe base en la Constitución para estimar prohibidos los jueces legos, aunque no faltan argumentos a favor (36). Parece evidente que su supresión, después de varios siglos de existencia, requeriría mandato expreso. Admitida su posible existencia (37), los juzgados de paz (o como en el futuro se denominen) serán tribunales especiales, pues en ellos no concurrirán tres de las cuatro caracterís-

(35) Vid. MONTERO, «La Justicia Municipal», en *Estudios de derecho procesal*, Barcelona, 1981, p. 75; y el *Discurso Preliminar* de la Constitución de Cádiz, en SEVILLA, *Constituciones*, I, cit., pp. 144-5.

(36) Téngase en cuenta, por ejemplo, que cuando el art. 125 se refiere a la participación de los ciudadanos en la administración de justicia, podría entenderse que contiene una enumeración exhaustiva y que, al no referirse a los jueces de paz, implícitamente los excluye.

(37) Por nuestra parte hemos defendido, con argumentos creemos que convincentes, la desaparición de la justicia lego, en «La Justicia Municipal», en *Estudios*, cit., pp. 122 y ss., aunque no parece que hayamos convencido a nadie (por lo menos a nadie con poder político).

ticas de los tribunales ordinarios, las tres primeras antes indicadas, aunque sí habrán de quedar sujetos a la gestión del Consejo General del Poder Judicial.

En segundo lugar la Constitución prevé la existencia de una carrera judicial integrada por los jueces técnicos. La existencia de la carrera no lleva a concluir sin más que los jueces y magistrados sean funcionarios; en su estatuto hay componentes que no permiten esa consideración. La existencia de la carrera es algo indispensable para garantizar la independencia. Su inexistencia en los países iberoamericanos ha impedido la aparición de un verdadero Poder Judicial.

Naturalmente la carrera no presupone que se haya de ingresar en ella por oposición, ni con la categoría de juez de ingreso. Implica solamente que todos los ingresados, sean cuales fueren los sistemas previstos en la Ley Orgánica del Poder Judicial, formaran parte de esa carrera judicial y quedaran sujetos al estatuto.

La existencia de justicia lego, no perteneciendo sus miembros a la carrera judicial, aparece en el art. 122.1 a sensu contrario. En él se dice que la Ley Orgánica del Poder Judicial regulará el «estatuto jurídico de los jueces y magistrados de carrera», lo que parece indicar la existencia de personal jurisdiccional no de carrera.

C) *Cuerpo único*

Todos los jueces y magistrados de carrera formarán un cuerpo único (art. 122.1). El mandato constitucional es claro, aunque su desarrollo por la ley de 16 de noviembre de 1981 está dando lugar a problemas prácticos. Pero lo que importa ahora es destacar que un tribunal, servido por jueces que no pertenezcan a ese cuerpo único, ha de ser calificado de especial; naturalmente si se trata de tribunal previsto por la Constitución será especial constitucional, pero en caso contrario será especial prohibido.

La existencia de varios cuerpos de personal jurisdiccional era teórica y prácticamente inexplicable. En un caso, en el de los jueces de distrito, su aparición en 1944 respondió a razones inadmisibles; se pretendió crear unos jueces de segunda categoría, «hombres modestos», que debían mantenerse en el rincón en que se desenvolvió su vida (38); el cuerpo de magistrados de trabajo nació de la adscripción administrativa de las Magistraturas de Trabajo al Ministerio

(38) Así DE LA PLAZA, «La nueva Justicia Municipal. Líneas generales de la reforma», en *La Justicia Municipal en sus aspectos histórico y científico*, Madrid, 1946, pp. 115-6.

de Trabajo, lo que tenía explicación histórica, pero no justificación (39).

Hoy el cuerpo único es una necesidad constitucional que responde, no sólo a razones de organización, sino también de principio, en cuanto que con él se garantiza mejor la independencia judicial, y sólo perteneciendo a él se recibe el calificativo de ordinario.

D) Consejo General del Poder Judicial

Todos los jueces y magistrados, los de carrera y en su caso los legos de los juzgados de paz, han de estar adscritos a la gestión del Consejo General, órgano de gobierno del Poder Judicial. La propia existencia del Consejo supone la autonomía del Poder Judicial frente a los otros poderes, y el autogobierno que con él se instaura es una garantía más de la independencia judicial.

En la Constitución el Poder Judicial debe entenderse en un doble sentido. En ocasiones hay que entender que forman el Poder Judicial todos los órganos dotados de jurisdicción, y en este significado puede hablarse de una concepción política del Poder Judicial. Al mismo tiempo la Constitución literalmente emplea la expresión Poder Judicial en un sentido más restringido, que podemos calificar de organizativo, y de este Poder organización es órgano de gobierno el Consejo General. Salvo las excepciones expresamente establecidas en la Constitución, todos los jueces y magistrados están sometidos administrativamente al Consejo, y no podrán establecerse tribunales cuyos integrantes queden fuera de la gestión del Consejo.

Una vez más se trata de garantizar la independencia judicial. Todo lo relativo a la situación personal de los jueces y magistrados (nombramiento, ascenso, régimen disciplinario) queda confiado al Consejo. Los otros poderes no pueden tener participación alguna en este campo.

Cabe concluir afirmando que *tribunal ordinario en la Constitución es aquel integrado por jueces y magistrados que tengan su estatuto personal regulado en la Ley Orgánica del Poder Judicial, estatuto que se basará en la independencia y será único, sean técnicos y de carrera, formen parte del cuerpo único y estén sujetos a la gestión de personal del Consejo General del Poder Judicial*. En caso contrario se tratará de tribunales especiales.

Los calificativos de ordinario y especial adquieren así un sentido muy distinto del que venía usándose hasta ahora. La atribución de

(39) Para la defensa del cuerpo único, vld. MONTERO, «La Justicia Municipal», y «La reforma de los tribunales y del proceso de trabajo», los dos ensayos en *Estudios*, cit., pp. 123 y 505 y ss., respectivamente.

competencia no es lo determinante; el criterio de distinción atiende a razones de organización.

10. EL «FUNCIONAMIENTO» DE LOS TRIBUNALES

El art. 117.5 refiere el principio de unidad jurisdiccional a la organización y al funcionamiento de los tribunales. En el epígrafe anterior hemos desarrollado lo relativo a la organización. Hay que referirse ahora al funcionamiento. En este segundo aspecto creemos que el principio atiende a impedir la existencia de procesos en los que no se respeten las garantías mínimas establecidas en la propia Constitución, fundamentalmente en el art. 24.

La comprensión de la afirmación anterior parte del hecho, científicamente indiscutible para nosotros, de que funcionamiento de un tribunal como tal, actividad jurisdiccional y proceso son una misma cosa. Dicho de otra manera: los tribunales, ejercitando la potestad jurisdiccional, sólo pueden actuar por medio del proceso, de modo tal que no se puede concebir funcionamiento jurisdiccional distinto del proceso. En consecuencia, cuando el art. 117.5 habla de funcionamiento de los tribunales ha de referirse al proceso, y de lo que se trata es de ver lo que significa la unidad jurisdiccional con relación al proceso.

Un tribunal puede actuar jurisdiccionalmente o no; ejercitando o sin ejercitar la potestad jurisdiccional. El propio art. 117.4 admite la posibilidad de que los juzgados y tribunales ejerzan funciones no jurisdiccionales; en este caso su actuación debe ser calificada de administrativa, y así ocurre hoy, por ejemplo, en materia electoral. Cuando su actuación es jurisdiccional, el único camino posible es el procesal, y a éste ha de referirse el principio de unidad jurisdiccional en el funcionamiento de los tribunales.

Ante la pregunta de qué significa la unidad jurisdiccional referida al proceso, creemos que sólo puede contarla refiriéndose a dos planos distintos. En el plano legislativo el principio supone que el legislador ordinario, a la hora de regular los distintos procesos, ha de respetar las garantías mínimas establecidas en la propia Constitución, de modo que no podrá establecer procesos sin esas garantías. También aquí podríamos hablar de procesos ordinarios y especiales.

Hasta ahora la distinción entre procesos ordinarios y especiales se hacía por la materia, por el objeto de la pretensión ejercitada. Ordinario es el establecido para conocer de toda clase de objetos sin limitación, teniendo carácter general. El especial tiene objeto específico y determinado, quedando su uso limitado al concreto campo que le marca la ley. El art. 481 de la Ley de Enjuiciamiento

Civil es muy significativa en este sentido (40). A esta distinción no se refiere la unidad jurisdiccional. Desde ésta proceso ordinario es aquel que respeta en su regulación las garantías y principios constitucionales; proceso especial es aquel que en su regulación no respeta esas garantías y principios, por lo que está prohibido. En este sentido sólo pueden existir procesos ordinarios.

También aquí se asiste a una reacción frente al pasado. No faltan en ese pasado ejemplos de procesos en los que no existían las garantías mínimas hoy constitucionalizadas. La referencia al Tribunal de Orden Público bastará para justificar lo que se afirma; y ello a pesar de que la impugnación de este Tribunal no se hacía tanto por sus normas procesales, como por su falta de independencia.

El segundo plano se refiere a la actuación concreta de todos los tribunales y lleva a la conclusión de que todos han de respetar, en la realización de cualquier tipo de procesos, las garantías mínimas. La unidad de funcionamiento supone aquí respetar en todos y en cada uno de los casos los mínimos constitucionales.

Importa destacar que el principio de unidad jurisdiccional en el funcionamiento de los tribunales en los dos planos indicados, está garantizado por otros preceptos constitucionales. El plano legislativo por el recurso y por la cuestión de inconstitucionalidad, y el plano de actuación por los recursos ordinarios y por el recurso de amparo. Que ello conduzca a que hubiera podido suprimirse en el art. 117.5 la referencia al «funcionamiento», no supone que pueda darse otra interpretación distinta de la que estamos haciendo.

11. TRIBUNALES ESPECIALES

El principio de unidad jurisdiccional supone que la potestad jurisdiccional se confía esencialmente a los tribunales ordinarios, en el sentido que decíamos antes. Ello no impide la existencia de tribunales especiales, pero sí supone que de esta segunda clase de tribunales sólo podrán existir los admitidos por la Constitución. Hay que remitirse, pues, a la Constitución para determinar cuáles son los tribunales especiales constitucionales.

(40) Para la distinción hay que ver FAIRÉN, *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, Barcelona, 1953; «El juicio ordinario, los plenarios rápidos y los sumarios», en *Estudios de derecho procesal*, Madrid, 1955, pp. 375-400, y «La sistematización de los procedimientos declarativos españoles», en *Temas del ordenamiento procesal*, t. I, Madrid, 1969, pp. 745-91.

a) Tribunales militares

El propio art. 117.5 se refiere a lo que denomina «jurisdicción militar», y precisa que su ámbito se reducirá a lo estrictamente castrense, aparte de los supuestos de estado de sitio.

La existencia de los tribunales militares fue admitida incluso por el RD-ley de Unificación de Fueros de 1868, y hoy su subsistencia no ofrece problemas. Los problemas son los de su extensión (41), y aunque sea sin fundamentar por razones de oportunidad, hay que reconocer que la ley de 6 de noviembre de 1980, de reforma del Código de Justicia Militar, no ha reducido su competencia a lo estrictamente castrense, como ordena la Constitución (42).

Por otra parte siempre quedará sin resolver cómo se garantiza la independencia de los jueces militares. Es cierto que, por el mero hecho de tratarse de tribunales especiales, los jueces y magistrados que los integran no pueden tener el mismo estatuto personal que los de los tribunales ordinarios, pero ello no debe impedir que la independencia, como principio fundamental del ejercicio de la jurisdicción, haya de referirse también a ellos. Independencia no alcanzada, ni mucho menos, en la ley de reforma antes citada, y que debería ser uno de los puntos a estudiar por la Comisión para el estudio y reforma de la Justicia Militar (43).

b) Jurado

Se regule o no el jurado en la Ley Orgánica del Poder Judicial y su proceso en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo cierto es que el tribunal de jurados siempre será un tribunal especial, pues los jurados (los jueces legos que actúen jurisdiccionalmente) no reunirán las características antes dichas de los jueces y magistrados de los tribunales ordinarios.

(41) Vid. GÓMEZ DEL CASTILLO, «La extensión de la jurisdicción militar en el derecho comparado», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1975, pp. 349 y ss.

(42) Reformado el Código de Justicia Militar en 1980, en las elecciones generales de octubre de 1982 los partidos políticos mayoritarios, incluyeron en sus programas electorales la reforma de la justicia militar, con la reducción de su competencia (vid. JUSTICIA 83, I, pp. 216-7, para el programa del PSOE, y p. 226 para el de Alianza Popular). Esta es la mejor prueba de que la ley orgánica 9/1980 no cumplió con el fin propuesto.

(43) Comisión prevista en la Disp. Final de la ley de 6 de noviembre de 1980. Es lástima que a la independencia no se refiriera la ponencia «La jurisdicción militar», de F. JIMÉNEZ JIMÉNEZ, en *Primeras Jornadas de Derecho Judicial*, Madrid, 1983, pp. 333-45.

A destacar aquí que la Constitución, en el art. 125, se refiere al jurado para el proceso penal, por lo que hay que considerar que el establecimiento del jurado en otras materias es inconstitucional. Se pretende así salir al paso de algunas peticiones sindicales formuladas sobre la reintroducción del jurado en materia laboral (44); esta reintroducción daría lugar a un tribunal especial no previsto en la Constitución.

Tema distinto es el de si el art. 125 obliga a establecer el jurado en sentido estricto —en el que los miembros legos dan el veredicto sobre los hechos, y los magistrados técnicos aplican el derecho y pronuncian el fallo—, o si por medio de él puede irse al escabinato —sin distinción entre hecho y derecho, los miembros legos y técnicos del tribunal participan en toda la sentencia—. Sobre la conveniencia de establecer uno u otro se discute en la actualidad. Sin entrar en esa discusión, podemos limitarnos aquí a afirmar que no creemos que el art. 125 limite su referencia al jurado en sentido técnico, siendo pues el escabinato posible; basta leer la discusión parlamentaria para convencerse de ello, dado que en aquella se hablaba en general de la participación del pueblo en la administración de justicia, pero sin rigor técnico alguno.

c) *Tribunales consuetudinarios y tradicionales*

La referencia a estos tribunales en la Constitución proviene de la generalización de una alusión al Tribunal de las Aguas de Valencia (45). Lo difícil ahora es precisar cuáles son esos tribunales.

Lo es sin duda el Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia, estudiado exhaustivamente por FAIRÉN (46), pero otros órganos citados en el debate de la Constitución son discutibles. No son, desde luego, tribunales consuetudinarios o tradicionales los Tribunales Arbitrales de Censos de Cataluña (47), para convencerse de lo cual basta tener en cuenta que fueron creados por la ley de 31 de diciem-

(44) Sobre la experiencia histórica del jurado en materia laboral, vid. MONTERO, *Los tribunales de trabajo (1908-1938)*, Valencia, 1976.

(45) En la discusión de la enmienda 734 del diputado Pin Arboledas pretendía que se hiciera referencia expresa al Tribunal de las Aguas (*Constitución Española*, t. I, p. 449), pero a propuesta de los diputados Fraga y Roca Junyent se generalizó la alusión a todos los tribunales consuetudinarios y tradicionales (*Constitución Española*, t. II, pp. 1364-6).

(46) FAIRÉN, *El Tribunal de las Aguas de Valencia y su proceso*, Valencia, 1975, y una larga serie de publicaciones que son desarrollo y matización de la citada, que es la fundamental.

(47) Sobre estos órganos hay que ver el trabajo de PEDRAZ, «Los tribunales arbitrales de censos», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1974, 1974, pp. 327 y ss.

bre de 1945; la unidad jurisdiccional impone su desaparición. Tampoco lo es el «Tribunal de Testamentos y Causas Pías de la Diócesis de Barcelona», mantenido en su competencia por la Disp. Final 3.ª de la Compilación de Cataluña, que se remite a la Concordia de 27 de septiembre de 1315, firmada por Jaime II y Poncio, obispo de Barcelona (48); se trata de un anacronismo, contrario a los más elementales principios constitucionales. Tampoco tienen carácter jurisdiccional las facerías pirenaicas (49), ni el Consulado de la Lonja de Valencia (50), siendo de naturaleza arbitral esta última evidentemente.

Más dudoso es el caso del Consejo de Hombres Buenos de la Huerta de Murcia; según las ordenanzas el Consejo falla sobre las infracciones a las mismas y cabe recurso ante el Ayuntamiento de Murcia, y, por último, contencioso-administrativo. Su actuación así es administrativa (51).

d) *Tribunal de Cuentas*

Regulado en el art. 136 de la Constitución y en la ley orgánica de 12 de mayo de 1982, se han encontrado sus antecedentes en el siglo xv (52), pero lo que a nosotros nos interesa es que parte de su actividad es jurisdiccional (53), aunque no cabe desconocer que en él concurren algunas especialidades que oscurecen la noción de jurisdicción que da la propia Constitución. Admitida su naturaleza jurisdiccional, su condición de tribunal especial no ofrece dudas, por lo menos respecto de los Consejeros de Cuentas y de la Sección de Enjuiciamiento.

e) *Tribunal Constitucional*

La Constitución ha optado porque las funciones jurisdiccionales de control de la constitucionalidad de las leyes, del último grado del

(48) El texto de la Concordia puede verse hoy fácilmente en QUINTANA REDONDO, «Las jurisdicciones consuetudinarias», en *Primeras Jornadas de Derecho Judicial*, cit., pp. 325-6.

(49) FAIRÉN, *Facerías internacionales pirenaicas*, Madrid, 1956.

(50) FAIRÉN, «El arbitraje del Consulado de la Lonja de Valencia y la vigente ley de arbitrajes», en *Temas*, II, cit., pp. 1291 y ss.

(51) Vid. QUINTANA, Op. cit., pp. 328-30, y la cita de DÍAZ CASSOU.

(52) MENDIZÁBAL, «El Tribunal de Cuentas y su encuadramiento constitucional», en *Estudios sobre el proyecto de Constitución*, Madrid, 1978, pp. 464 y ss., y «La función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas», en *El Tribunal de Cuentas en España*, Madrid, 1982, t. I, pp. 72 y ss.

(53) Vid. los trabajos de MENDIZÁBAL, AGÚNDEZ, ELIZALDE (en contra el de GONZÁLEZ NAVARRO), JIMÉNEZ HERNÁNDEZ, NOFUENTES, REYES MONTERREAL, en *El Tribunal de Cuentas en España*, cit.

amparo de los derechos fundamentales y de los conflictos de competencia entre órganos constitucionales, sean confiadas a un tribunal colocado fuera del Poder Judicial organización. Regula así en los arts. 159 a 163 el Tribunal Constitucional, desarrollado por la ley orgánica de 3 de octubre de 1979. Sobre su carácter jurisdiccional no cabe seguir discutiendo (54), y desde la perspectiva en que nos hemos colocado su condición de tribunal especial también aparece clara.

Si la unidad jurisdiccional es garantía de la independencia judicial, las excepciones a la unidad no pueden ser excepciones a la independencia; supondrán simplemente que la independencia se garantiza por otros medios, o que la unidad no es aquí requisito para garantizar la independencia. Así en los dos tribunales regulados claramente en la Constitución, el de Cuentas y el Constitucional, en la misma norma fundamental se declara su independencia y se sientan las bases del estatuto de sus magistrados; en otros dos, tribunales militares y jurado, partiendo del principio general de la independencia, se deja a la ley ordinaria su plasmación y desarrollo; y por fin el Tribunal de las Aguas de Valencia ha llegado a milenario sin necesidad de que el Estado garantizara su independencia, y sería contraproducente que se intentara legalmente modificar su composición, organización y funcionamiento.

Una alusión, por último, a los juzgados de paz. Hemos dicho antes que al no estar integrados por jueces con las características señaladas para los jueces y magistrados ordinarios, habrán de ser considerados tribunales especiales. Atendiendo a la distribución de la competencia podrán tenerla general, pero con relación al principio de unidad jurisdiccional serán siempre especiales.

12. JUEZ ORDINARIO PREDETERMINADO POR LA LEY

Para acabar es preciso referirnos al principio del juez legal, pues en su formulación en el art. 24.2 de la Constitución se hace mención expresa del juez ordinario —«juez ordinario predeterminado por la ley»—, y de ahí la necesidad de aclarar el sentido en que se usa la expresión, aunque lo haremos limitándonos a lo útil para el fin que perseguimos.

El principio del juez legal impone (55) que ante un caso concreto:

(54) La obra básica es la colección de trabajos en tres volúmenes publicada por la Dirección General de lo Contencioso del Estado, *El Tribunal Constitucional*, Madrid, 1982.

(55) Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de mayo de 1983 (S. núm. 47/1983, B.O.E. de 17 de junio; supl. al núm. 144).

1.º El órgano jurisdiccional que ha de conocerlo ha de preexistir al mismo; a destacar además el rango de la ley creadora del tribunal, que según el art. 122.1 de la Constitución ha de ser ley orgánica, estando excluida la delegación legislativa (art. 82.1) y el decreto ley (art. 86.1).

2.º Su competencia en todos los sentidos (genérica, objetiva, funcional y territorial) ha de estar predeterminada, y ello en virtud de ley general que excluya la apreciación subjetiva de cualquier órgano.

3.º Existiendo varios órganos de la misma categoría en la población, han de existir normas objetivas de reparto; el reparto no precisa de ley formal, pero sí de criterios objetivos, no discrecionales.

4.º En la designación de la persona o personas concretas dotadas de jurisdicción que han de constituir el órgano, se ha de seguir el procedimiento legalmente establecido (56).

El contenido del principio no supone pues:

a) En el sentido del art. 24.1, «juez ordinario» no exige que el juez que haya de conocer el asunto tenga atribuida competencia con carácter general y *vis attractiva*, pudiendo tratarse de un juez especializado o especial con arreglo a la competencia. La atribución de la competencia no es más que la manera que el Estado tiene de distribuir la función judicial. Así un juzgado de familia (tribunal especializado) o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (tribunal especial) son a estos efectos juez ordinario.

b) El principio tampoco excluye a los tribunales especiales que la Constitución crea o conserva. Sería absurdo que la Constitución creara o permitiera subsistir unos tribunales y luego hiciera inútil su existencia al conceder a los ciudadanos el derecho a no ser juzgados por ellos. Si quedan excluidos los tribunales especiales no admitidos por la propia Constitución.

En este sentido hay que interpretar una frase de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de mayo de 1983. Se dice en ella que el derecho constitucional al juez ordinario exige respecto del tribunal «que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de

(56) En ocasión anterior dijimos que el principio suponía incluso la determinación del magistrado ponente cuando se trata de órganos colegiados (*Introducción*, cit., p. 45). Hoy la experiencia judicial nos ha llevado a sostener lo contrario. Si el tribunal funciona realmente como órgano colegiado, con verdadera discusión de las resoluciones, esto es, cumpliendo lo establecido en la LOPJ (arts. 674 a 684) y en la LEC (arts. 335 a 345) o en la LECRIM (arts. 146 a 156), la actuación del ponente no debe suponer desconocimiento de los demás magistrados, sino decisión conjunta; el ponente puede influir por sí solo en la manera de realizar la fundamentación, pero no en el fallo.

órgano especial o excepcional». Prescindiendo del tribunal excepcional, cuya prohibición no ofrece dudas, lo afirmado por el Tribunal Constitucional no puede llevarnos a concluir que el principio del juez legal concede a los ciudadanos el derecho a no ser juzgados por un tribunal con régimen orgánico especial, pues si ello fuera así no podrían ser juzgados por el propio Tribunal Constitucional, dado que éste es un tribunal especial. Los que no pueden juzgar (ni existir) son los tribunales especiales no admitidos por la Constitución, pero sí los creados o admitidos por ella.

En el sentido del art. 24.2 juez ordinario equivale a juez independiente, y la independencia puede lograrse bien a través de lo establecido con carácter general para los jueces y magistrados de estatuto personal único regulado en la Ley Orgánica del Poder Judicial, bien por medio de las garantías de los tribunales especiales constitucionales.

No es ésta ocasión de examinar los casos en que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado, a través del recurso de amparo, sobre la garantía del juez ordinario predeterminado por la ley. Bastará ahora con enumerarlos en nota (57), y con ellos concluir que en ninguno de estos casos ha podido el Tribunal afirmar que el art. 24.2, al hablar de juez ordinario, se está refiriendo a aquel del estatuto personal único regulado en la Ley Orgánica del Poder Judicial, técnico y de carrera, del cuerpo único y sujeto a la gestión de personal del Consejo General del Poder Judicial. En el art. 24.2 juez ordinario tiene un sentido diferente, que es el que hemos pretendido resumir aquí.

13. FINAL

Escritas las páginas anteriores y leídas con detenimiento, tiene su autor la impresión de que, si se ha aclarado a sí mismo un aspecto

(57) Los casos resueltos son los siguientes: 1) S. de 28 de abril de 1982 (B.O.E. de 18 de mayo), en relación con el magistrado de ejecutorias del art. 803 de la LECRIM; 2) S. de 12 de julio de 1982 (B.O.E. de 4 de agosto), sobre el derecho a que la recusación sea examinada por aquellos otros jueces a que la ley defiere su examen; 3) S. de 13 de diciembre de 1982 (B.O.E. de 15 de enero de 1983) contra auto de la Sala Especial de Competencias del Tribunal Supremo que declaró la competencia de tribunal militar en delito de torturas contra miembros de la Guardia Civil; 4) S. de 27 de abril de 1983 (B.O.E. de 17 de mayo), sobre designación de juez de distrito sustituto; 5) S. de 31 de mayo de 1983 (B.O.E. de 17 de junio), composición de Sección de Audiencia Provincial; 6) S. de 1 de junio de 1983 (B.O.E. de 17 de junio), si la Magistratura de Trabajo se declara incompetente es juez ordinario el juez civil, y 7) S. de 14 de junio de 1983 (B.O.E. de 15 de julio), juez ordinario en expediente administrativo a policía.

to del principio de unidad jurisdiccional, ha introducido al mismo tiempo confusión en la terminología. Conviene, pues, precisar el sentido de las palabras.

Ello debe hacerse matizando los sentidos con que se puede usar la expresión juez ordinario:

a) A efectos de la competencia, juez o tribunal ordinario es aquel que la tiene atribuida con carácter general, en virtud de una norma general que le atribuye el conocimiento de todos los asuntos que surjan, de forma tal que la generalidad implica *vis attractiva* sobre los asuntos expresa y concretamente no atribuidos a otros tribunales. Estos otros tribunales pueden ser especializados o especiales, según se les haya atribuido competencia.

b) Desde la perspectiva constitucional de la unidad jurisdiccional tribunal ordinario es, como hemos dicho antes, aquél integrado por jueces y magistrados que tienen su estatuto personal regulado en la Ley Orgánica del Poder Judicial, estatuto que se basará en la independencia y será único, que son técnicos y de carrera, forman parte del cuerpo único y están sujetos a la gestión de personal del Consejo General del Poder Judicial. En caso contrario se tratará de tribunales especiales; de éstos algunos están admitidos por la Constitución; los demás están prohibidos.

c) Desde la perspectiva asimismo constitucional del juez legal, la expresión juez ordinario tiene otro sentido distinto de los anteriores, que equivale a juez independiente e imparcial, establecido con las garantías constitucionales y legales, que actúa dentro de la competencia y con el procedimiento establecido.

Visto lo anterior es conveniente hablar de *tribunal de competencia general, o especializada o especial*, en el caso a). De *tribunal ordinario y especial*, en el caso b). Y en el caso c) de *juez legal*. Por mi parte así lo haré en el futuro.

LA PRESUNCION DE INOCENCIA HOY

JOSÉ AUGUSTO DE VEGA RUIZ
 Presidente de la Audiencia Territorial
 de Canarias

SUMARIO: Introducción. — I. Presunción y duda. — II. La presunción de inocencia. — III. Criterios coincidentes del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional. — IV. Criterios discrepantes. — V. Valoración de la prueba. — VI. Final.

I. PRESUNCION Y DUDA

Quizás el principio fundamental que, como derivado de la Constitución Española, se defiende hoy con más pasión sea la presunción de inocencia.

Está consagrado en el artículo 24.2 del texto constitucional pero, evidentemente, tiene, por lo menos, un claro antecedente en la función de los Tribunales españoles cuando han venido, habitualmente, aplicando el Derecho de cada día en los supuestos dudosos.

Primero fue la misma exposición de motivos de la vieja Ley de Enjuiciamiento Criminal cuando trataba de los «fueros de la inocencia» como clara alusión al camino que los dictados de la razón habrían de seguir en aquellos supuestos dudosos que se sometieran a la íntima convicción del juzgador.

Después fue ese principio general de derecho, el «in dubio pro reo», que, tal ha quedado expuesto, marcó una postura, algunas veces incomprendida, en muchos órganos jurisdiccionales, quizás menos de los deseados.

En tal sentido, la Sala Segunda del Tribunal Supremo hizo referencia, reiteradamente, a esa duda racional como constitutiva de un auténtico principio general de derecho, aplicable siempre que los juzgadores no llegaran a formar un juicio exacto de la ocurrencia fáctica y de la participación que en ella hubiera tenido el acusado, siendo así que ante el estado de vacilación e incertidumbre que la duda producía, devenía como humano, lógico y prudente, elegir la solución más favorable al encartado.

Sin embargo, el Tribunal Supremo, aclarando los conceptos, también se encargó de puntualizar escrupulosamente cuanto queda dicho, afirmando que el ámbito de aplicación del «in dubio pro reo» tenía que quedar circunscrito, exclusivamente, a los casos en los que surgiera alguna duda en orden a los hechos, su calificación y responsabilidades, todo lo cual traería consigo la libre absolución porque la tipificación sustantiva de los ilícitos penales, consecuencia del principio de legalidad, no permitía condenar cuando no fuera dable subsumir, con certeza, la conducta del acusado en el precepto penal base de la cuestión formulada o en otro de pertinente aplicación.

Pero ya es hora de decir que el principio general de derecho «in dubio pro reo» (en caso de duda a favor del reo), de un lado, y la presunción de inocencia, como principio básico constitucional, de otro, son conceptos parejos pero manifiestamente diferentes.

Así lo comprendió la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en fecha 31 de enero de 1983.

La presunción de inocencia crea en favor de los ciudadanos el derecho a ser considerados inocentes mientras no se demuestre lo contrario, mientras no se presente prueba bastante para destruir la presunción.

Por el contrario, el «in dubio pro reo» se dirige al juzgador como norma de interpretación, para establecer que, en aquellos casos en que se ha realizado una actividad probatoria normal, si las pruebas dejaren duda en el ánimo del juzgador sobre la existencia de la culpabilidad del acusado, deberá, por humanidad y justicia, y algo se ha dicho ya antes, absolversele.

Quiere ello decir que mientras el primer principio se refiere a la existencia o no de una prueba que lo desvirtúe, el segundo envuelve un problema subjetivo de valoración de la misma.

II. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

La presunción de inocencia viene reiteradamente configurada tanto por la Sala Segunda del Tribunal Supremo como por el Tribunal Constitucional, siempre en relación a la valoración de la prueba y a las facultades que en ese campo corresponden a los juzgadores.

Pero no siempre atendiendo a criterios uniformes, dentro de un mismo Tribunal, o a criterios coincidentes entre ambos Tribunales.

Sí ha de quedar claro el significado y concepto de la presunción de inocencia, a la que tiene derecho, dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1983, todo inculcado. Representa que, iuris tantum, al sometido a proceso judicial criminal, se le presupone inocente, siendo a las partes acusadoras a quienes incumbe la aportación de pruebas destructivas de esa prístina inocencia.

En cualquier caso, estimamos que la actualidad del tema nos obliga a separar la postura coincidente y discrepante de ambos Tribunales para, finalmente, incidir en la cuestión básica de todo el problema, la valoración judicial de la prueba.

III. CRITERIOS COINCIDENTES DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución no es una norma sustantiva penal, puesto que produce sus efectos, exclusivamente, en el orden procesal ya que, aún sin tener en sí misma tal carácter, sirve de base a todo el procedimiento criminal y condiciona su estructura, de manera que sólo puede ser violada de forma inmediata a través de una infracción de aquél, según dice la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de julio de 1982, criterio normalmente seguido también por el Tribunal Supremo que reiteradamente viene inadmitiendo o, en su caso, desestimando, los recursos amparados en el número primero del artículo 849 LECR, error de derecho, con invocación solamente de la infracción de este precepto esencial, el artículo 24.2 de la Constitución.

Sin embargo, y esto es importante, hay que señalar, en la más reciente orientación de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, no necesariamente compartida por el Tribunal Constitucional (Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de enero y de 10 de junio de 1983, entre otras), que aunque la presunción de inocencia llegue a la casación por la vía del número segundo del artículo 849 de la LECR, como se acaba de señalar, atribuyendo a lo actuado el rango, al menos extrínseco, de documento auténtico, mientras se asimila la nueva normativa y se familiarizan los justiciables con ella, dado el carácter preeminente de la Constitución, toda pretensión casacional basada en la presunción, sea cualquiera el precepto de la LECR en que se ampare, será admisible siempre y cuando, claro está, dicho precepto sean los artículos 849, 850 o el 851 de esa Ley.

En ese sentido es tal la importancia de la presunción que incluso es susceptible, en la casación, de ser apreciada de oficio, pues dado

el carácter imperativo de su rango legal, es precepto de observancia inexorable (Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de junio, 5 de mayo y 25 de abril de 1983).

Se responde, en definitiva, a la importancia del precepto constitucional y al contenido del artículo 53.3 de esa Ley fundamental cuando señala que la presunción solamente podrá ser alegada ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollan. Pero, como también dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1983, es la falta de tales disposiciones lo que lleva, y así lo estimamos nosotros, a esa amplitud y generosidad procedimental.

Es la vía del número segundo del artículo 849 de la Ley Procesal. Puede ser, en algunos supuestos, la vía, no correcta, del número primero del mismo artículo en tanto que, como veremos después, puede llegarse, en algún caso, a la aplicación directa de la presunción, y puede ser, finalmente, la vía de los artículos 850 y 851 de la LECR, con alegación de indefensión del procesado.

Tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo igualmente coinciden al establecer que el derecho a la presunción de inocencia sólo queda violado cuando la condena se haya producido a pesar de una ausencia absoluta de pruebas, de manera que el amparo constitucional sólo procederá cuando se dé ese presupuesto de carencia total, bien entendido que si existiere una actividad probatoria de cargo, aunque fuera mínima, sería ya inoperante el recurso de amparo incluso aunque éste se basase en errónea apreciación de la prueba, pues esa valoración es cosa exclusiva de los juzgadores, artículo 741 de la LECR (Sentencias del Tribunal Constitucional de 28 de julio de 1981 y 26 de julio de 1982, y del Tribunal Supremo de 26 de abril de 1982).

Y es que hay que repetir que el sistema español, en lo que atañe a la valoración de la prueba, permite que los Tribunales puedan apreciarlas, en conciencia y con soberano criterio, sin otro límite que el impuesto por la existencia en la causa de documentos auténticos no desvirtuados por otras pruebas del mismo rango, siempre y cuando se haya practicado ese mínimo probatorio.

La presunción de inocencia no vino a derogar ese artículo 741 de la LECR ni tampoco a sustituir el criterio del Tribunal de instancia en la valoración de la prueba, porque no puede prevalecer, sin más, el Tribunal Supremo sobre el Tribunal inferior.

No obstante, esa presunción sí permite revisar la totalidad de las actuaciones a fin de comprobar si existe o no ese mínimo de actividad probatoria (Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de junio y 17 de junio de 1983 y las dos últimas sentencias mencionadas del Tri-

bunal Constitucional), debiendo casarse la sentencia «a quo» cuando se compruebe que el Tribunal inferior operó sobre ninguna prueba.

IV. CRITERIOS DISCREPANTES

También, en algunos casos, discrepan el Tribunal Constitucional y la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en relación a la presunción de inocencia.

Así las Sentencias del Tribunal Constitucional, ya citadas, de 26 de julio de 1982 y del Tribunal Supremo de 1 de junio de 1982, en tanto que éste, en recurso de casación al amparo del número primero del artículo 849 de la LECR, error de derecho, viene inadmitiéndolo, con las salvedades antes dichas según la última orientación, si la base del mismo es sólo la infracción del repetido precepto constitucional. Mas aunque no se llegara en esta sentencia a declarar el error de derecho, se aplicó directamente la presunción de inocencia, casando y anulando la sentencia en sentido absolutorio, una vez que, para la mejor comprensión de los hechos, haciendo uno de la facultad del número segundo del artículo 899 de la LECR, examinó directamente los autos; criterio éste que, estimándose «encomiable» por el Tribunal Constitucional, no es compartido por éste que sigue insistiendo en que la única vía para aplicar la presunción de inocencia en beneficio del acusado, es por mediación del recurso de casación del número segundo del artículo 849 de la LECR, error de hecho en la apreciación de la prueba, dado el carácter procesal de la norma, problema en el que, en definitiva y como se ha dicho ya, el propio Tribunal Supremo sostiene una dualidad de criterios.

Nuevamente existe discrepancia entre ambos Tribunales porque frente al criterio tradicional del Supremo sobre el documento auténtico como aquél que reúne la doble autenticidad extrínseca e intrínseca (inspecciones oculares, actas notariales, determinadas certificaciones, etc.), se ha introducido una importante novedad por el Tribunal Constitucional (28 de julio de 1981), que indirectamente afecta al ámbito del recurso de casación por error de hecho en la valoración de la prueba, con invocación del artículo 24.2 de la Constitución, estableciendo que si la valoración en conciencia del artículo 741 de la LECR precisa de una, aunque mínima, actividad real de prueba, es evidente que el éxito de la presunción de inocencia tiene que arrancar de una inexistencia absoluta de la misma, lo que quiere decir que el error de hecho del Tribunal de instancia no consiste en declarar probado aquello que es contradictorio por un concreto documento, sino en establecer como ciertos unos hechos que no están respaldados por ningún elemento objetivo probatorio, con lo que a

los efectos de la presunción de inocencia se han transformado en documentos auténticos todos y cada uno de los folios de la causa, criterio éste del Tribunal Constitucional, ya reiterado en otros recursos de amparo, que creemos obligará a la Sala Segunda del Tribunal Supremo a revisar su tradicional concepto del documento auténtico en relación a la presunción tan repetida cuando ésta se invoque en recurso de casación basado en el número segundo del artículo 899 dicho, insistimos que con las salvedades repetidas antes.

Pero es necesario que todo lo expuesto no llame a engaño. Porque, aparte de que todos los poderes públicos estén sujetos a la normativa de la Constitución, es el mismo Tribunal Constitucional el que abiertamente afirma, primero, la independencia y exclusividad de la potestad jurisdiccional, artículo 117.3 de la Constitución, y segundo, la necesidad, para completar el panorama de la presunción en la vía casacional y conforme a lo dicho, de usar ampliamente de la facultad establecida en el párrafo segundo del artículo 899 de la LECR.

V. VALORACIÓN DE LA PRUEBA

El proceso penal español, duro, anticuado, e imperfecto, que siendo trascendente por ventilarse honor, patrimonio y libertad, implica una enorme carga de responsabilidad para los Jueces.

La valoración de la prueba incide en todo lo que hasta aquí se ha dicho. La valoración de la prueba es punto de partida desentrañando de toda la cuestión planteada. Justo es que a lo que representa esa valoración dediquemos el final de estas líneas.

El Juez Penal, según su íntima convicción y en conciencia, resuelve a la vista de las pruebas practicadas, formando así su juicio de valor en atención a sus propias conclusiones, valorando declaraciones contradictorias, inspecciones, actas y atestados policiales.

El Juez puede absolver desoyendo el testimonio de innumerables testigos, pero también puede condenar con un solo testigo de cargo.

Esa íntima convicción, que puede llegar a la mente del Juez por los más diversos medios, supone, de un lado, una evidente amenaza, desde luego legal, para el propio acusado, y de otro, una manifiesta responsabilidad para el que juzga.

Y es que el artículo 741 de la LECR y el artículo 11 del Decreto de 21 de noviembre de 1952, para delitos y faltas, respectivamente, permiten al Juez único colegiado, fallar, tras previa valoración, de un modo tan libérrimo y omnímodo que, a la hora de formar su íntima convicción, no tiene más freno a su soberana facultad que el análisis y ponderación de lo actuado por los dictados de su razón analítica y por una intención que siempre ha de suponerse recta e impar-

cial, clásica declaración jurisprudencial ésta de la década de los 70, que es preciso matizar, como también es preciso matizar cuanto precedentemente se ha expuesto.

La convicción del juzgador que puede basarse no en presunciones ni en suposiciones, pero sí en deducciones, necesita esa aclaración que ha señalado ya, y lo hemos dicho antes, el Tribunal Constitucional.

La Sentencia de dicho Tribunal de 28 de julio de 1981, es diáfana y contundente. Sienta los siguientes principios, algunos de ellos anteriormente recogidos ya.

1.— Una vez consagrada constitucionalmente, la presunción de inocencia ha dejado de ser un principio general de Derecho, al convertirse el «in dubio pro reo» en un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos en inmediata aplicación.

2.— Para que la ponderación de los distintos elementos de prueba llegue a desvirtuar la presunción de inocencia, es preciso la mínima actividad probatoria tantas veces referida anteriormente, producida ella con las garantías procesales, lo que, y esto es esencialmente importante, deviene como presupuesto a examinar, en caso de recurso, por el Tribunal Constitucional.

Polémica manifestación por lo que pueda representar, según algunos, como nueva instancia, si bien es el propio Tribunal Constitucional el que mantiene un criterio ponderado en extremo, y

3.— La confesión del acusado ante la Policía, al formar parte del atestado, tiene, en principio, valor únicamente de denuncia, conforme al artículo 297 de la Ley Procesal, siendo preciso su ratificación por la vía no de la simple reproducción de las pruebas sumariales durante el desarrollo del juicio oral, sino por una manifiesta ratificación posterior ante el órgano judicial, siendo así que si no se logra esa ratificación, entonces la nueva declaración ante la Policía, sin las garantías del artículo 17 de la Constitución, carece de validez para destruir la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución.

El voto particular que se manifestó contrario a aquella famosa sentencia, reseña y sostiene otro criterio, estimándose abusiva la intervención del Tribunal Constitucional cuando, no pudiendo nadie sustituir la convicción psicológica del juzgador, es sólo éste el que, con la intermediación por delante, puede formar su convencimiento íntimo, personal, en conciencia e inviolable, siendo, en tal sentido, intolerable el control por otro Tribunal no ordinario que sólo de una manera incompleta puede tomar impresión de los hechos.

Es decir, que mientras la sentencia estima que la apreciación de la prueba no excluye al Tribunal Constitucional, el voto particular

señala que únicamente el Juez Penal puede llegar a valorar la prueba en base a su íntima convicción.

Nosotros creemos, en cuanto a la valoración de la prueba, que la conciencia del juzgador ha de sopesar lo actuado en su justa medida, sin olvidar el principio racional de la duda o la presunción de inocencia y, ¿por qué no decirlo?, la aplicación alternativa del derecho para que el Juez no sea un mero traductor de la norma jurídica.

La presencia del Sumario, omnipresente durante el juicio oral, tiene que valorarse en relación a este juicio, como fase esencial del proceso.

La mínima actividad probatoria no puede discutirse como base fundamental para destruir la presunción de inocencia.

Tampoco puede discutirse la facultad del Tribunal Constitucional para anular una sentencia, en recurso de amparo, si hubo exceso por los Jueces al condenar, sin prueba mínima, en una interpretación extensiva, excesiva y abusiva de lo que debe ser la íntima convicción.

Lo que ocurre es que creemos que tal situación no puede ni darse, sencillamente porque los primeros defensores, ya, de la Constitución han de ser los propios Jueces de la jurisdicción ordinaria, antes que el propio Tribunal Constitucional. Así lo dijo a principios de 1983 el Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial. Aquella anómala situación jurídica no tiene, pues, que darse. No debe, al menos.

A pesar de todo, no podrá evitarse la discrepancia, no deseable, entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional en supuestos enriquecedores, con la discordia, del derecho vivo y práctico, si ello se produce, felizmente, en lo que es un Estado de Derecho.

VI. FINAL

Hay, con todo, un auténtico cuerpo doctrinal en la materia.

La primera sentencia de 28 de julio de 1981 del Tribunal Constitucional creemos que está siendo superada, por comprendida, en la misma Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Esta Sala, ya reiteradamente y en cuanto a todo lo que acabamos de exponer, sostiene un criterio unánime en Sentencias del 4 de marzo y 13 de enero de 1983, 10 de noviembre, 3 de noviembre y 27 de septiembre de 1983, y 21 de junio y 30 de mayo de 1981, entre otras.

Esa doctrina sostiene el carácter procesal de la presunción, la amplitud de criterios para, eso no obstante, facilitar la alegación de esa presunción por la vía casacional, la prohibición del Tribunal Supremo para censurar la valoración de la prueba si el Tribunal de ins-

tancia se ha basado en una mínima actividad probatoria y, finalmente, el uso, ya explicado antes, que debe hacerse de la facultad contenida en el artículo 899 de la LECR para entrar, en casos especiales, en el análisis de la prueba practicada.

Ello es un ejemplo claro de lo dicho antes. Los Jueces de la jurisdicción ordinaria son o deben ser los primeros defensores del orden jurídico y constitucional.

SUSTITUCION DEL EMBARGO Y ALTERACION DEL ORDEN LEGAL DE PRELACION DE LOS BIENES A EMBARGAR

MANUEL CACHÓN CADENAS

Profesor Ayudante de Derecho Procesal

Universidad Autónoma de Barcelona

1.—El Juzgado de Primera Instancia número Uno de los de Terrassa dictó, el 25 de mayo de 1981, el siguiente auto:

En la ciudad de Terrassa a veinticinco de mayo de mil novecientos ochenta y uno.

RESULTANDO: que los presentes autos de Juicio ejecutivo promovidos por la entidad mercantil alemana «E...» contra «A...» con fecha treinta de abril de mil novecientos ochenta y uno, entre, digo, se trabó embargo sobre los frutos y rentas de la entidad «A...» para el aseguramiento de las cantidades por las que había sido despachada la ejecución en estos autos, a saber: Treinta y cinco millones quinientas ochenta y tres mil seiscientos veinticinco pesetas de capital; cinco mil novecientas veinticuatro pesetas por gastos de protesto y otros tres millones de pesetas más calculadas para costas e intereses.

RESULTANDO: Que por la representación de la parte ejecutada, personada en tiempo y forma en los autos, se solicitó la sustitución del embargo trabado sobre los frutos y rentas de la sociedad «A...» por la maquinaria ofrecida por la ejecutada en la diligencia del embargo, consistente en maquinaria instalada por «C...» para la fabricación de moqueta, entendiéndose que con la misma se garantizaba plenamente el montante de lo reclamado en este juicio, y por ello por ser la letra objeto de este pleito correspondiente al importe de uno de los plazos de la compra a «C...» de la instalación ofrecida, y que se había infringido en dicha diligencia de embargo el principio del «favor debitoris», y dado traslado de dicha solicitud a la parte ejecutante, por la misma se evacuó el trámite conferido estimando que no procedía la sustitución solicitada, alegando sustancialmente que no se había quebrantado el orden del artículo 1447 de la Ley procesal

Civil, y que sobre los bienes ofrecidos por la deudora existen dos embargos en sendos procedimientos ejecutivos de este mismo Juzgado, que con las costas, suponen un monto superior a los ochenta millones de pesetas.

RESULTANDO: Que por la propia parte ejecutante, mediante escrito aparte se solicitaba al amparo del artículo 1450 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Administración Judicial por haberse embargado frutos y rentas, y designaba para tal cargo a D. P..., y solicitaba como súplica la constitución de dicha administración judicial para la efectividad de la traba de los frutos y rentas de la empresa de la ejecutada; se tuviera por designado como persona a quien confiarse la administración a D. P..., mandando expedir en favor del mismo el oportuno mandamiento con facultades y funciones que en la Ley se atribuyen a un Delegado del Consejo de Administración, salvo las limitaciones que consigna en su escrito; se fijen plazos para rendir cuentas de la administración y disponer la entrega de la empresa al mismo bajo el correspondiente inventario; y que dado traslado de dicha solicitud a la parte contraria, por la misma se opuso a la misma alegando sin perjuicio de ello, que eran inaplicables los artículos siguientes al 1015 de la Ley procesal, que el administrador judicial, como medida cautelar, debe ser sufragado por quien lo solicite, que dicho administrador debe prestar fianza, que no puede bajar de la cifra de diez millones de pesetas, que la labor del mismo debería ser sólo de mero control de ingresos y gastos.

CONSIDERANDO: Que en lo referente a la pretensión de sustitución de bienes embargados que insta la entidad demandada, deben sopesarse, junto al indudable elemento intencional que el legislador quiso dar al «favor deuditoris» a través del artículo 1447, hecho en el que, curiosamente, las partes parecen estar de acuerdo con argumentos más que opuestos complementarios, criterios de equidad y de pragmatismo, de suerte que al tiempo de garantizar la finalidad legal y voluntariamente pretendida, sea lo menos oneroso posible para el deudor y lo más conveniente para la razón de ser de la empresa y todo ello, valoradas igualmente las dificultades de toda índole que se derivarían de una administración judicial, la intrínseca dificultad de la misma habida cuenta de la esencia de la producción de la ejecutada y las futuras implicaciones y consecuencias en orden a la correcta producción, que a ambos incumbe por igual, siendo lo cierto que la maquinaria, aún anteriormente embargada y pese a ello, cubre sobradamente la finalidad aseguradora pretendida con la medida instada preventivamente.

Vistos los artículos y disposiciones legales de pertinente aplicación.

S. S.ª, ante mí, el Secretario, DIJO: Se deja sin efecto el embargo de los frutos y rentas trabado en diligencia de treinta de abril de 1981 y en su lugar se tiene por trabado el embargo sobre la maquinaria instalada en la sede de la demandada por «C...» en su totalidad y, en consecuencia, no ha lugar al nombramiento de Administrador Judicial solicitado por la ejecutante.

El ejecutante interpuso recurso de apelación contra el anterior auto. La Sala 2.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona

resolvió dicho recurso mediante auto de 22 de diciembre de 1982, que se transcribe a continuación:

En la ciudad de Barcelona a veintidós de diciembre de mil novecientos ochenta y dos.

ACEPTANDO los Resultandos del auto apelado, dictado por el Juzgado de 1.ª Instancia número uno de Tarrasa, con fecha veinticinco de mayo de mil novecientos ochenta y uno, en INCIDENTE en Juicio EJECUTIVO, promovido por «E...» contra «A...», auto que contiene la siguiente parte dispositiva: «Se deja sin efecto el embargo de los frutos y rentas trabado en diligencia de treinta de abril de 1981 y en su lugar se tiene por trabado el embargo sobre la maquinaria instalada en la sede de la demandada por «C...» en su totalidad, y, en consecuencia, no ha lugar al nombramiento de Administrador Judicial solicitado por la ejecutante.

RESULTANDO: Que contra el mencionado auto se interpuso recurso de apelación por la representación de «E...»; recurso que fue admitido en un solo efecto, elevándose testimonio a esta Audiencia, previo los oportunos emplazamientos y habiendo comparecido en esta alzada dicho apelante representado por el Procurador Don Antonio ..., y defendido por el Letrado Sr. XX, y en el acto de la Vista por Don YY, y la entidad apelada representada por el Procurador Don Juan..., y defendida por el Letrado Don ZZ, seguidos los trámites legales, tuvo lugar la celebración de Vista Pública el día DIECISEIS DEL ACTUAL MES de diciembre, en cuyo acto dichos Letrados informaron por su orden, solicitando el apelante la revocación y el apelado la confirmación del auto.

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don TORIBIO SALINAS ABAD.

ACEPTANDO los considerandos de las resoluciones del Juez de veinticinco de mayo y veintinueve de junio del año próximo pasado.

1.º **CONSIDERANDO:** Que apreciando el contenido de los escritos de alegaciones de las partes y razonamientos expuestos en el acto de la vista de esta apelación, sensata y estudiada conducta de colaboración de los defensores de aquéllas, frente a la realidad del problema procesal del cambio de los bienes embargados a instancia del deudor, como a la realidad del momento en que se pidió el testimonio de particulares para la formalización del presente recurso; todo ello es expresión del alcance interpretativo de los preceptos legales ante la realidad, para cumplir con la misión de formular una decisión justa y práctica, y, por ello, es de tener en cuenta: 1.º) El expreso y literal contenido del último párrafo del artículo 391 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que da, al plazo de cinco días que concede para la petición del testimonio, el carácter de improrrogable, como por su interpretación relacionada con las previsiones del artículo 310, en especial en su 10.º apartado, por lo que no es de aplicación en el supuesto del párrafo 2.º del artículo 2.º del Real Decreto Ley de 2 de abril de 1924 y Ley de 20 de diciembre de 1952, y el acuerdo de la providencia de 25 de septiembre de 1981, folio 1.º del testimonio, es nulo de forma imperativa y declarable de oficio ante el carácter de orden público de las normas señaladas, y 2.º) A mayor abundamiento y dado el momento procesal en que se decide, expre-

sión señalada de cumplir la misión de formular una decisión justa y práctica, es de estimar, sobre los problemas doctrinales y sus consecuencias interpretativas, de que lo previsto en el artículo 1447 de la citada Ley Procesal se establece un orden de bienes para el embargo en beneficio del deudor, de ser renunciante, incluso de elegir o señalar un orden distinto, de carácter el mismo de carácter imperativo, como la diferente trascendencia en el embargo para el apremio o para el aseguramiento o medida cautelar de diferentes procesos, en especial, el ejecutivo, normalmente en su carácter de cognición especial, obliga a apreciar como realidad justa el conseguir y mantener la garantía del acreedor con el menor quebranto para el deudor y sus bienes, y en ello podrán surgir problemas del orden en el embargo y de su insuficiencia, cuyas razones, modificativas de lo embargado en el orden y número, podrán alegarlas y discutir las partes, como en el presente supuesto se ha producido, y el Juez decidir lo que estime justo, cuando, a más, el embargo en mayoría de casos no lo presencia el deudor y la designación de bienes, como conocidos, los hace el acreedor o su representante, como las propias partes reconocen y aceptan; sin necesidad de otros razonamientos ni de reiterar que el embargo legalmente previsto de frutos y rentas no es igual, y menos hoy de embargo de una empresa.

2.º CONSIDERANDO: Que por lo expuesto en el anterior considerando y en los de las resoluciones de instancia que se aceptan, procede la confirmación del auto apelado, resolviendo el fondo del problema objeto de esta apelación, sin hacer expresa condena al pago de las costas producidas en esta alzada, por no ser de estimar temeraria, ni de mala fe, la conducta de la parte apelante al impugnar la resolución de instancia, dadas las circunstancias de hecho y problemas procesales que justifican su posición de defensa.

LA SALA por ante mí el Secretario DIJO: SE CONFIRMA el auto apelado, dictado por el Juzgado de 1.ª Instancia número uno de Tarrasa con fecha veinticinco de mayo de mil novecientos ochenta y uno, en INCIDENTE en Juicio EJECUTIVO a que la presente se contrae. SIN hacer expresa declaración sobre las COSTAS de esta alzada. Y firme que sea esta resolución, remítase testimonio de la misma al Juzgado de procedencia con la correspondiente certificación y carta-orden para su cumplimiento.

2.— Los resultandos incluidos en el auto apelado muestran nítidamente el supuesto de hecho planteado, por lo que no es preciso efectuar una descripción del mismo.

Entre las diversas cuestiones procesales abordadas o aludidas en estas resoluciones, hay una que resalta por su carácter fundamental. Tal problema, enunciado en términos generales, consiste en determinar si, una vez que en el curso de un juicio ejecutivo se ha trabado embargo con estricta observancia del orden de prelación de bienes embargables establecido en el artículo 1447 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cabe decretar, a instancia del ejecutado, una sustitución del embargo a la que se opone el ejecutante y que implica, además, la alteración de aquel orden de prelación.

En el presente trabajo se pretende llevar a cabo un sucinto análisis del problema precedentemente formulado y de la solución que, acerca del mismo, mantienen, en sus respectivos autos, el Juzgado y la Audiencia.

3.— En la doctrina procesal española no se utiliza una terminología enteramente uniforme o coincidente para designar los fenómenos procesales relativos a la extinción de la traba y a las distintas modificaciones que puede experimentar el embargo a lo largo del proceso en que se ha practicado. Entre esos fenómenos procesales figura la sustitución del embargo. De ahí que resulte conveniente precisar el concepto de sustitución del embargo al que se hace referencia en esta nota. Entiendo por sustitución del embargo el acto procesal complejo que engloba, por una parte, el alzamiento, decretado mediante resolución judicial, de la traba recaída sobre uno o unos determinados bienes, y, en segundo lugar, el embargo de otro u otros bienes acordado en la misma resolución, con el fin de que ocupe el lugar de la traba levantada.

La posibilidad de que tenga lugar un acto procesal de esas características parece innegable, y así lo entiende la doctrina (1), cuando, en la realización del embargo, se haya vulnerado el orden legal de prelación de bienes sin conocimiento ni aquiescencia del ejecutado, y éste solicite posteriormente que se alce la traba practicada y se afecten otros bienes preferentes y suficientes para cubrir la cantidad reclamada (2).

Pero el supuesto contemplado por las resoluciones judiciales objeto de este comentario es radicalmente distinto, ya que los bienes cuyo desembargo pide el ejecutado (en este caso concreto se trata de frutos y rentas) son, con arreglo al orden previsto en el artículo 1447, II, LEC, preferentes respecto de los que designa el propio ejecutado (bienes muebles) para que ocupen el lugar de aquéllos, esto es, para que sean trabados; y el ejecutante, dato importante, se opone a la pretensión del ejecutado.

A pesar de ello, ambos órganos jurisdiccionales (Juzgado de Primera Instancia y Audiencia) se pronuncian en favor de la posibilidad

(1) Vid., por todos, CARRERAS, *El embargo de bienes*, Barcelona, 1957, pp. 257 y ss.

(2) Por exceder de los límites del presente estudio, no se examina un problema que ha suscitado algunas discrepancias doctrinales, y que estriba en determinar si la privación de efectos que sufre el embargo en el supuesto reseñado en el texto constituye o no una anulación (o incluso una declaración de nulidad radical) de la traba; por idénticas razones, se alude la cuestión concerniente a los presupuestos que han de concurrir para otorgar, en el mismo caso, la sustitución del embargo; vid., sobre ambos temas, CARRERAS, *op. y loc. cit.*

de acordar la sustitución del embargo en la hipótesis descrita. Ahora bien, esta posibilidad no es absoluta, sino que está supeditada a ciertas reservas o condiciones, que tanto el Juzgado como la Audiencia consideran presentes en el caso sometido a su decisión. ¿Cuáles son esas condiciones? El auto dictado por el Juzgado es el que se ocupa con más detalle de esta cuestión. Atendiendo al único considerando contenido en el mismo, resultan, en síntesis, las dos siguientes: a) que el embargo previamente verificado produzca o pueda originar un quebranto en el patrimonio del ejecutado que sea superior al que le causaría la afectación de los bienes que él propone; b) que el nuevo embargo proporcione al ejecutante una garantía adecuada, la cual, aunque esto no se especifica con claridad, parece que ha de estar en función del ámbito o aspecto cuantitativo de ese embargo, a juzgar por la referencia que se hace a la circunstancia de que los bienes ofrecidos por el deudor están ya sujetos a otros embargos. Asimismo, se alude a las dificultades y riesgos a que podrían dar lugar la constitución y el desarrollo de las medidas que habrían de ser adoptadas para asegurar la traba recaída (administración judicial de la empresa productora de los frutos y rentas embargados). Pero la primera de las condiciones apuntadas comprende también este extremo, puesto que se trata, sobre todo, de unas consecuencias perjudiciales para el patrimonio del ejecutado que podrían surgir, indirectamente, del embargo cuyo alzamiento pretende el ejecutado.

Empero, desde una posición más realista, no se puede negar que en esas alusiones hay un reconocimiento implícito de los obstáculos, insalvables en muchas ocasiones, con que se enfrentan los órganos judiciales a la hora de llevar a efecto ciertas medidas de aseguramiento de la traba, particularmente la administración judicial de empresas y el depósito de bienes destinados a la explotación de las mismas cuando es nombrado depositario un tercero distinto del ejecutado. En este punto radica, casi con toda seguridad, la auténtica *ratio decidendi*, el motivo que realmente impulsó al Juzgado a decretar la sustitución del embargo, y que, más tarde, tuvo en cuenta la Audiencia para estimar correcto el criterio sustentado por el Juzgado.

4. — No obstante, lo que ahora nos interesa es examinar los aspectos generales de la solución acogida por estas resoluciones judiciales. A mi juicio, la validez de la doctrina expuesta tropieza, en principio, con un serio inconveniente. Supuesta la concurrencia de los elementos fácticos señalados, la concesión de la sustitución del embargo en esas circunstancias entraña la modificación, no consentida por el ejecutante, del orden de prelación de bienes al que, según prescripción legal, ha de ajustarse la práctica del embargo, y, en consecuen-

cia, una resolución de esa clase comporta la infracción del precepto legal que configura aquella gradación de bienes: el art. 1447, II, LEC.

La superación de las dificultades indicadas exigiría inexcusablemente partir de las dos siguientes premisas: a) que la norma que fija el orden de prelación de los bienes a embargar tiene carácter dispositivo; b) que esa norma ha sido establecida, sea en beneficio exclusivo del ejecutado, sea para conciliar los intereses distintos, pero no siempre contrapuestos, de ejecutante y ejecutado, de forma que cualquiera de ellos puede prescindir de las ventajas que le proporciona el citado precepto, sin que esta renuncia perjudique necesariamente a la otra parte.

La admisión del primero de los postulados expresados permitiría sostener la derogabilidad genérica o abstracta de la disposición que enuncia el orden de preferencia de bienes a seguir en la realización del embargo. El segundo presupuesto serviría para determinar el sujeto o los sujetos a los que se les ofrece la posibilidad de derogar aquella norma. Para que el ejecutado goce, siempre o en algunos casos, de la oportunidad de excluir unilateralmente la aplicación del orden legal de bienes, es preciso, a tenor de los límites impuestos por el art. 6.2 del Código Civil a este tipo de actos, que no contrarie el interés o el orden público, ni perjudique a un tercero. Si el fin perseguido por la norma que fija una jerarquía de bienes a efectos de embargo fuera únicamente el conferir un beneficio al ejecutante, el ejecutado no podría alterar por sí mismo esa jerarquía sin perjudicar el interés de aquél.

La segunda premisa es necesaria, pero no suficiente, para evitar que la concepción elaborada por los autos glosados quede privada de fundamento, porque las nociones de norma dispositiva y norma establecida en interés exclusivo de un sujeto están estrechamente ligadas, pero no son equivalentes; y otro tanto sucede con relación a los conceptos de derecho necesario o absoluto y orden público (3). Se podrían aducir numerosos ejemplos en favor de esta tesis (4). Vea-

(3) Vid., acerca de esta cuestión, DÍEZ PICAZO-GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, Madrid, 1975, I, pp. 215-216.

(4) Los arts. 6.2 y 1255 CC proporcionaron un notable apoyo al planteamiento que aquí se propugna. Si bien el antiguo art. 4 CC señalaba que «Los derechos concedidos por las leyes son renunciables, a no ser esta renuncia contra el interés o el orden público, o en perjuicio de tercero», el actual art. 6.2 CC no permite llegar a la conclusión de que las normas que otorguen derechos sean, como regla general, dispositivas. Por su parte, en el art. 1255 CC se encuentra una clara manifestación de que los conceptos de derecho imperativo y orden público no coinciden plenamente; según el citado precepto, «Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarias a las leyes, a la moral, ni al orden público»; so pena de incurrir en contradicción, hay que entender que

mos alguno. Sabido es que varios preceptos legales establecen la inembargabilidad parcial de los sueldos (así, los arts. 1449, I y 1451 LEC y art. 27,2 del Estatuto de los Trabajadores). La rotundidad con la que se expresa esta excepción de embargo, reforzada además por el art. 1452 LEC, pone de manifiesto el carácter imperativo de las normas citadas. Es obvio que la finalidad de estas disposiciones es proteger al ejecutado, y no al ejecutante. Sin embargo, sería erróneo suponer que la inembargabilidad parcial de los sueldos responde a una exigencia de orden público. Ciertamente la delimitación del concepto de orden público es una tarea ardua, pero, con independencia de la idea de orden público que se utilice, parece evidente que aquél ha de ser absoluto y esencial, lo cual no significa afirmar su inmutabilidad; en otras palabras, debe ser aplicable a todas las situaciones y relaciones insertas en el ámbito o sector de la realidad jurídica a la que se refiera, y su aplicación no puede estar sujeta a condiciones que obedezcan a simples razones de oportunidad. Estas notas, que se desprenden fácilmente de los preceptos positivos que contienen alguna alusión al orden público (como los arts. 6,2, 12,3 y 1255 CC), no se verifican respecto a la inembargabilidad de los sueldos, puesto que, por una parte, hay supuestos en los que no rige (artículo 1451, VI, LEC), y, por otro lado, el hecho de que la inembargabilidad sea parcial, y no total, así como la existencia de dos escalas, por lo demás obsoletas, para configurar aquélla (art. 1451, III y IV LEC) demuestran la incidencia en la misma de criterios esencialmente discrecionales.

Los dos principios enunciados son aceptados por las resoluciones judiciales que estamos comentando. En consecuencia, desde un punto de vista lógico o formal, la doctrina sentada por aquéllas está debidamente justificada. Por ello, es menester afrontar un nuevo problema. Se trata de determinar si las premisas que sirven de base a dicha doctrina cuentan o no con suficiente fundamento.

5. — Si las normas procesales son, por regla general, imperativas o absolutas (5), atribuir naturaleza dispositiva al precepto que regula el orden de prelación de los bienes a embargar (art. 1447, II, LEC) equivale a afirmar que, en este caso, nos hallamos ante una excepción. Por otra parte, si hubiéramos de atenernos exclusivamente a los términos en que está redactado aquel precepto, habría que rechazar la posibilidad de asignarle naturaleza dispositiva. En efecto, des-

las leyes a las que se refiere el art. 1255 CC son únicamente las normas de derecho imperativo o necesario, pero no las de derecho dispositivo; pues bien, si las normas imperativas y el orden público fuesen entidades idénticas, sobraría esa mención por separado de ambas.

(5) Vid. GUASP, *Derecho Procesal Civil*, 3.ª ed., Madrid, 1968, I, p. 32.

de una óptica estrictamente literal, la locución utilizada por el pfo. II del art. 1447 LEC («...se guardará en los embargos el orden siguiente...») es tan prescriptiva y terminante como la que figura en el pfo. I de ese mismo artículo («Si hubiere bienes dados en prenda o hipotecados especialmente, se procederá contra ellos en primer lugar»), cuyo carácter imperativo ha sido destacado por la doctrina (6).

A pesar de las dificultades apuntadas, hay, a mi juicio, razones suficientes para sostener la naturaleza dispositiva de la norma que establece el orden de prelación de bienes a observar en el embargo.

A) Según se ha señalado con anterioridad, no todas las normas imperativas son de orden público, pero si la exclusión del mandato contenido en una norma pugna con el orden público, esa exclusión no es válida (art. 6,2 CC). Mas la derogación del orden de prelación de bienes previsto en el art. 1447, II, LEC no puede considerarse contraria al orden público. Abonan esta postura las siguientes consideraciones:

a) El orden de bienes establecido a efectos del embargo no responde a un principio esencial de la ejecución pecuniaria singular. Acaso el único orden de prelación que podría fijarse, en atención a lo que constituye el específico objeto de este tipo de ejecución, sería el consistente en anteponer el embargo de dinero al de las restantes categorías de bienes (7). Cualquier otro orden de preferencia que se estableciera obedecería a razones de oportunidad o, como máximo, trataría de traducir algún principio procesal de carácter general (v. gr., el de economía procesal), pero no derivaría directamente de los fundamentos en los que se asienta aquella clase de ejecución.

Incluso esa excepción suscita algunas dudas. En efecto, una cosa es que se pretenda obtener la entrega de una suma de dinero, y otra distinta que el instrumento empleado para lograr ese fin deba consistir en dinero antes que en otra especie de bienes. Esta es la solución más beneficiosa para los intereses del ejecutante, debido a la seguridad que le proporciona en orden a la satisfacción de su pretensión. Pero no siempre ocurre lo mismo con relación a los intereses del ejecutado. A su vez, tal opción sería la más acorde con el principio de economía procesal en aquellos casos en los que se pudiera entrar en la vía de apremio inmediatamente después de la práctica del embargo. En los demás supuestos, es posible que, sin

(6) Vid. CARRERAS, *El embargo...*, cit., pp. 242-244.

(7) Precisamente esta salvedad está prevista en el art. 109,2 del Reglamento General de Recaudación como límite a la posibilidad de modificar, a petición del deudor, el orden de prelación del art. 1447 LEC.

perjuicio alguno para el ejecutante, no resulte más económico trabar dinero que embargar otros bienes (8).

Esta diferencia conceptual existente entre el fin perseguido (consecución de una cantidad de dinero) y los medios utilizables para alcanzar dicho objetivo (dinero y otras clases de bienes) se refleja con gran claridad en la norma positiva que obliga a proceder ejecutivamente contra los bienes pignoralados o hipotecados antes que contra los restantes elementos patrimoniales del ejecutado (art. 1447, I, LEC), y ello con independencia de que, entre tales elementos patrimoniales, figure el dinero (art. 1447, II, 1.º LEC).

b) Por otra parte, el orden legal de prelación de bienes embargables tiene naturaleza accesoria o subordinada. Tan sólo es aplicable cuando la extensión del patrimonio, conocido y embargable, del ejecutado lo permita. Si aquél no basta para cubrir la cuantía de la ejecución, o si es mínimamente suficiente para cubrirla, de manera que no queden bienes libres de embargo, el orden legal de prelación de bienes es, sencillamente, irrelevante para la práctica de la traba.

c) La alteración del orden de prelación del art. 1447, II, LEC está expresa o implícitamente autorizada por diversas normas reguladoras de procesos distintos del civil a los que, no obstante, es aplicable aquella disposición en su calidad de derecho común en materia de embargos (así, los arts. 109,2 del Reglamento General de Recaudación, 598, II, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 704, II, del Código de Justicia Militar). Si se tratara de una norma de orden público, sería incomprensible que el ordenamiento jurídico permitiera su derogación en esos supuestos.

d) Desde otro punto de vista, en el caso de que el precepto que fija el orden de bienes para el embargo fuera una norma de estricto carácter procedimental o formal, difícilmente podría ser derogada sin que ello acarrease un ataque al orden público procesal, ya que falta en el ordenamiento una disposición que autorice expresamente la alteración de aquella prelación. Pero no es una regla procedimental enderezada a determinar la forma que ha de revestir el embargo, sino que constituye una norma procesal material. Contribuye, junto a otras normas y, si se quiere, con un alcance más modesto que el de éstas, a concretar los bienes sobre los que debe recaer la traba (9).

(8) Así acontece, por ej., cuando, existiendo en el patrimonio del ejecutado dinero suficiente para cubrir la cantidad por la que se ha despachado la ejecución, forma parte del mismo un crédito pecuniario contra una entidad de reconocida solvencia que no puede ser exigido inmediatamente, pero sí antes de iniciarse el procedimiento de apremio, y cuya cuantía basta para satisfacer la pretensión del ejecutante.

(9) GUASP, *Derecho Procesal...*, cit., I, pp. 425 y ss., incluye el estudio del orden legal de prelación de los bienes a embargar en el mismo epígrafe en

Un sencillo ejemplo bastará para poner de manifiesto la naturaleza material, y no formal, de esa norma. Supongamos que la cuantía de la ejecución sea la de quinientas mil pesetas, y que en el patrimonio, conocido y embargable, del deudor se encuentran los siguientes bienes: 1) cuatrocientas mil pesetas en dinero efectivo; 2) un vehículo automóvil cuyo valor asciende a trescientas mil pesetas; 3) una finca urbana valorada en tres millones de pesetas; el Agente judicial, que, en un primer momento, solamente conoce la existencia del vehículo, lo embarga; en un momento posterior, se percata de la existencia del dinero, y lo traba también. Aunque sólo fuese por las exigencias derivadas del principio de economía procesal, parecería absurdo sostener que ese hipotético embargo adolece de un defecto de forma, con las naturales consecuencias, por tanto, que, en orden a la declaración de nulidad o a la anulación de la traba, se desprenderían de esa tesis. El embargo habría sido practicado indebidamente si, conociéndose la existencia de todos los bienes indicados, se hubiera afectado la finca, en vez del automóvil o del dinero. A los efectos del art. 1447, II, LEC, lo que importa principalmente es *qué* se ha embargado, y no *cómo* se ha practicado el embargo.

B) Para atribuir naturaleza dispositiva a la norma establecida en el art. 1447, II, LEC, no basta con que la alteración del orden de bienes embargables no sea opuesta al orden público. Es preciso, además, examinar la materia regulada por dicha norma. En este sentido, la posibilidad que el ordenamiento ofrece a las partes de elegir, mediante la constitución de prenda o hipoteca, el objeto sobre el que ha de recaer la eventual actividad ejecutiva indica que ésta no es una materia totalmente sustraída a la voluntad de aquéllas (10). La mera diferencia concerniente a los distintos momentos en que opera esa voluntad (antes o después del inicio de la ejecución) no puede justificar un tratamiento procesal tan profundamente dispar que lleve a negar toda virtualidad a las declaraciones de voluntad que las partes realicen, acerca de este objeto, después de comenzada la ejecución.

C) Hay otra razón por la que la exigencia de que la actividad ejecutiva deba llevarse a cabo precisamente sobre los bienes hipotecados o pignoralados tiene importancia para la cuestión que nos ocupa.

que aborda la cuestión del objeto del embargo, y no en el que se ocupa del tema relativo al procedimiento del embargo; CARRERAS, *El embargo...*, cit., pp. 234 y 242, denomina norma procedimental a la contenida en el art. 1447, II, LEC, y no efectúa el análisis de la misma en el Capítulo tercero de su monografía, que es el que dedica específicamente al estudio del objeto del embargo, pero advierte que «es erróneo creer que la actividad ejecutiva en este punto está sometida a unas reglas de procedimiento fijas y determinadas» (p. 239).

(10) Vid., en este sentido, CARRERAS, *El embargo...*, cit., p. 241.

El art. 1447, I, LEC denota, *ab initio*, que los únicos y verdaderos interesados en la elección de los bienes sobre los que ha de versar la ejecución son el ejecutante y el ejecutado, entendiéndose por ejecutado, en sentido amplio, cualquier sujeto que tenga la titularidad de los bienes sobre los que recaiga la ejecución, siempre que ésta se dirija contra tales bienes por causa distinta de un error en la atribución de aquella titularidad, al contrario, pues, de lo que acontece cuando se embargan bienes de un tercero por reputarlos pertenecientes al ejecutado. De otro modo, la alusión a la prenda y a la hipoteca resultaría insuficiente, por limitarse, implícitamente, al sujeto cuyos bienes están pignorados o hipotecados y al favorecido por la prenda o hipoteca.

Esto explica que el tono imperativo empleado por el art. 1447, II, LEC no sea forzosamente incompatible con el carácter dispositivo de esa norma. El destinatario del art. 1447, II, LEC es el sujeto encargado de ejecutar el embargo. A falta de una voluntad contraria de las partes, el ejecutor del embargo debe ajustar su actuación al orden prescrito en aquel precepto. Y éste es un problema diferente al de saber si las partes, de común acuerdo o unilateralmente, pueden alterar dicho orden de prelación.

D) Se ha indicado previamente que los conceptos de norma dispositiva y norma establecida en interés exclusivo de un o unos determinados sujetos no coinciden, pero sí están íntimamente vinculados. Si el fin perseguido por una norma es el antes mencionado y la derogación de la misma realizada por los sujetos a los que otorga un beneficio no es contraria al orden público, no hay razón alguna para negar viabilidad a esa derogación cuando el ordenamiento no la prohíba mediante otra norma expresa. Aplicando esta concepción al problema que estamos examinando, puede concluirse diciendo que, si la finalidad del precepto que regula el orden de preferencia de los bienes a efectos del embargo es la de proteger los intereses del ejecutante, del ejecutado o de ambos, cabe su derogación por voluntad de las partes o de una de ellas, según los casos. Pero esta cuestión afecta ya a la segunda de las premisas que habíamos enunciado.

6.— La obtención de una determinada suma de dinero, mediante la realización de unos bienes pertenecientes al ejecutado, es el interés del ejecutante al que, en vía principal, trata de subvenir la ejecución pecuniaria singular. Ahora bien, el factor tiempo tiene una importancia trascendental en las relaciones económicas. Por ello, también el derecho positivo, en general, y el derecho procesal, en particular, toman en consideración aquella variable. Ciñéndonos a la ejecución dineraria, puede afirmarse que no es indiferente para el ordenamiento jurídico que el ejecutante cobre su crédito en un mo-

mento o en otro. Interesa que la pretensión del ejecutante sea satisfecha lo más rápidamente posible.

Si nos situamos en la posición del ejecutado, fácilmente se comprende cuáles pueden ser los intereses del mismo: que su patrimonio permanezca totalmente al margen de la actividad dirigida a satisfacer la pretensión del ejecutante, y subsidiariamente, si esto es irrealizable, que el menoscabo sufrido por su patrimonio sea el menor posible.

De estos dos pares o binomios de intereses correspondientes a las dos partes del proceso ejecutivo, sólo son absolutamente antagónicos e irreconciliables los que podríamos denominar intereses básicos: conseguir una cantidad de dinero mediante la enajenación de bienes pertenecientes al ejecutado (interés del ejecutante) y que no sean utilizados, para lograr aquel objetivo, bienes englobados en su patrimonio (interés del ejecutado). Los otros dos intereses complementarios, prontitud en la satisfacción de la pretensión ejecutiva, por un lado, y que ésta se lleve a efecto con el menor coste económico, por el otro, pueden ser contrarios en algunos supuestos, pero no en todos.

Pues bien, a poco que se reflexione sobre el orden de prelación de bienes previsto en el art. 1447, II, LEC, se llega a la conclusión de que el fin perseguido por este precepto es salvaguardar los dos intereses a los que se ha hecho referencia en último lugar. Basta tener en cuenta los diversos cauces procedimentales aplicables en función de la distinta naturaleza de los bienes embargados, para advertir que, según pone de relieve la doctrina (11), el criterio que subyace en la configuración del orden legal de prelación de bienes embargables es el concerniente a la facilidad de la realización de dichos bienes. Es cierto que hay algunos supuestos excepcionales en los que el perjuicio experimentado por el patrimonio del ejecutado no guarda relación con la mayor o menor sencillez de la realización de los bienes, pero, desde una perspectiva general, tiene razón CARRERAS cuando afirma que «Cuanto más se facilite la ejecución menor quebranto sufrirá el ejecutado» (12). A lo que hay que añadir que una mayor facilidad y sencillez de la ejecución hará que ésta sea normalmente más rápida, con lo cual resultará garantizado el interés del ejecutante en obtener una pronta satisfacción de su pretensión. Así pues, el art. 1447, II, LEC está establecido en beneficio del ejecutado, como señalan las resoluciones judiciales objeto de esta nota, pero no es

(11) Vid. GUASP, *Derecho Procesal...*, cit., I, p. 425; REYES MONTERREAL, *El llamado juicio ejecutivo en la L. E. C. española*, 2.ª ed., Barcelona, 1963, I, p. 192; RAMOS, *Derecho Procesal Civil*, Barcelona, 1980, p. 1015.

(12) CARRERAS, *El embargo...*, cit., p. 237.

ésta la única finalidad de dicha norma, por cuanto que también tiende a tutelar los intereses del ejecutante.

Quizás la protección otorgada por el art. 1447, II, LEC al interés del ejecutante sea, como dice CARRERAS (13), menor que la conferida al ejecutado. Pero, en mi modesta opinión, esto obedece tan sólo a razones relativas a la estructura de la ejecución pecuniaria singular. En ésta, la modalidad principal o prioritaria de apremio está encaminada a obtener una cantidad de dinero suficiente para satisfacer la pretensión pecuniaria del ejecutante. La protección del interés de aquél tendrá lugar en la medida en que la consecución de aquella suma de dinero sea lo más rápida posible. Este es el único elemento al que, en materia de elección del objeto de la ejecución, hay que atender con relación al interés del ejecutante. Si, fracasada la vía principal de apremio, es preciso acudir a una modalidad subsidiaria y los bienes embargados no bastan para satisfacer su pretensión, siempre contará con la oportunidad de pedir la mejora del embargo. No ocurre lo mismo respecto del ejecutado. A éste le conviene, desde luego, que el costo económico necesario para actuar la vía principal de apremio sea el mínimo posible. Pero también le interesa que el valor de los bienes sujetos a la ejecución quede reducido lo más que se pueda, en previsión de que la modalidad de apremio que ha de seguirse en primer lugar se complique (haya que acudir a una segunda o tercera subasta) o se frustre, y, en este caso, el ejecutante opte por la adjudicación de los bienes embargados en pago de su crédito, con el consiguiente peligro de que los bienes sean enajenados por un valor notablemente menor al que sirvió de tipo para la primera subasta. Claro está que el ejecutante puede intentar que se le adjudiquen los bienes por un precio inferior al real. Pero, obviamente, éste no es un interés digno de tutela.

7.— El reconocimiento de que el orden de prelación de los bienes a embargar está establecido en beneficio de ejecutante y ejecutado no implica, a mi juicio, la imposibilidad total de que el ejecutado lleve a cabo unilateralmente una alteración de aquel orden (14).

Entiendo que esa modificación unilateral del orden legal de los bienes a embargar puede tener lugar cuando concurren determinadas condiciones. La razón fundamental ya ha sido mencionada: los intereses protegidos por la norma contenida en el art. 1447, II, LEC son distintos, pero no siempre resultan incompatibles. Cabe perfectamente la posibilidad de que la alteración de la jerarquía legal de

(13) CARRERAS, *op. cit.*, p. 240.

(14) Vid. en contra CARRERAS, *op. y loc. cit.*

bienes sea beneficiosa para el ejecutado, sin que ello suponga perjuicio alguno para el interés del ejecutante (15).

Dados esos requisitos, y supuesta, además, la naturaleza dispositiva de la norma que fija el orden de prelación de bienes a efectos del embargo, no hay inconveniente alguno para que, de acuerdo con el art. 6.2 CC, el ejecutado pueda excluir la aplicación de la misma, aunque el ejecutante se oponga a ello.

Ahora bien, si la oposición del ejecutante se expresa ya en el mismo acto del embargo, surge una controversia cuya resolución corresponde al titular del órgano jurisdiccional, y no al Agente judicial encargado de la práctica del embargo. El Agente judicial actúa como simple delegado del Juez y debe limitarse a cumplir el mandamiento de embargo. De otra forma, se le atribuiría un poder decisorio del que carece. Así pues, en el caso de que el ejecutante muestre su disconformidad, en la propia diligencia de embargo, respecto de la alteración del orden legal de prelación de bienes pretendida por el ejecutado, el Agente judicial ha de practicar el embargo con arreglo a los preceptos legales, y, en consecuencia, debe ajustar su actuación a la jerarquía de bienes prevista legalmente.

Esto significa que, si al ejecutado le sigue interesando la alteración del orden legal de prelación, no tiene más remedio que promover un incidente de sustitución del embargo, en el que las partes puedan discutir con la debida amplitud, y el Juez apreciar, si concurren o no los presupuestos necesarios para efectuar aquella alteración. En este sentido se pronuncia, pienso que acertadamente, la Audiencia Territorial en el auto comentado.

Cuestión diferente es la de determinar cuándo la modificación del orden legal de prelación beneficia al ejecutado sin lesionar los intereses del ejecutante. Este problema ha de resolverse mediante una valoración completa de las circunstancias peculiares de cada caso, y particularmente en atención a la naturaleza de los bienes objeto de comparación. No obstante, pueden señalarse unos criterios de carácter general: a) los intereses con relación a los cuales ha de realizarse aquella valoración son, precisamente, los que el art. 1447, II,

(15) Así ocurre en el supuesto que se expone a continuación. Se interpone demanda de juicio ejecutivo. Se despacha la ejecución. El patrimonio embargable del ejecutado se reduce a la parte de su sueldo susceptible de embargo y a una finca urbana cuyo valor es muy superior al de la cuantía de la ejecución. Por otra parte, la porción embargable del sueldo es suficiente para reunir la cantidad reclamada en un período de tiempo más corto que el que sería necesario para llevar a término la realización del inmueble, incluso sin contar el tiempo que se consumiría en la sustanciación de la posible oposición del ejecutado. ¿Qué perjuicio puede seguirse para el ejecutante si se afecta a la ejecución la fracción del sueldo susceptible de embargo, en vez de la finca urbana? A mi parecer ninguno.

LEC trata de proteger, y que ya han sido indicados; b) el ámbito cuantitativo del nuevo embargo no tiene por qué ser superior al del anterior; basta que se ajuste al requisito de suficiencia de los bienes, aplicable a todo embargo; respetados esos límites, los intereses legítimos del ejecutante quedan garantizados.

En conclusión, si concurren los requisitos expresados, cabe decretar, a instancia del ejecutado, la sustitución del embargo, aunque ésta conlleve la alteración del orden legal de prelación de bienes a seguir en el embargo y el ejecutante se oponga a la misma, por lo que la solución mantenida en las resoluciones judiciales glosadas es, en su aspecto general y con las puntualizaciones que han sido efectuadas, perfectamente aceptable.

NOTAS

TRABAJO SOCIAL Y ECONOMIA

En el ámbito de la actividad profesional, el abogado debe tener presente que el embargo no es un acto de ejecución, sino un acto de protección de bienes, por lo que su finalidad es garantizar el cumplimiento de la obligación. En consecuencia, el embargo debe ser suficiente para cubrir el monto de la deuda, pero no debe ser excesivo, ya que ello podría afectar a los intereses legítimos del ejecutado.

**LA OFICINA JUDICIAL:
ORGANIZACION Y RACIONALIZACION DEL TRABAJO
ADMINISTRATIVO**

La oficina judicial es el órgano que presta servicios de asistencia jurídica a los ciudadanos, tanto en materia civil como penal. Su función principal es garantizar el acceso a la justicia, lo que implica proporcionar información, asesoramiento y representación legal a los usuarios.

ANTONIO M. DE ANZIZU FUREST
Decano del Colegio de Procuradores
Barcelona

El acceso a la justicia es un derecho fundamental que debe ser garantizado por el Estado. Para ello, es necesario contar con una oficina judicial que ofrezca servicios de calidad y de forma gratuita a los ciudadanos que no pueden costear los gastos de un proceso judicial.

Nuestras leyes procesales suelen emplear la expresión «juicio» con cierta reiteración, para referirse al debate judicial de las causas civiles y penales. Realmente la terminología se ajusta a lo que en el siglo pasado, momento de su codificación, estaba en la mente de los juristas como razón de ser de la administración de la Justicia: La sentencia justa, el resultado adecuado del conflicto partes-jueznorma.

Sin embargo la moderna doctrina procesal ha ido acuñando e imponiendo una nueva expresión sustitutiva de aquella, y en la actualidad es común emplear la expresión «proceso», que aporta indudablemente un acercamiento del derecho procesal a la realidad social.

¿Qué ha cambiado? Se trata de que ciertos valores sociales se han incorporado a la aplicación del derecho, y que nuestra sociedad no sólo exige lo justo, sino que lo exige en el momento oportuno y con rapidez, es decir, en el compás vital que el dinamismo de la época lleva consigo.

La idea de juicio es de cierto inmovilismo, la de proceso en cambio hay que considerarla dinámica.

«Proceso» se entiende ahora como una serie o sucesión de actos unidos por el tiempo, en secuencia ordenada e irreversible, realizados preclusivamente y en el momento oportuno; todo ello ordenado mediante normas jurídicas que lo hacen discurrir por cauces previa-

mente fijados hasta el extremo de que cuando el proceso se desvía de los moldes jurídicos y se desliza al margen de los mismos, los actos procesales son ineficaces. Y estos actos sucesivos son realizados necesariamente por la actividad humana de los intervinientes, las partes y el Órgano Jurisdiccional.

Así pues la normativa o procedimiento, combinada con el tiempo y con la realización de los actos humanos, componen un conjunto finalmente titulado «proceso» en el que los aspectos sociológicos son determinantes para que se aprecie su bondad o se rechace.

Nuestra Constitución de 1978 se refiere a todo ello en diversos artículos, pero es muy destacable el 24, que consagra el derecho a la «tutela efectiva», de los intereses legítimos de los ciudadanos.

Efectividad es quizás la expresión social de lo que se pretende como idea del proceso perfecto. Efectividad viene de eficacia y ésta que se define en el Diccionario de la Lengua como virtud, supone una actividad, y significa «fuerza y poder para obrar». La idea de dinamismo y tiempo se incorpora a la Justicia. Pues bien, eficacia procesal, para el ciudadano de 1984, que precisa y exige amparo de los Jueces y Tribunales, significa la conjunción óptima de las normas jurídicas y de los esfuerzos humanos organizados, en un tiempo breve y a un coste razonable.

No voy a referirme al primer elemento citado, las normas, pues no son objeto de esta conferencia, pero sí tengo necesidad de resaltar la influencia decisiva que lo sociológico ejerce sobre ellas. Normas correctas sobre la mesa de estudio, normas acertadas para los técnicos jurídicos, pueden resultar inaplicables, inadecuadas, destructivas, si no se tienen en cuenta todos los elementos que son influyentes sociológicamente para su aplicabilidad. Basta repasar la historia reciente para advertir el divorcio que existe entre ciertas normas procesales y los resultados de su aplicación; o si lo prefieren dedíquense a conjeturas y analicen proyectos de reformas procesales en trámite y adivinen las consecuencias de su implantación. Hay que prever los efectos secundarios de un cambio, por ligero que sea, de las normas procesales; hay que tener en cuenta su incidencia social.

Si en cambio trataré en profundidad los otros elementos que componen la eficacia judicial, es decir los esfuerzos humanos organizados y el factor tiempo, Y lo haré porque la informática incide precisamente en ellos no sólo provocando una ayuda que mejora la calidad y abrevia el tiempo, sino muy especialmente creando una nueva forma de actividad, acercándonos a una nueva frontera de la prestación del servicio de administrar justicia.

El uso de técnicas informáticas en las actividades jurídicas no es sólo una conveniencia o una necesidad que se le ha ocurrido a un grupo dirigente, es sobre todo un hecho social asumido que está en

la vida ordinaria de los pueblos medianamente avanzados. Algo importante está cambiando y lo hace tan aprisa que apenas nos damos cuenta de ello; basta decir que hoy un ordenador puede diagnosticar enfermedades, programar las redes ferroviarias o los vuelos espaciales, vencer a un campeón de ajedrez, accionar los semáforos del tráfico de las ciudades, darnos dinero cuando por la noche está cerrado el banco, componernos los escritos profesionales, hallarnos la jurisprudencia o las leyes adecuadas a una consulta.

El reloj de pulsera ha perdido sus manecillas... y los juristas, a pesar de lo que vemos a nuestro alrededor, seguimos en nuestra artesanía. ¡No perdamos el tren!

Cierto que nuestro mundo es humanístico, y nuestra artesanía es fruto del estudio y del conocimiento, en definitiva del uso de la inteligencia al igual que otras actividades profesionales.

No obstante, entre los juristas observo un cierto distanciamiento y una falta de confianza ante la informática, que llega incluso al rechazo. Yo quiero pensar que estamos ante una falta de información pues otras profesiones más familiarizadas con la investigación técnica o mecánica sí han sabido valorar positivamente las ayudas que la nueva tecnología ofrece, y la están aprovechando en gran escala los ingenieros, los médicos, arquitectos, militares, analistas, empresarios, biólogos, etc.

También la Administración Pública está informatizándose con rapidez y destina fuertes sumas a esas técnicas, aunque desgraciadamente pocos son los gobiernos que sienten lo judicial o lo jurídico como preferente; ¡siempre estamos situados en el vagón de cola!

Pero la gente de la calle convive ya con la informática, la acepta y le es cómoda... ¡incluso le cobra los billetes del autobús. Y esta gente es en definitiva la destinataria de una gran masa de procesos, y usuaria de servicios judiciales.

He leído hace poco un artículo de un pensador que tuvo necesidad de acudir a una oficina del Registro Civil. Su comentario puede trasplantarse a cualquier persona de cualquier condición social y demuestra una actitud frecuente de nuestros conciudadanos. Dice así:

«Hace unas semanas me decidí a hacer una cosa que por falta de tiempo y por mi alergia a la burocracia iba demorando: Fui a que me tradujeran el nombre de pila al catalán. En la cola me dio moral el hecho de que delante mío estaba la esposa de una de las más prestigiosas figuras de la Universidad; venía a comprobar si ya estaba hecha la traducción del nombre de su esposo, para solicitar luego los certificados de nacimiento, D.N.I., pasaporte, etc. El empleado que la atendió, muy correcto y cumplidor, la dejó asustada: «Tendrá que obtener un certificado de nacimiento para cada docu-

mento que desee cambiarse y deberá modificar el nombre de los títulos de médico, catedrático, etc.». Cuando oí esto pensé en marcharme, pero ya había perdido una hora de espera y yo era el siguiente (después me explicaron que con el D.N.I. nuevo podría renovar el pasaporte sin dificultades, es decir, que era menos complicado de lo previsto). Volví al cabo de siete días. Hice una segunda cola para saber si la traducción estaba hecha. Hice una tercera cola para solicitar el certificado de nacimiento y al cabo de tres días y cinco colas me fui a otra cola para renovar el carné de identidad, etc.

Como con tantas esperas aún queda algo de tiempo para pensar, se me ocurrió imaginar cómo estaría organizado este servicio si lo desempeñara una empresa privada que pretendiera no caer en quiebra, por supuesto. Se haría una sola cola, que sería bastante rápida ya que estaría atendida por los microordenadores que fuesen necesarios. Llegaríamos y nos sentarían delante de la pantalla, e iríamos contestando las preguntas que hiciera la máquina. Al fin y al cabo todo el mundo usa ya los cajeros automáticos. Una vez obtenida la información, la impresora nos entregaría el nuevo certificado de nacimiento. Mientras, el ordenador ya habría cambiado los datos de su archivo. Naturalmente habría un empleado en vez de los seis que ahora se ven (más los que no se ven y que deben cambiar los archivos) para comprobar la autenticidad de los datos y ayudar a los pocos que no supieran usar el ordenador, es decir, a los que no supieran leer o escribir a máquina.

Existe el problema humano de qué hacer con los empleados. Pienso que con el dinero que se ahorraría la Administración, podrían dárseles becas para que se reciclaran».

Este panorama obliga a reflexionar seriamente, y conocer qué está ocurriendo en el mundo circundante, para que los juristas no nos distanciamos de la realidad.

Es cierto que nuestras profesiones se ejercían hasta hace muy poco tiempo con la pluma, el papel y los libros como únicos instrumentos de trabajo, y por lo tanto no hemos de extrañarnos que en profesiones tan liberales que ni el tiempo, ni los costes tenían importancia, el advenimiento de nuevas técnicas administrativas hayan sido recibidas con escepticismo.

Si entendemos que los avances técnicos son en realidad una herramienta de ayuda, como lo fueron la máquina de escribir, los ficheros, el teléfono o la fotocopia, hemos de convenir que es tan sólo la falta de información y la apatía habitual de los juristas por la tecnología, lo que motiva la escasa introducción de la informática en nuestro mundo profesional.

Olviden por ahora las cuestiones técnicas y atiendan mi planteamiento: Si nuestros trabajos se componen de acciones intelectuales

y de otras puramente mecánicas y repetitivas y conseguimos que esas últimas se realicen casi sin necesidad de nuestra intervención, está claro que ganaremos tiempo para dedicar más a lo inteligente, y nos liberaremos de lo menos gratificante.

Este es el objetivo que yo persigo mediante el uso de la informática para las aplicaciones jurídicas: Que con rapidez y fiabilidad se entregue a nuestra mesa de trabajo todo lo necesario para realizar funciones estrictamente jurídicas.

Pero además la sociedad exige de los juristas una mayor rapidez en sus decisiones y consejos, una mayor velocidad en la tramitación de los procesos y consecución de resultados jurídicos, porque esa sociedad con la que convivimos y que es nuestra razón de existir como profesionales, está inmersa en una tremenda dinámica, tiene hoy unos flujos de datos e información asombrosamente rápidos.

Se dice que estamos entrando en la era «postindustrial», que equivale a la llegada del futuro. Es decir: Ha llegado el Futuro.

El jurista opera en ese mundo y quiéralo o no forma parte de él, no puede desvincularse por la misma naturaleza de su profesión, sea Juez o Magistrado, Secretario Judicial, Abogado, Procurador, Notario, Registrador o Catedrático. Y debido a la dinámica social crece el volumen de la información que circula en el mundo del Derecho, en todos sus ámbitos: En el Parlamento, los Ministerios, los Registros Civiles, de la Propiedad, los Bufetes de Abogados y Procuradores, los estudios de los Notarios, las bibliotecas jurídicas, las Oficinas Judiciales, los Registros de Ultimas Voluntades, de Antecedentes Penales, etc. Y a pesar de que se incrementa el número de personas que trabajan en todas esas organizaciones, los esfuerzos humanos que se les aplican no consiguen mejorar los niveles de eficacia.

No soy tan iluso como para pensar que la informática va a solucionar los problemas derivados de esa masificación creciente pero sí estoy en disposición de explicarles que adecuando nuestras organizaciones de trabajo a los nuevos momentos, mediante el uso de la informática, se obtienen importantes ayudas que pueden mejorar la situación.

Deberíamos empezar por una descripción muy elemental de lo que es un ordenador. Se trata de un conjunto de dispositivos electrónicos compuestos por la llamada «unidad central» un teclado parecido a la máquina de escribir, una pantalla para visualizar y una impresora. La unidad central corresponde al «cerebro» en lenguaje vulgar y contiene dos elementos básicos: Un almacén de datos donde se conservan la información que introducimos y una memoria o «fuerza» de trabajo; el teclado servirá para introducir datos en el

almacén, y la pantalla y la impresora servirán para representarnos gráficamente las informaciones que solicitemos.

Se ha dicho con cierta razón, que un ordenador es por sí mismo «estúpido» o «tonto»; sí, es así: un ordenador no sirve para nada si no se le aplican unas instrucciones confeccionadas por la razón humana, indicándole qué es lo que debe hacer. Es decir, que por sí mismo es un conjunto físico inservible e inútil a menos de que el hombre le dé instrucciones del trabajo que deba realizar y cómo debe realizarlo. Esas instrucciones son los «programas», o más técnicamente el «software», que harán trabajar a los elementos físicos, al «hardware», en argot «el hierro».

Actualmente los ordenadores tienen grandes capacidades de almacenamiento, y gran potencia para desarrollar con rapidez las instrucciones del programa correspondiente, gracias a los avances técnicos y especialmente a un elemento llamado «microprocesador».

¿En qué pueden ayudar los ordenadores a los juristas? A mi entender existen campos muy claros y definidos que están aplicándose ya en muchos países y forman parte habitual de los trabajos jurídicos y judiciales. Esos campos son los Bancos de Datos Jurídicos (legislación, jurisprudencia, doctrina y publicaciones de investigación), las bibliotecas jurídicas, la organización de bufetes profesionales de Abogados, Procuradores y Notarios, las oficinas públicas judiciales y registrales.

Antes de entrar en el tema concreto de esta conferencia, es decir, las oficinas judiciales, quisiera hacer una referencia a los Bancos de Datos jurídicos, a los Registros Públicos y a la expansión del llamado «tratamiento de textos», pues constituyen tres aplicaciones informáticas que inciden muy claramente en la informatización de lo judicial, junto con el uso de los ordenadores específicos para la organización y racionalización del trabajo administrativo.

Los Bancos de Datos jurídicos consisten en el almacenamiento, por medio de ordenadores, de la legislación, la jurisprudencia y la doctrina, a fin de que puedan ser consultados y se obtenga respuesta inmediata al caso propuesto.

El almacenamiento debe hacerse mediante unos delicados sistemas de trabajo y selección y por juristas expertos, a fin de que las respuestas sean fiables y de alto valor. El ordenador no hará nada más que seleccionar datos, palabras, ideas, sobre un tema concreto, y buscará en el «almacén» de acuerdo con los criterios y descriptores previamente seleccionados por los analistas.

Así pues el jurista, mediante el teclado, preguntará sobre el tema deseado a través de unos parámetros de referencia, y en la pantalla leerá las contestaciones de su pregunta. Por ejemplo, una consulta sobre jurisprudencia penal podría ser la existencia de alguna sen-

tencia contenida en el banco de datos, relativa a la responsabilidad de un establecimiento sanitario en el que ha fallecido un paciente, suicidándose al lanzarse desde una ventana cuando estaba sometido a una especial vigilancia médica. Una vez solicitado el archivo de jurisprudencia a través de los mandatos correspondientes al ordenador, el consultante indicaría los parámetros de consulta: Responsabilidad-médico-hospital-paciente-suicidio. En una consulta similar que realicé en el Banco del CEDIJ, en París, aparecieron en la pantalla tres casos jurisprudenciales en los que se contenían tales referencias, entre otras; la jurisprudencia aparece en forma de abstract, con indicación de la fecha de la sentencia y Tribunal que la dictó. A continuación seleccioné la sentencia que me parecía más idónea al supuesto que me interesaba y solicité su texto completo: Aparecían todos los datos de los hechos probados y consideraciones jurídicas, con el fallo correspondiente; también se especificaban datos de los componentes del Tribunal, ponente, letrados de las partes, etc. Finalmente solicité al ordenador que se me librara una copia a través de la impresora, para poder estudiar el caso con detenimiento.

Los Bancos de Datos son un gran elemento de ayuda para la decisión jurídica, tanto para Magistrados como para Abogados, y su uso permite un ahorro inmenso de tiempo, pero creo que su mayor valor es la posibilidad de obtener informaciones —a través de muy complejos sistemas de interrelaciones— que difícilmente podrían conseguirse con el uso habitual de la documentación ordenada por sistemas tradicionales. La relación de conceptos e ideas jurídicas no depende en absoluto del ordenador: Depende exclusivamente de los «criterios» elaborados por los juristas que hicieron los programas y analizaron la jurisprudencia a la legislación. Pero el ordenador puede revisar en segundos inmensas cantidades de referencias y datos jurídicos.

He de aclarar que los Bancos de Datos son muy costosos y de lenta elaboración debido no sólo a la tecnología sino muy especialmente a la gran cantidad de expertos que deben intervenir en su confección. De ahí que los existentes hayan sido creados con fondos públicos o aportaciones de importantes instituciones económicas.

En Europa existen bancos en diversos países, no siempre completos sino más bien sectoriales, por materias, como es lógico, se atiende a criterios de interés público en unos casos, y en otros a criterios comerciales de utilización. El Banco suele estar situado en un gran ordenador central, capaz de atender infinidad de consultas simultáneas, y se accede por terminales situadas en diversos puntos (una oficina judicial, un Colegio de Abogados, el propio bufete de un profesional) a través de línea telefónica.

Es destacable el gran trabajo realizado en Italia a través de la

Corte de Casación, que dispone de un gran sistema al que están conectadas más de 250 terminales de los diversos tribunales del país. La Magistratura es la usuaria.

En cuanto a los Registros Públicos, quiero referirme brevemente a ellos por cuanto los datos que contienen muchas veces influyen en la decisión o tramitación de los casos judiciales. A nadie se le escapa la importancia que reviste en lo Penal, la existencia o no de antecedentes, para decretar una libertad provisional o sentenciar un caso. En nuestro Ministerio de Justicia se está trabajando mucho y bien en la puesta en marcha de ciertos registros centrales, como los de antecedentes, los de recursos penitenciarios y los de últimas voluntades. Se trata de manejar automáticamente millones de referencias de las personas en tiempos brevísimos, dando un auténtico servicio a la administración pública y a los ciudadanos. El mantenimiento de los ficheros es mucho más operativo y fiable, y posiblemente el coste de unos sistemas una vez implantado, sea mucho menor que los costes de un sistema manual y del personal a su servicio.

La localización de las personas, gracias a la informática puede acotarse mucho mejor que con los sistemas tradicionales, pues a igualdad de nombre y apellidos existe la localización por lugar o provincia de nacimiento, fecha, etc., instantáneamente.

Incluso se han establecido sistemas de fonetización que son muy útiles a aquellos países en que la escritura y la pronunciación no se corresponde: Dando al ordenador la expresión fonética de un nombre, hará las conversiones necesarias para que todos aquellos apellidos de parecida fonetización se representen en la pantalla y pueda llegarse a acotar la persona buscada.

Yo he presenciado una demostración sobre fonetización relativa a un nombre árabe: El detenido era analfabeto, no sabía escribir su nombre, sólo lo pronunciaba; ignoraba su fecha de nacimiento, pero conocía aproximadamente su edad y el lugar de nacimiento. A través de esos elementos pudimos localizarle exactamente; estaba en el ordenador porque anteriormente había sido detenido por una infracción penal.

Generalmente los Registros Centrales son de uso reservado a la propia Administración. No obstante, ciertos usuarios pueden ser autorizados, como es el caso del Registro de la Propiedad de la ciudad de Quebec que es de acceso a los profesionales (Abogados, Notarios, Agentes Inmobiliarios...), y se consulta a través de terminales conectadas por vía telefónica.

La tercera cuestión previa a que antes me refería, es el «tratamiento de textos», cuya divulgación e implantación masiva en los últimos años obliga a tenerla muy en cuenta.

Se trata de una aplicación informática, realizada gracias al microprocesador. Es la técnica que permite componer documentos y corregirlos en la forma que se desee, sin necesidad de efectuar una nueva grabación manual de lo que ya había sido recogido, mediante informaciones separadas y textos transcritos en diferentes ocasiones.

Su principio fundamental se encuentra en una máquina de escribir capaz de memorizar el texto que le había sido tecleado, en unos soportes magnéticos, que mediante los correspondientes tratamientos se pueden modificar tanto en el contenido como en la presentación y por último, puede repetirse su impresión cuantas veces se desee.

Las funciones características del tratamiento de textos consisten en la creación de un texto mediante el teclado, la visualización del mismo en la pantalla y simultáneamente su memorización en soporte magnético. A continuación pueden realizarse una serie de operaciones tales como correcciones, centrado, justificación de márgenes, etcétera.

Un texto puede ser modificado, intercalado en otro; un párrafo o una palabra pueden corregirse o suprimirse, o añadirse, y tales funciones evitan las considerables pérdidas de tiempo que la escritura convencional comporta. Téngase en cuenta que además pueden confeccionarse textos a partir de diferentes partes de varios textos que contenga el archivo, sin necesidad de escribirlos: Basta llamar las partes que nos convienen ya memorizadas, para que automáticamente se forme un nuevo texto.

En la experiencia que se está desarrollando en los Juzgados de Barcelona, usamos el tratamiento de textos para las resoluciones judiciales de trámite en los procesos; se tienen unos 300 modelos civiles y 100 penales que comprenden Providencias, Autos, Sentencias, cédulas de notificación, citaciones, etc.; las plantillas base pueden modificarse si conviene y adecuarlas a la particularidad del caso. El resultado ha sido óptimo, y la relación de tiempo empleado es la de 1/5 del tradicional.

El tratamiento de textos supone la rama más evolucionada y conocida de la «ofimática» (aplicaciones informáticas en las actividades de las oficinas), y como he explicado consiste en la aplicación de la tecnología informática a los procesos mecanográficos. Su mercado ha tenido un desarrollo sorprendente: En 1977 un estudio realizado por Frost y Sullivan preveía una tasa de crecimiento hasta 1985, del 21 % en el parque de máquinas y de un 18 % en valor. Tales previsiones habían sido superadas ampliamente ya en 1981, en un mercado caracterizado por una gran dispersión de la oferta, relativamente muy amplia, si bien con tendencia a concentrarse.

Hemos visto a muy grandes rasgos cuáles son las ayudas que la

informática puede aportar a los juristas, y he de concretarme ya a la Oficina Judicial, su organización y racionalización.

Los centros judiciales de todos los países europeos tienen una gran similitud de funciones, y una problemática semejante: Masificación de cuestiones en trámite, escasez de tiempo para la decisión jurídica, necesidad de mejorar los esfuerzos humanos para deshacerse del atasco y mejorar la organización.

En estos momentos casi todas las administraciones judiciales sienten la necesidad de resolver el problema y hallar nuevas soluciones, pero los Gobiernos no son espléndidos en los medios materiales necesarios, ni los juristas están informados convenientemente de las técnicas que son corrientes en la empresa privada. No obstante, es muy gratificante observar cómo se está trabajando en pequeños grupos de estudio, como éste, y sin duda algún día conseguiremos que nuestros esfuerzos sean útiles a la sociedad y a nosotros mismos.

El panorama de innovaciones es muy disperso: Unos han concentrado sus esfuerzos en las ayudas que la informática aporta a lo decisional, como es el caso italiano y sus 250 estaciones de consulta de legislación, jurisprudencia y doctrina.

Otro caso es el de la gestión penal en Francia, que se inició con la informatización del registro de antecedentes penales de Nantes y luego siguió con las soluciones penales para el Tribunal de París (800.000 casos año). Especialmente se trata del Registro informático de las denuncias, confección de las convocatorias a juicio, y edición sistematizada de las sentencias. En este caso el principal atraso radicaba en la edición de las sentencias, y de dos años se ha pasado a tres meses.

Son varios los países que parcialmente implantan ordenadores para las atenciones penales, si bien su característica es la de registros centralizados de antecedentes y cumplimiento de penas.

En la jurisdicción civil son muy escasas las aplicaciones de gestión de la oficina: en este supuesto se encuentran los Tribunales canadienses de Quebec, que registran en un ordenador central las demandas con la referencia de los implicados, y las comparencias de los demandados pudiendo consultarse mediante terminales por los abogados de las partes, vía telefónica, desde sus despachos.

Los casos Norteamericanos hay que situarlos aparte, por su diversidad y por su importancia. Baste decir, como muestra, que existen programas específicos para que los litigantes, los testigos, los abogados, acudan a los tribunales en el día y hora que sean más adecuados según los trabajos ya previstos por la oficina judicial. Por supuesto hay informática decisional y de textos.

En España, están en desarrollo y explotación, como antes dije, diversos registros centrales de antecedentes, cursos penitenciarios,

últimas voluntades, etc., y específicamente para la oficina judicial se están desarrollando experiencias piloto para lo penal y lo civil a través de la Fundación Lluís de Peguera, en Cataluña.

A pesar de esa diversificación de aplicaciones en los últimos dos años han sido muchos países los que han iniciado la introducción de tratamiento de textos en las oficinas judiciales, como nueva herramienta que poco a poco desbanca a la máquina de escribir mecánica o eléctrica. Este fenómeno es importante: Lo he podido observar en Alemania, en Italia, en Francia, en Inglaterra, y también en España aisladamente. Sé por información de otros colegas que en la mayor parte de los países del norte de Europa, se están implantando también.

Al margen de la informática —que puede ayudar a mejorar el tiempo y los esfuerzos—, bastantes países han ido adecuando su legislación procesal hacia niveles de simplificación de trámites y limitación de las posibilidades retardadoras de las partes procesales, herencia de los postulados liberales del siglo pasado y momento de las codificaciones. Y observo también cambios importantes en la organización humana de las oficinas y sus equipos de oficinistas, con una tendencia general hacia conceptos de «servicio al público», y abandono de las imágenes kafkianas de la antigua burocracia.

Pasemos ya a ocuparnos de la situación judicial en nuestro país, revisando la herencia de las leyes procesales y la actitud de las partes litigantes ante el factor «tiempo» para contemplar seguidamente la situación actual de la organización de la oficina judicial.

Las leyes que regulan nuestros procesos civiles y penales fueron promulgadas en el siglo pasado, con una gran preocupación por la medición del tiempo del proceso. La situación anterior era tremendamente caótica, hasta el punto de que en la Real Orden de 5 de septiembre de 1850 se consignaba que lo que más contribuía a hacer dilatoria y dispensiosa la Administración de Justicia, influyendo en desautorizarla y hacer interminables los pleitos, era la inobservancia de los términos judiciales, situación que no podía diferirse por más tiempo.

En la Primera de las Bases aprobadas para reformar la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 por la de 21 de junio de 1880, se encarga al Gobierno «adoptar una tramitación que abrevie la duración de los juicios... estableciendo reglas fijas y preceptos rigurosos».

Si examinamos los preceptos de la L. E. Cv. por ejemplo, advertiremos que de forma inequívoca se pretende dinamismo en la gestión procesal y se establece un principio general respecto del momento de las actuaciones cuando no se fije un término expreso: «sin dilación» (art. 30) y la corrección disciplinaria en caso de infracción, aplicada de oficio se consigna en el siguiente art. 302.

Sin embargo, numerosas causas invalidan buena parte de esos principios. De una parte el farragoso peso del aumento de litigiosidad sin un paralelo crecimiento del número de jueces y personal auxiliar; también del defecto de las propias leyes, que para cualquier actuación obligan a extender diligencias y providencias de inacabable e inútil literatura formal: Analicen los textos de las resoluciones de trámite y advertirán la falta de operatividad de buena parte de lo que tiene que escribirse y firmarse, y vayan calculando los miles de horas/hombre que supone para el país, sin que la seguridad jurídica mejore por ello. Algo tan simple como una diligencia de notificación a los representantes de las partes, consume tres o cuatro líneas docenas de veces en un pleito, cuando bien podría concretarse a la expresión «notificado a X X», fecha y firma.

En el mismo contexto de invalidar el dinamismo procesal, he de mencionar los graves defectos que el principio de «justicia rogada» reporta para la duración del proceso. El impulso procesal reservado a las partes en lo civil y las tácticas dilatorias y recursos previos posibilitan una exagerada duración «controlada por las partes», que las recientes corrientes doctrinales consideran abusivas, y los proyectos de reforma legislativa abordan ya.

Me he referido al ordenamiento legal y a las partes litigantes, para dedicarme ya fundamentalmente al tercer elemento que influye decisivamente sobre todo lo anterior: La organización judicial encargada de prestar el servicio público de administrar la justicia. Si en la oficina judicial no pueden aplicarse como parece, las normas legales sobre duración del proceso, he de pensar que existen causas graves de descontrol y para conocerlas hay que estudiar sus componentes empresariales, es decir, las personas, su organización y los medios de que dispone.

Este servicio público está aún inmerso en el sistema «burocrático», que no es otra cosa que una invención social de la revolución industrial del pasado siglo, utilizada para organizar y dirigir actividades empresariales, y que descansa sobre el poder, para influir mediante la razón y el derecho. Sus características suelen describirse así: División de trabajo basada en una especialización funcional; una jerarquía de autoridad bien definida; un sistema de normas sobre derechos y deberes del personal; impersonalidad en las relaciones interpersonales; promoción y selección basados en la competencia técnica.

No hace falta mucha imaginación crítica para advertir los fallos del sistema: Jefes sin competencia pueden coincidir con subordinados más competentes que ellos. Normas arbitrarias y ridículas pueden permanecer intocables. Una organización subterránea llega en

muchos casos a reemplazar el aparato formal. Se producen confusiones y conflictos entre las diferentes funciones.

Aunque cierta burocracia es ineludible hay que remediar el estrangulamiento que puede producir a las necesarias actitudes emprendedoras y de innovación. Así como en ciertos sectores públicos, y desde luego en muchos privados, han sido implantadas novedades organizativas, elasticidad de mando y responsabilidad compartida, y así también atención a la respuesta del público usuario, en los servicios judiciales parece que persiste aquel esquema caduco y fosilizado.

La Oficina Judicial como centro de trabajo para prestar servicios públicos, se rige por normas de deberes y derechos y otras jerarquías preestablecidas, y en ellas no se tienen en cuenta las distribuciones de esfuerzos, las cargas variables de trabajo, la atención a imprevistos, los sistemas de incentivos, ni el control de productividad de sus componentes.

La figura aparentemente clave es el juez o los magistrados; ellos son los responsables máximos de la actividad, y al mismo tiempo son representantes de la administración burócrata y decisores del juicio jurisdiccional, pero ello no significa que sean verdaderamente los gerentes de la organización.

La realidad demuestra que fundamentalmente son unos técnicos jurídicos cuya misión es dirimir y sentenciar. Tanto por su extracción universitaria con vocación de juristas, como por su plan de estudios y por el sistema de progresión, esa faceta jurídica es su característica.

Evidentemente existen jueces y magistrados con dotes personales de mando y organización, que ejercen cumplidamente la dirección de sus oficinas judiciales, pero no son mayoría. Repito que su formación profesional no está preparada para ese cometido de gerente de organización. La vocación no empresarial de la Magistratura es clara: En una encuesta sobre posibles reformas realizadas en 1972 por J. J. Toharía, en un momento de mucha penuria económica de sus emolumentos profesionales, los encuestados situaron la necesidad de mejorar la retribución en octava posición y con un 2,1 %.

Las corrientes más modernas sobre organización judicial prevén la necesidad gerencial de organización, al menos en las grandes capitales, y generalmente se piensa en la persona del Secretario como la más idónea, siempre que se la libere de esas ingratas y antieconómicas tareas que le impuso la Ley de Tasas.

La mayor parte de los actos de gestión, cuya oportunidad es causa de la marcha correcta o incorrecta de los procesos, depende de la actividad de oficiales y auxiliares, personas que han quedado marginados del resto de la población empresarial oficinista, ya que

sus técnicas sobre organización de trabajo y racionalización de esfuerzos, tantas veces desmedidos por el uso obligatorio de rutinas y anticuados usos forenses que les vienen impuestos, son absolutamente primitivas.

Esos trabajadores de la justicia, de quien tantas veces depende el éxito o el fracaso de nuestros pleitos, están carentes no sólo de tecnología apropiada como en cualquier oficina privada, sino también de estímulos, compensaciones oficiales por las sobrecargas de trabajo y horas extras y se les propicia a un mundo subterráneo de compensaciones.

La motivación es en la empresa privada un elemento desencadenante de la productividad al que desde hace tiempo los sociólogos y los empresarios estamos dedicando especial atención. Creo que en el ámbito judicial, en general, son escasas las motivaciones de satisfacción y, en cambio, crecen las de insatisfacción. Si a ello unimos el casi nulo control de la productividad, que nadie tiene en cuenta, no es de extrañar que nuestras oficinas judiciales se acerquen a situaciones alarmantes.

Otros factores desestabilizadores de la organización judicial son la movilidad, la itinerancia y las vacancias, a todos los niveles. La estabilidad de una plaza de trabajo es fundamental para la eficiencia de cualquier organización y para la calidad de los actos jurisdiccionales.

No quisiera detenerme en estadísticas esclarecedoras sobre esos fenómenos, pero ahí está como ejemplo la publicación del «Anuario de Sociología y Psicología Jurídicas» del Colegio de Abogados de Barcelona correspondiente al año 1980, y mi trabajo sobre los «Aspectos Sociológicos del proceso» en los que podrán encontrar cifras que hablan solas.

Por último, las oficinas judiciales soportan desde hace unos diez años un incremento masivo de la litigiosidad, que ha sobrepasado de largo la cota máxima asimilable, y desencadenó disfunciones progresivas sin que paralelamente los medios legislativos, humanos y materiales se hayan modificado. Sólo se han modificado las costumbres sociales y económicas de los litigantes, y se ha agravado la necesidad de una justicia rápida y eficaz.

Como es patente, nuestra leyes procesales civiles y penales obligan a una gran cantidad de actos de gestión y escritos de trámite, a los que nos hemos acostumbrado desde siempre, pero que exigen un tremendo esfuerzo burocrático para seguimiento de la gestión y edición de resoluciones de mero trámite o de impulso procesal.

Si a este sistema legal recargado, que ignora incluso el formulario, se le aplican índices altos de litigiosidad, es lógico que la oficina judicial esté saturada y no sea operativa.

La informática puede influir en la oficina mejorando su situación, pero sólo son implantables —de momento— soluciones relativas al trabajo burocrático. Las disponibilidades de nuestro país no posibilitan ahora el uso de bancos de datos, por lo que se han de descartar aplicaciones decisionales en gran escala. Tampoco corresponde a la informática resolver las vacancias o la movilidad, aunque aquellos centros que estén bien equipados posiblemente serán más atractivos para los Jueces, Secretarios y personal auxiliar.

Los estudios que hemos realizado en el seno de la Fundación Lluís de Peguera, señalan dos campos importantes de actuación informática para mejorar la situación: la gestión y los textos.

En nuestras oficinas tipo Juzgado, la mayor carga de trabajo burocrático, casi el 80 %, corresponde a las resoluciones de trámite, documentos repetitivos hasta la saciedad, de los que hemos documentado y analizado cerca de 300 modelos civiles y 100 penales de diferentes extensiones. Piensen que en 17 Juzgados Civiles de Barcelona se ha contabilizado en un año la importante cantidad de 400.000 resoluciones de trámite. A esta tarea puede ayudar claramente la informática mediante el proceso de textos.

La gestión de plazos, conocimiento de situaciones procesales y prosecución de trámites procesales, se confía generalmente al dietario y a la memoria de los funcionarios, o al acicate de Abogados y Procuradores. La localización de un expediente y su estado depende de las estanterías y su correcta organización. Los datos que se registran manualmente corresponden al ingreso y, en algunos casos, como en lo penal, a ciertas situaciones de la causa que también se anotan en los libros. Todas esas cuestiones, que suponen tiempo y trabajo, pueden ser absolutamente mejoradas, gracias a la informática, mediante el uso de ordenadores de gestión.

El control de la productividad, como es natural, puede examinarse y llevarse a cabo a través tanto del tratamiento de textos como del sistema de gestión, y a través de este último nada más fácil que conseguir los subproductos de estadísticas tan necesarias y tan difíciles de obtener con un grado aceptable de fiabilidad.

Finalmente la informática puede propiciar dos efectos secundarios importantes en este momento: Mejorar la imagen y el servicio al público y reducir las insatisfacciones de los intervinientes de las oficinas judiciales.

Gracias al microprocesador y al avance tecnológico reciente, existen en el mercado equipos que pueden aunar las dos técnicas necesarias para nuestra oficina judicial: Gestión y textos. Este es el planteamiento que nos hemos hecho en la Fundación Lluís de Peguera.

Quisiera referirles algunos aspectos de nuestros sistemas y de la

forma de operar que hemos seguido; ya no es un proyecto de futuro sino un caso real.

En julio de 1982, quedó perfilado y desarrollado un plan concreto de trabajo, tratando la informatización de la gestión y control de los datos principales de los casos civiles y penales; simplificación y edición automática de los textos repetitivos de las resoluciones procesales y posibilidades de conexión a las redes nacionales de datos judiciales (v. gr., registro de antecedentes penales, incursos penitenciario, etc.) y jurídicos (bancos de datos de legislación, jurisprudencia y doctrina).

El Comité Científico se compone de una sección civil y otra penal, auxiliadas por técnicos en informática y administración de empresas. Participan dos Magistrados Jueces de Primera Instancia, dos Magistrados Jueces de Instrucción, dos Secretarios Judiciales (civil y penal), cinco Abogados, tres Procuradores de los Tribunales, un licenciado en Administración de Empresa, un Ingeniero experto en Informática, un especialista en análisis, dos técnicos de sistemas operativos y dos diseñadores de programación de ordenadores.

Se han concretado los trabajos sobre la implantación de sistemas automáticos de consulta y registro, enlazados con el tratamiento de textos. En síntesis se trata de que al inicio de un proceso civil o penal se introduzcan en un ordenador de gestión sus datos fundamentales (los que actualmente se registran en libro, pero enriquecidos y sistematizados en sistemas lógicos), y con ellos se editen automáticamente los textos habituales y repetitivos de resoluciones procesales con la particularidad de que al editarse ciertos textos que supongan iniciación de una etapa importante del proceso (inicio de la prueba, procesamiento), este acontecimiento quedará registrado entre los datos fundamentales, constituyendo un elemento más de consulta automatizado. Todos los datos de un proceso permiten la localización del caso y su estado de forma inmediata (décimas de segundo), confección de estadísticas, medición de cargas de trabajo, control de la producción, listados de seguimiento, dietario automático, gestión de las consignaciones, etc.).

Hasta ahora se registraban datos iniciales en los libros, y en algunos casos datos finales al dictarse sentencia. Se trata de rellenar el vacío existente en el seguimiento y control, y facilitar la labor burocrática. No es aconsejable que el conocimiento del proceso se contenga exclusivamente en los autos y expedientes, y que los responsables del Juzgado o Tribunal —Jueces, Magistrados y Secretarios— sepan de su estado cuando sus colaboradores los dejen sobre la mesa. Es necesario que en cualquier momento, instantáneamente pueda saberse su contenido.

La solución escogida no es vanguardista en su concepción, pues

ha sido implantada en los países europeos y americanos; sin embargo la recientísima tecnología aplicada al llamado «tratamiento de textos» (word processing), como complementaria de ordenadores de gestión, el desarrollo de los sistemas informáticos de «bases de datos» y, en general, el auge mundial de la sayudas informáticas a la gestión de oficinas («Ofimática» o «Burótica») nos permite iniciar los trabajos con los medios más recientes de la técnica y con las experiencias de otras Administraciones Públicas nada despreciables.

La implantación así concebida repercute fundamentalmente en el tiempo y la calidad de los trabajos de la oficina judicial; en la fiabilidad de sus resultados; en una nueva dimensión del seguimiento de los casos judiciales; y particularmente abre posibilidades insospechadas a la organización y control de productividad de los Juzgados y Tribunales, mejorando sensiblemente los resultados a bajo costo, ya que se aprovechan todos los elementos humanos y materiales de la organización actual.

La tecnología precisa para todo ello consiste en ordenadores de gestión, con bases de datos y tratamiento de textos, integrados en una sola unidad, es decir la más reciente del mercado mundial de la informática.

Los materiales de estudio del Comité han sido muy diversos, pudiendo destacarse especialmente los siguientes:

- Las publicaciones de estudios desarrollados por el CREI.
- Las conclusiones del Curso de Gestión Automatizada de la Administración Judicial y Penitenciaria celebrado en Madrid durante el mes de marzo de 1982.
- Los antecedentes de aplicaciones informáticas del Ministerio de Justicia de España.
- Los antecedentes reales y estudio de la actividad que en Barcelona desarrollan el Juzgado de Guardia, Oficina de Reparto del Decanato, dos Juzgados de Primera Instancia y dos Juzgados de Instrucción, que se tomaron como muestras en profundidad.
- Los resultados de nuestra primera experiencia de mecanización de textos desarrollada por el Juzgado de Primera Instancia Cuatro de Barcelona, bajo la dirección del Magistrado Sr. D. Julián Salgado Díez, desde octubre de 1981.
- El material de los Coloquios de Bruselas de 1980, auspiciados por el Consejo de Europa, sobre aplicaciones informáticas en la Administración de Justicia.
- Los informes sobre aplicaciones en diversos países del mundo, aportados por las principales empresas fabricantes de ordenadores a nivel mundial.
- La Visita realizada por miembros del Comité a instalaciones del Ministerio de Justicia de Francia, especialmente al Tribunal de

París y su potente sistema de control y edición de textos para el B.O.P., Registro de Antecedentes Penales y banco de datos jurídicos CEDIJ.

La Fundación limita su actuación al diseño de los sistemas informáticos de consulta, registro y edición de textos, en el orden civil y penal, y organiza lo conveniente para que se desarrollen las etapas de experimentación, controlando su seguimiento y analizando los resultados para que los organismos públicos implanten definitivamente los sistemas.

Debe tenerse muy en cuenta que la mayor preocupación del Comité no reside en los programas ni en las máquinas, sino en las personas que en las oficinas judiciales deberán operar con los nuevos sistemas de trabajo. El comportamiento humano es la gran incógnita del mundo informático; no obstante el natural recelo a las innovaciones, la experiencia de otros países y la del propio Juzgado 4 de Primera Instancia de Barcelona, revela que una vez conocida la técnica operativa los temores se desvelan y es absolutamente deseado el nuevo sistema de trabajo.

La mecanización exige tener en cuenta dos principios básicos y universales: La característica de privacidad de los datos y la flexibilidad en cuanto a los registros y textos, de forma que la oficina pueda paulatinamente adecuarse sin traumas en su organización interna, y que el Juez pueda diseñarse y redactar los textos con entera personalización, si bien se le ofrecen unos modelos-tipo.

Las etapas que se propuso la Fundación fueron las siguientes:

- Discusión del anteproyecto y estudios, mayo a julio de 1982.
- Recogida de datos del Juzgado de Guardia de Barcelona, junio-septiembre 1982.
- Selección y contratación de recursos técnicos, septiembre-octubre 1982.
- Diseño de programas y formación de personal judicial, octubre-diciembre de 1982.
- Primera implantación, febrero 1983, Juzgado de Guardia de Barcelona (100.000 casos/año).
- Juzgado de Primera Instancia 4 de Barcelona, julio 1983.
- Juzgado de Partido, Girona n.º 2, iniciado en septiembre 1983.
- Reparto automatizado del Decanato de Barcelona, octubre 1983.
- Divulgación de tratamiento de textos en Lleida, octubre de 1983.

Brevemente resumiré el contenido de alguna de las experiencias:

A) Juzgado de Guardia de Barcelona

Debe constituir la primera etapa de mecanización, pues permite el contacto de todos los Juzgados de Instrucción con la nueva experiencia, y ofrece la posibilidad de registrar los datos iniciales de todos los asuntos penales.

Es el único supuesto que exige personal adscrito exclusivamente a tareas informáticas de registro y recogida de datos, al menos en el tiempo que dure la experiencia, pues no es aconsejable que cada día sean diferentes las personas que se ocupen de ello.

Se han medido más de 8.000 diligencias mensuales en la primera mitad del corriente año, es decir, unas 100.000 al finalizar el año.

Se registran datos referentes al hecho o delito, unos obligatorios y otros potestativos: Número de orden de registro anual; juzgado que está de guardia; fecha; número del atestado o del parte facultativo; origen (Comisaría, Guardia Civil, Hospital, etc.); localidad; supuesto de hecho (Código genérico de delito y texto ampliado, según sistema SIGMA del Ministerio de Justicia); características de consulta (matrícula vehículo, sucursal/banco, objeto robado, etc.); tipo procedimiento y su número (Previas, sumario, etc.) o de antecedentes; etc.

Existen daños añadidos por el Decanato en Oficina de Reparto, consistentes en la asignación de casos, por sorteo a los diferentes Juzgados.

Los referentes a los implicados son los apellidos o nombre entidad, domicilio, D.N.I. o C.I.F., cualidad de las personas (denunciante, testigo, detenido, perjudicado, denunciado, etc.), y los datos referentes a los detenidos consisten en fecha y hora ingreso, o salida, destino (libertad, cárcel, psiquiátrico, hospital, etc.) autoridad a disposición de quien queda. Hay también referencia a los objetos incautados: Descripción, valor importe si es metálico.

Los resultados que pueden obtenerse en las consultas son por referencia de fechas, número de registros, atestado, delito, nombre implicado, delito, matrícula vehículo, etc.; una consulta puede establecerse partiendo de un solo dato, o interesando la combinación de dos o más parámetros. Asimismo pueden obtenerse listados y relaciones escritas, estadísticas, etc.

El tratamiento de textos, imprime todos los oficios y resoluciones del trámite propio de la guardia, y los libros de guardia, detenidos, etc., se editan por ordenador, habiéndose suprimido el trabajo mecanográfico manual.

B) Oficina de Reparto del Decanato

El reparto automatizado se basaría en los datos ya registrados en el Juzgado de Guardia evitando la repetición actual de registros, y desde luego cumpliría los requisitos fundamentales de mantener el equilibrio del número de asuntos asignados a cada Juzgado garantizando la no predeterminación de la competencia relativa. El sorteo es aleatorio a través de tablas de posibilidades escogidas al azar mediante un sistema especial inviolable. Es evidente que podrán emitirse de forma automática los libros de registro y de turnos, no existirá ningún agrupamiento manual de expedientes (sólo la separación final por Juzgado de destino), se evitará la anotación manual de fecha de reparto, turno, grupo, Juzgado de destino, y en su lugar se confeccionará de forma automática una etiqueta autoadhesiva no manipulable; asimismo la firma de recepción por cada Juzgado, quedará simplificada al emitirse una hoja-relación para cada uno de ellos.

La misma sistemática de repartimiento automatizado debería seguirse para las actuaciones de auxilio judicial (Cartas órdenes, suplicatorios, exhortos).

C) Juzgado de Instrucción

El seguimiento del desarrollo procesal de los asuntos en el Juzgado de Instrucción se basa en el establecimiento de una serie de datos estructurados según su naturaleza e interposición, formando una unidad por asunto, identificados por un único número de registro (el del Registro General creado en el Juzgado de Guardia, de carácter anual).

Este archivo de asuntos que se nutre del registro del Juzgado de Guardia de forma automática, será objeto de modificaciones y ampliaciones en el Juzgado de destino (por ejemplo se ampliarían o matizarían los códigos de delito, características de objeto de consulta, etc.). Otros datos podrán ser añadidos o actualizados automáticamente como consecuencia de la práctica de un trámite y constituirían puntos de control o consulta de gestión procesal (un Auto de incoación de sumario realizado mediante el tratamiento de textos, provoca la actualización del tipo de procedimiento, número y fecha).

Esos datos añadidos o actualizados han sido denominados como datos básicos y se ha seleccionado un total de veintiocho.

En cuanto a los puntos de control procesal, se han establecido 36, relativos a los procedimientos penales actualmente tratados por

el Juzgado de Instrucción. A modo de ejemplo citaré los puntos correspondientes a unas Diligencias Preparatorias: Fecha de incoación, de traslado al Fiscal, de traslado a la acusación, a la defensa, al responsable civil; fecha de sobreseimiento; del señalamiento del juicio, de la sentencia, del archivo provisional, del definitivo; fecha de admisión de la apelación y de la sentencia de la apelación.

Otros datos se refieren a los intervinientes en el proceso, divididos en tres grupos: Procesales (apellidos, alias, D.N.I. o C.I.F., domicilio, vecindad, teléfono, nacionalidad, sexo, naturaleza, nacimiento, nombre de padre y madre, estado civil, profesión, número de colegiado del abogado y procurador que lleva su caso, nombrados de oficio o no, fecha de detención, autoridad a disposición de quien quedó, número de sentencia, destino o establecimiento donde ingresó; tipo de implicación o sea detenido, denunciado, procesado, encartado, penado, etc.). El segundo grupo corresponde a los intervinientes profesionales (apellidos y nombre, número de colegiado, abogado o procurador). Y el tercer grupo se refiere a datos de testigos, peritos y denunciados.

El Registro de trámites o acontecimientos lo constituyen la relación cronológica de los producidos durante el desarrollo procesal. La casi totalidad de los mismos conlleva la emisión de algún documento, por lo que es íntima la relación entre ese registro y el tratamiento de textos, ya que gran parte del registro de acontecimientos se genera de forma automática. Existe un índice de hasta 50 trámites.

Otro registro es el de la sentencia y su ejecutoria, que contiene los datos necesarios de la sentencia y los precisos para control de su cumplimiento, relacionados con el registro general y el de los implicados.

El tratamiento de textos es uno de los puntos importantes en la mecanización de la oficina judicial, por su decisiva aportación en la reducción de tareas administrativas repetitivas, avalada por la experiencia que se está llevando a cabo en la actualidad, y lo que se ha podido observar en nuestras visitas a París, Perpignan y Colonia.

Lógicamente el óptimo rendimiento se obtendrá en el entorno ideal de integración con la de seguimiento de los procedimientos, de forma que sea posible no sólo obtener los datos variables del documento a partir del archivo de asuntos, sino especialmente actualizar los puntos de control de forma automática con sus fechas correspondientes.

Se parte de los 100 documentos modelados y en uso impreso de los Jueces de Instrucción de Barcelona, actualizando su contenido y creando diferentes versiones de cada uno de ellos con el fin de contemplar los variados criterios de interpretación. Recordemos no

obstante que esos modelos pueden ser absolutamente modificados por cada Juzgado, en parte o en su totalidad.

La redacción y recopilación de modelos se completa con los índices necesarios para posibilitar la instantánea selección de los mismos, y determinar qué textos provocan, con su emisión, una actualización automática en los datos del asunto.

D) *Juzgado de Primera Instancia*

Los conceptos básicos del orden penal son totalmente válidos para el orden civil y no serán repetidos. Sin embargo, he de insistir en que la duración de los procesos es uno de los principales problemas a resolver, y está comprobado que los pleitos se prolongan innecesariamente no porque los Jueces tarden en dictar sentencia, sino por cuestiones relativas al trámite procesal, imputables a las partes procesales o por otras que corresponden a la oficina judicial, sea por sobrecarga de trabajo, o por insuficiencia de personal básico o por defectos de organización e instrumentales; siendo la racionalización del trabajo y los auxilios instrumentales adecuados lo que influirá mayormente en acelerar los trámites con menos coste.

En el orden civil entiendo que la mayor parte del trabajo corresponde a la elaboración de documentos y resoluciones de trámite por lo que el ordenador de gestión dotado de tratamiento de textos, representa una importante solución, como he dicho antes.

En el programa civil se han establecido los datos básicos obligatorios o no, que compondrán las referencias de cada asunto tratado como unidad independiente, entre los que señalo a modo de ejemplo el número de Juzgado y sección, número del asunto, fecha de presentación en el Decanato oficina de reparto, tipo de proceso y subtipo de acción ejercida, datos de la cuantía litigiosa, datos de los actores y de los demandados, y de los procuradores que los representan.

Los tipos de procesos y subtipos han sido debidamente clasificados, constituyendo una relación de 80 supuestos.

Para el seguimiento procesal del asunto los puntos de control han sido diseñados en base a su mayor utilidad (fecha admisión de la demanda, del recibimiento a prueba, del inicio de la práctica de la prueba, del señalamiento de vista, de la providencia acordando diligencias para mejor proveer, etc.) teniendo en cuenta que serán gestionados automáticamente cuando por medio del ordenador se edite una providencia o resolución que corresponda al trámite.

Al igual que en el orden penal, a través del teclado de la pantalla se realizan consultas (por el número de asuntos, por el tipo de pro-

cedimiento, por el nombre de los litigantes, por el último trámite registrado, etc.) o bien listados en la impresora y naturalmente conseguimos estadísticas automatizadas y reales.

El tratamiento de textos es el punto clave de la mecanización civil, por su decisiva aportación a la reducción de tareas administrativas repetitivas totalmente avalado por la experiencia del juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Barcelona.

Lógicamente el óptimo rendimiento de esta área se obtendrá mediante la integración de textos y datos, de forma que sea posible no sólo obtener los datos variables del documento a partir del archivo de asuntos, sino también cumplimentar los nombres de los litigantes y sus Procuradores, y actualizar las fases de seguimiento.

Debido al volumen de documentos (cerca de 300 providencias, autos, sentencias, oficios, exhortos, cartas órdenes, suplicatorios, mandamientos, etc.) es necesario que el ordenador contenga sistemas fáciles y rápidos de selección mediante índices que permiten la elección del documento, principalmente, artículos de la Ley y párrafos; tipo de procedimiento civil, fase procesal, etc.

Hay que recalcar que existen para el mismo cometido diferentes versiones de documento, pero que siempre puede ser modificado en todo o en parte por el usuario, a fin de obtener la absoluta independencia y versatilidad que es imprescindible en la función jurisdiccional.

Para tener una idea de la utilidad del tratamiento informático de los textos civiles, basta pensar en la cantidad de providencias iguales que al final del año ha dictado un Juzgado para admitir a trámite un declarativo, o una suspensión de pagos, o abrir a prueba un menor cuantía, o para dictar una sentencia de remate sin oposición; si el juzgado tiene registrado en el ordenador su modelo habitual de esas resoluciones, y el ordenador contiene los datos de las partes y sus procuradores, tipo de proceso, etc., bastará una orden a través del teclado para que en el asunto n.º 2.060/81 se imprima una providencia de apertura de prueba y diligencias de notificación a los procuradores, con sus correspondientes copias; y al mismo tiempo en el registro de acontecimientos procesales quedará constancia automáticamente de que el día X se ha dictado tal providencia. Piénsese que una vez decidida la admisión a trámite de un expediente de suspensión de pagos la resolución escrita y los oficios y comunicaciones a expedir suponen más de una hora de trabajo mecanográfico (siempre igual, cambiando nombres de entidades y personas), habiéndose reducido a 5 ó 10 minutos en la experiencia del Juzgado 4. No se diga que este sistema destruye la personalidad y la creatividad, pues a diario leemos resoluciones repetitivas idénticas,

mecanografiadas partiendo de un criterio preestablecido que la informática respeta y potencia.

Hemos previsto también los registros de exhortos, para su asentamiento, tratamiento y consulta, y un dietario de señalamientos y términos por ordenador, completamente ligado al seguimiento procesal que posibilitará obtener diferentes tipos de información según la gestión a realizar.

Aparte las ventajas de comodidad que el sistema produce a los empleados judiciales, se augura una notable mejora en el aprovechamiento de su tiempo, y repercute en el control que Juez y Secretario podrán ejercer sobre sus subordinados, consultando a la pantalla sin necesidad de indagaciones personalizadas.

Finalmente, está diseñado pero aún no intrducido el sistema de registro de movimientos contables, de la cuenta de consignaciones provisionales y de depósitos judiciales.

Creo que a través de mi exposición, habrán podido convencerse de que las aplicaciones informáticas pueden verdaderamente colaborar a una mejor administración de la Justicia, y que tenemos hechos muy reales que permiten creer en la llegada del futuro a nuestras oficinas judiciales.

NOTAS

MEMORIA SOBRE EL ESTADO Y ACTIVIDADES DE LA JUSTICIA EN 1983

JUAN MONTERO AROCA

I. — Unas elecciones políticas, aunque produzcan un relevo de trascendencia en la composición de las Cortes y, consiguientemente, un cambio en el Poder Ejecutivo, no alteran ni a los titulares de la potestad jurisdiccional, ni al órgano de gobierno del Poder Judicial. Así lo destaca la tercera Memoria presentada por el Consejo General del Poder Judicial; en sus palabras: «La estructura, función y responsabilidad del órgano de gobierno y de los órganos que ejercen propiamente la potestad jurisdiccional no tienen nada que ver con los planes, proyectos y programas que asuman los grupos políticos en el poder. Las consecuencias que produce el pluralismo político y las alteraciones que desencadena en los repartos de poder ejecutivo y legislativo, llegan al juez bajo forma de leyes. A él le toca acatarlas, cumplirlas e integrarlas en el bloque del ordenamiento culminado por la Constitución. El pueblo español ha querido que sea así y, en tanto no se modifique la norma fundamental, no valen las especulaciones particulares al respecto» (p. 11).

Con todo, el cambio operado por las elecciones de octubre de 1982 en los otros dos poderes, ha tenido una influencia indirecta en la propia Memoria que comentamos, Memoria que hay que calificar de expectante. El órgano de gobierno autónomo del Poder Judicial, al firmar su Memoria en julio de 1983, estaba en espera de acontecimientos.

Creo que ésta es la causa de que esta tercera Memoria, a pesar de ser mucho más extensa que las anteriores, tenga menos interés que aquéllas. En el mismo tipo de letra la Memoria de 1981 tenía 190 páginas; 250 la de 1982 y llega a las 459 páginas la de 1983. Supone ello que han aumentado los datos estadísticos, los números, que se

ofrecen de la actividad judicial; los anexos son completos y minuciosos. Se ha cumplido así, con exceso, una de las finalidades de las memorias, pero no puede decirse lo mismo de la valoración de esos datos y, sobre todo, de lo que cabe denominar situación del Poder Judicial y estado de las relaciones con los otros poderes del Estado.

II. — Problemas de gran trascendencia son así simplemente apuntados. Este es el caso, por ejemplo, de la denuncia del llamado «argumento financiero» para retrasar sine die la reforma a fondo de la Justicia.

Al lector de la Memoria medianamente enterado de la situación actual de nuestra Justicia y medianamente conocedor de nuestra historia jurídica en el último siglo, no hacía falta decirle que el aplazamiento indefinido de la reforma-mejora de la Justicia, acudiendo por los políticos en el poder a la alegación de falta de recursos económicos, no es un argumento sino un pretexto. Este lector estaba convencido de antemano de ello. Más aún, ese lector cree, no ya que el «argumento financiero» revela, como dice la Memoria (p. 9), una «carencia de propósito político» de poner al día la administración de justicia, sino que, por el contrario, pone de manifiesto una voluntad política decidida a mantener la Justicia en situación de postración.

A los detentadores del poder político no les ha interesado nunca un Poder Judicial verdaderamente fuerte. Más todavía, se han negado a reconocer la existencia del Poder Judicial como tal, esto es, como participe del poder político dentro del Estado. En la II República decía Azaña: «Yo no sé lo que es el Poder Judicial... va mucha e importantísima diferencia de decir Poder Judicial a decir Administración de Justicia, va todo un mundo en el concepto del Estado». Del régimen franquista más vale no hablar. Hoy la Constitución habla de Poder Judicial e incluso establece un órgano constitucional para el gobierno autónomo del mismo, pero lo importante para la Memoria no es lo que diga la Constitución, que lo sabemos, ni las palabras de los detentadores del poder político, que podemos leerlas en los periódicos, sino los hechos y su valoración por el Consejo.

Si tradicionalmente los políticos han utilizado el «argumento financiero» para mantener a la Justicia en situación de postración, nos habría interesado conocer la opinión del Consejo General del Poder Judicial sobre la actuación del partido en el poder, sobre los hechos acaecidos hasta julio de 1983. Nos referimos a los hechos, no a las palabras, insistimos.

Por nuestra parte podemos añadir un hecho de importancia: el Presupuesto para 1984. Se ha dicho que si el interés del Estado por su Justicia hubiera de medirse en términos de partidas presupuestarias, el del Estado español no pasa del 1 por 100. En los últimos años

cabe registrar un deterioro progresivo del dinero que, en términos relativos, se destina a Justicia. En 1974 el tanto por ciento del Presupuesto destinado a Justicia en sentido estricto (que no es lo mismo que el destinado al Ministerio de Justicia) era exactamente el 1,03. En 1984 el aumento extraordinario del total del Presupuesto ha colocado a la Justicia en el 0,63 por 100. Y mientras tanto el Consejo sigue pidiendo cincuenta mil millones (en pesetas de 1982) para su Plan de Perfeccionamiento y Financiación de la Justicia. Y mientras tanto desde el Ministerio se nos habla de aumentos absolutos, olvidando datos tan esenciales como que desde 1981 a 1984 el Presupuesto del Estado se ha multiplicado, aproximadamente, por tres, mientras que el de Justicia (en sentido estricto) simplemente se ha doblado.

III. — En el momento en que escribimos estas páginas de comentario, el Ministro de Justicia ha presentado ante el Consejo General del Poder Judicial el Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial. Lo hizo en circunstancias tales que parecía tender a poner obstáculos a su difusión entre aquellos que tienen interés en conocerlo y, en su caso, criticarlo. Al fin, y después de algunas situaciones esperpénticas, hemos podido conocerlo. Contamos así con un elemento de juicio con el que no contaba el Consejo cuando redactó la tercera Memoria.

El Consejo había planteado claramente la alternativa que se ofrece ante la Ley Orgánica del Poder Judicial: o se aceptaba la existencia de un Poder Judicial considerado poder estatal y se configura el Consejo como órgano de gobierno del mismo, o se renuncia a ello dejándolo reducido a Administración de Justicia (p. 15). La elección está hoy en manos de un único partido político; lo que él decida se convertirá en ley. Se trata de una decisión capital, de aquellas que permite a los ciudadanos comprobar el talante de unos políticos.

Se ha insistido hasta la saciedad en el hecho, repetido hasta ahora en las más variadas circunstancias políticas, de que el hombre político se ha negado sistemáticamente a perder parcelas de poder. Este ha sido el obstáculo fundamental para la configuración de un verdadero Poder Judicial. El hombre político que ocupaba el gobierno no aceptaba que de sus manos saliera ni siquiera el nombramiento de los agentes judiciales. El político en la oposición o bien apoyaba al gobierno, pensando que algún día sería poder, o bien utilizaba la independencia judicial como arma contra el gobierno, pero con el ánimo de no respetarla cuando él llegara al gobierno.

Hoy el partido en el poder ha tenido la posibilidad de demostrar que le importa más el cumplimiento de los valores superiores del Ordenamiento —ahora la justicia—, que el mantenimiento de parcelas de poder. Para «hacer justicia a nuestra Justicia» lo primero de

todo es reconocer la existencia del Poder Judicial. Preocupante en este sentido era ya que en programa electoral del PSOE, el de las elecciones de octubre de 1982, las que le llevaron al gobierno (vid. JUSTICIA 83, I, pp. 212-23), se hablara reiteradamente de «Administración de Justicia» y de «Justicia», pero ni una sola vez de Poder Judicial, y que no se hiciera referencia alguna al Consejo General del Poder Judicial.

El Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial ha venido a confirmar dicha preocupación. Si se convierte en Ley podrá afirmarse que el Consejo no será ya el órgano de gobierno del Poder Judicial —Poder por otra parte desconocido—, sino simplemente órgano de gestión o, si se prefiere, oficina ejecutiva de personal.

IV. — La afirmación anterior es grave, lo sabemos, pero no exagerada. Se corresponde exactamente con los términos del Anteproyecto. Pieza clave para comprenderlo puede ser la relativa a la potestad reglamentaria externa del Consejo.

Que el Consejo tiene atribuida en la actualidad dicha potestad reglamentaria parece evidente. Téngase en cuenta:

- a) El ejercicio reiterado que de ella ha hecho.
- b) Doctrinalmente se había llegado a una solución pacífica (salvo por aquellos que sostenían la reserva de Ley).

c) El propio Gobierno parecía admitirlo así cuando en el Consejo de Ministros de 22 de diciembre de 1982 revocó su anterior acuerdo de 24 de septiembre del mismo año (entre esas dos fechas están las elecciones de octubre), por el que requería de incompetencia al Consejo General del Poder Judicial respecto de una materia concreta, relativa a la regulación de los ejercicios para el ingreso en el Cuerpo de Agentes de la Administración de Justicia.

A pesar de lo anterior, en la Memoria (pp. 142-3) se realiza una defensa mesurada de la atribución al Consejo de la potestad reglamentaria externa. A estas alturas suponemos que el Consejo habrá advertido que en el Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial se le priva de dicha potestad. Si el Anteproyecto se convierte en Ley, el Consejo no tendrá potestad reglamentaria externa.

A los que duden de esta conclusión les remitimos al art. 120 y a la Disposición Adicional 1.ª. Según el art. 120 del Anteproyecto el Consejo «podrá formular al Gobierno iniciativa de Ley y Disposiciones Generales en relación con las siguientes materias: ...3. Estatuto orgánico de jueces, magistrados y secretarios». Y complementa la Disposición Adicional 1.ª señalando que el Gobierno, en el plazo de un año, «promulgará los reglamentos de la Carrera Judicial, del Cuerpo de Secretarios Judiciales y demás cuerpos al servicio de la Administración de Justicia». Por si quedara alguna duda el art. 122 remacha

el clavo: «El Consejo General del Poder Judicial podrá dictar reglamentos sobre su personal, organización y funcionamiento». Compárese este último artículo con el art. 5 de la vigente Ley Orgánica del Consejo General del Poder Judicial y se tendrá el cuadro completo.

Por nuestra parte hemos sostenido anteriormente que la Ley Orgánica 1/1980, del Consejo General del Poder Judicial, no reconocía todos los poderes que comportaba la mera existencia del Consejo. Opinión en la que estábamos solos, pues la compartía, por ejemplo, Ledesma Bartret (*Jornadas de Estudio sobre el Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1983, p. 494; las jornadas se realizaron en diciembre de 1981, aunque la publicación que recoge sus trabajos es de 1983). El Anteproyecto es mucho más regresivo que aquella Ley, por lo que ahora el problema será de constitucionalidad.

El presupuesto para 1984 y el Anteproyecto son hechos. Como tales hablan por sí solos de la actitud política de sus autores.

V. — En este comentario al hilo de la tercera Memoria, un último aspecto quisiéramos resaltar. Aspecto que no se refiere al estado de la Justicia española en sentido estricto, pero que, desde mi punto de vista, tiene especial interés. Aludo a las relaciones internacionales y, más concretamente, a las relaciones con Hispanoamérica.

En la segunda Memoria se hacía referencia a que el Presidente del Consejo y del Tribunal Supremo había visitado Panamá, Costa Rica y Venezuela, y que «a lo largo de esos contactos quedaron establecidas las bases para crear, en un muy próximo futuro, un órgano de enlace y comunicación permanente entre las más Altas instancias judiciales de Hispanoamérica» (p. 134).

Pues bien, la tercera Memoria no hace alusión a ese órgano de enlace. En ella hay también un apartado relativo a las «relaciones jurídicas internacionales» (p. 134), pero ni siquiera se menciona país alguno hispanoamericano. El «próximo futuro» ha dejado pasar un año.

Todos los que han tenido la oportunidad de conocer los ambientes jurídicos hispanoamericanos saben que estamos corriendo el riesgo de que una tradición jurídica común sea tirada por la borda. Al producirse la independencia de aquellos países, arrancaron en su vida jurídica partiendo del derecho vigente en España. Desde entonces iniciaron una vida propia que, sin embargo, no se apartaba excesivamente del derecho español o, mejor, de la tradición común hispana. Bastará recordar, por ejemplo, la difusión extraordinaria en todos aquellos países de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855.

Desde entonces los caminos se han ido separando y algunas naciones han elaborado códigos bastante apartados de la tradición hispana. Y ello ante la más absoluta indiferencia de las autoridades españolas.

La comunidad jurídica de lengua española corre el riesgo de despedazarse, y si lo anglosajón no ha penetrado totalmente se ha debido al rechazo instintivo (?) frente a Norteamérica.

Los españoles estamos obligados a defender esa comunidad jurídica. Si quien debe no lo hace, todos debemos asumir esa responsabilidad, aunque sea extralimitándonos en las funciones estrictamente legales. No se trata de reivindicar hegemonías, sino de colaborar, en pie de igualdad, en el mantenimiento, primero, y en el fortalecimiento, después, de una comunidad con voz propia en el concierto mundial. En este terreno el Consejo puede aunar esfuerzos individuales.

NOTAS

**EJECUCION DE LETRAS DE CAMBIO EXTRANJERAS
(Revisando una opinión)**

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Autónoma de Barcelona

Quiero rectificar mi opinión, expresada anteriormente en esta Revista (1), respecto de la necesidad de exequatur previo para la ejecución en España de letras de cambio extranjeras. Creo que tal tesis, seguramente pura en los principios respecto de los títulos ejecutivos extranjeros en general, no tiene razón de ser cuando su ejecución en nuestro derecho ha de seguir los cauces del juicio ejecutivo. La anterior opinión no haría otra cosa que perturbar innecesariamente nuestro panorama procesal internacional.

1.— En puridad de doctrina, no se puede negar que todo título ejecutivo extranjero está abocado a un exequatur previo para desplegar su fuerza ejecutiva en el territorio de otro Estado. Precisamente el exequatur dota al título extranjero de la fuerza ejecutiva propia de los títulos nacionales. Hasta ahora, en el ámbito de nuestra experiencia jurídica, ni siquiera por la vía convencional se ha llegado a una, en mayor o menor medida, libertad de circulación de títulos ejecutivos jurisdiccionales y extrajurisdiccionales, prescindiendo del dato de su nacionalidad.

Ocurre, empero, que nuestra legislación sólo ha establecido un procedimiento para el reconocimiento y ejecución de sentencias dictadas por Tribunales extranjeros (arts. 951 a 958 LEC), ampliado por vía jurisprudencial a los laudos arbitrales y a otras resoluciones judiciales. Existe un vacío jurídico en cuanto a lo que se refiere a los

(1) Vid. *Eficacia ejecutiva en España de letras de cambio extranjeras*, Justicia-83, p. 340.

títulos extrajurisdiccionales extranjeros y tampoco se hallan huellas en las fuentes al uso de que el procedimiento de los artículos 951 a 958 de la LEC les haya sido aplicado. Quizá no sin razón y quizá esta supuesta laguna legal no sea tal.

2.— En el caso examinado por la sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia de 3 de abril de 1982 se reclama la aplicación del Convenio bilateral entre España e Italia de 22 de mayo de 1973 (BOE de 15 de noviembre de 1977) sobre asistencia judicial y reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y comercial para admitir directamente la eficacia ejecutiva en España de una letra de cambio italiana, por tener ésta el carácter re título ejecutivo en su legislación de origen.

Es conveniente, ante todo, resaltar la significación de dicho Convenio en la parte que aquí interesa. Precisamente dicha norma se refiere al reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales, arbitrales y documentos con fuerza ejecutiva *a través del procedimiento establecido por el ordenamiento del Estado requerido*. No se establece una libre circulación de títulos, sino que se sientan las bases convencionales para su reconocimiento previo. Concretamente, por lo que se refiere a los documentos con fuerza ejecutiva, el Convenio no dice que *serán ejecutivos* en el territorio de la otra parte contratante, sino que *serán declarados igualmente ejecutivos* (art. 22) por la autoridad judicial que sea competente.

El problema estriba, una vez más, en que, por lo que respecta a los títulos extrajurisdiccionales extranjeros, nuestra ley, al contrario de lo que ocurre con la legislación italiana, carece de un procedimiento específico para declarar la fuerza ejecutiva de un documento extranjero que en su país constituye título ejecutivo. Sin duda, porque, dadas las diferencias de tratamiento de los títulos ejecutivos en cuanto al despacho de la ejecución se refiere, un procedimiento tal se revela superfluo en la legislación española cuando de títulos extrajudiciales se trata.

3.— Ante esta situación que nos ofrece el derecho español, cabe la opción de:

a) Mantener en todo caso la exigencia de exequatur de los títulos ejecutivos extrajudiciales extranjeros y aplicar por analogía el procedimiento del exequatur de sentencias extranjeras regulado en los artículos 951 a 958 LEC.

A esta conclusión apuntaba mi nota anterior a la sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia de 3 de abril de 1982. Sin embargo, una meditación más reposada me induce a pensar que ello significa llevar innecesariamente la analogía demasiado lejos. Ello equivale a

crear gratuitamente un procedimiento previo de homologación donde no lo había. Hay que reconocer que la tentación teórica es rigurosamente irreprochable, pero me parece desafortunada. Aun tratándose de una supuesta imprevisión del legislador, hay que resistirse a dar carta de naturaleza a un procedimiento que no va a añadir nada a lo que el título puede recibir en el ámbito de *nuestro* juicio ejecutivo, tal como lo viene utilizando la jurisprudencia o, lo que es lo mismo, la vida. Un procedimiento de exequatur en este caso, a través del cauce de los artículos 951 a 958 LEC, nada menos que ante el Tribunal Supremo, sólo serviría a la postre para comprobar la autenticidad y regularidad de un título y su no oposición al orden público procesal del Estado español. Este control cabe sin duda, como veremos, con un menor dispendio económico y temporal y con las mismas garantías dentro de las facultades del Juez competente para despachar la ejecución a través del juicio ejecutivo.

b) Admitir que el título ejecutivo extrajurisdiccional extranjero no necesita ningún tipo de exequatur previo y puede servir de base a la ejecución directamente, a través del cauce de *nuestro* juicio ejecutivo.

Los títulos ejecutivos extrajurisdiccionales en nuestro derecho, al contrario de lo que ocurre en otros ordenamientos y, en concreto, en el derecho italiano, dan lugar al despacho de la ejecución *sólo* a través del cauce del juicio ejecutivo. Esta exigencia significa en definitiva otorgar un conjunto de expectativas más que suficientes para controlar la autenticidad y regularidad del título, aunque sea extranjero.

De entrada, el primer control lo realiza el juez de oficio y con notoria amplitud legal, aunque tal vez no en la práctica. Además ello es presupuesto imprescindible para despachar la ejecución (art. 1440 LEC). Este examen jurisdiccional se centra no sólo en la tipicidad y regularidad del título, sino también en la carencia de otros defectos que puedan afectar a la validez, exigibilidad y liquidez de la obligación subyacente (2). Desde este punto de vista, esta «homologación»

(2) El art. 1440 LEC señala: «El Juez, examinando los documentos presentados con la demanda, despachará la ejecución si el título no contuviere alguno de los defectos que mencionan los párrafos primero y segundo del artículo 1467. En otro caso, la denegará sin prestar nunca audiencia al demandado».

Los defectos a que aluden los párrafos primero y segundo del art. 1467 LEC son: 1. Cuando la obligación o el título en cuya virtud se hubiere despachado la ejecución fueren nulos. 2. Cuando el título no tuviere fuerza ejecutiva, ya por defectos extrínsecos, ya por no haber vencido el plazo o no ser exigible la cantidad, o ésta ilíquida.

Un estudio detenido del alcance de este control previo del título por parte del Juez puede verse en SERRA, *Juicio ejecutivo*, Estudios de Derecho Procesal, Barcelona, 1969, p. 528.

del título es mucho más amplia y exhaustiva que la que podría realizar el juez del exequatur. Por consiguiente, sin ninguna dificultad, puede subsumirse la función de reconocimiento que realizaría el juez del exequatur en el ámbito de la cognición más amplia del Juez competente para despachar la ejecución. Este suplente con creces y con ventaja el control que podría realizar aquél.

Dentro de las facultades de control que el artículo 1440 LEC atribuye al Juez competente para despachar la ejecución figuran las relativas al examen de la tipicidad del título, es decir, a su carácter de título ejecutivo. Respecto de títulos extranjeros, este examen lo debe realizar el juez de oficio (art. 12, 6.º CC), aplicando al caso la correspondiente norma de derecho internacional privado español, en este caso, el art. 10, 3.º CC. El título extranjero será considerado ejecutivo, si lo es de acuerdo con la legislación del lugar de emisión, tal como acertadamente indica la sentencia comentada. Ello ocurre por aplicación de la regla de conflicto contenida en el artículo 10, 3.º del CC y no por lo que disponga el artículo 600 LEC. Esta norma sólo se refiere al valor probatorio de los documentos extranjeros, pero no añade nada a su ejecutoriedad.

Ulteriormente, un sucesivo control del título ejecutivo extrajudicial extranjero puede ser realizado a instancia de parte en el trámite de oposición al juicio ejecutivo. Y la verdad, con mucha mayor amplitud que la que, en principio, cabría esgrimir en un exequatur. No quedan, pues, tampoco, por este lado, menguadas las garantías del ejecutado.

Por lo tanto, la previsión del artículo 22 del Convenio bilateral con Italia se alcanza en nuestro derecho de una forma más directa. La ejecución en España de títulos extrajudiciales italianos no necesita de exequatur previo, porque, en definitiva, su realización se conduce al cauce del juicio ejecutivo que no deja de ser, en el fondo, un proceso documental. Pero además, por lo que a la letra de cambio se refiere, puede decirse que existe entre España e Italia absoluta libertad de circulación procesal de tal título, como se verá a continuación.

4. — La legislación italiana es mucho más rica en cuanto a procedimientos de reconocimiento de títulos extranjeros jurisdiccionales y no jurisdiccionales y otras resoluciones (arts. 796 al 805 del Codice di Procedura Civile). Por lo tanto, las remisiones del Convenio bilateral encuentran unos cauces internos específicos y no topan con vacíos legales en esta materia. En concreto, por lo que se refiere a títulos extrajudiccionales, el artículo 804 CPC establece un procedimiento para el reconocimiento de *atti contrattuali ricevuti dal pubblico ufficiale in paese estero*. La exigencia de este procedimien-

to es razonable, si se tiene en cuenta la filosofía que preside los títulos ejecutivos italianos (arts. 474 y ss. CPC), que dan paso a la ejecución forzosa de forma inmediata, sin el tamiz de ningún proceso previo.

Con todo —hay que reconocerlo (3)—, ese procedimiento no es abiertamente aplicable a las letras de cambio extranjeras que se hacen valer en Italia. En primer lugar, porque el artículo 804 del CPC se refiere sólo a documentos públicos extranjeros y la letra de cambio no encuadra en dicha categoría. En segundo lugar, porque las letras de cambio extranjeras tienen eficacia de título ejecutivo en Italia, si gozan de tal carácter según el ordenamiento del Estado en que han sido emitidas (art. 63, 2.º del R.D. de 14 de diciembre de 1933, n.º 1669) (4). Por lo tanto, es superfluo el exequatur también en Italia.

Se desemboca así en el argumento de la reciprocidad a que aludía la sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia de 3 de abril de 1982. Pero, como se intuye, por razones distintas: En el caso español, porque no existe procedimiento de exequatur previo de letras de cambio extranjeras, ni hay razón suficiente para exigirlo. En el caso italiano, porque aun existiendo abundantes procedimientos de reconocimiento, ninguno de ellos resulta aplicable y, además, la eficacia ejecutiva de la letra extranjera está salvada por una norma expresa.

(3) Queden pues revocados los argumentos que se exponían en la p. 347 de mi nota. Tampoco resultaría aplicable el art. 50 de la Convención de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, que vendría a tener un alcance similar al del art. 804 del CPC italiano.

(4) Por todos, MORELLI, *L'efficacia esecutiva della cambiale emessa all'estero*, RDPC, 1935, I, p. 263, y luego en su *Derecho procesal civil internacional*, trad. Sentís, Buenos Aires, 1953, p. 24 y ss. MIBLE, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1966, pp. 149-150.

PROCESAL PENAL

VÍCTOR A. MORENO CATENA
Catedrático de Derecho Procesal

SUMARIO:

1. Principios procesales. — 2. Competencia. — 3. Partes procesales. — 4. Cuerpo del delito. — 5. Artículos de previo pronunciamiento. — 6. Juicio oral (prueba, suspensión del juicio e información suplementaria). — 7. Recurso de casación. Por infracción de ley. — 8. Recurso de casación. Por quebrantamiento de forma.

I. PRINCIPIOS PROCESALES

PRINCIPIO ACUSATORIO.

S 29 enero 1982 (RA 172)

En proceso seguido ante la Audiencia Nacional de colaboración con grupo organizado y armado, el Ministerio Fiscal no dirigió la acusación en las calificaciones definitivas contra la recurrente, por entender que la actividad informativa desarrollada por ésta quedaba embebida en los hechos delictivos que describía seguidamente, a pesar de lo que el Tribunal la condenaba por ese título y con el carácter de autora del núm. 1.º del art. 14 del Código penal. Interpuesto recurso de casación por quebrantamiento de forma al amparo del núm. 4.º del art. 851 de la Ley de enjuiciamiento criminal, el T.S. declara haber lugar al mismo, habiendo de subsanarse este vicio por

el Tribunal «a quo» de acuerdo con lo previsto en el art. 901 bis a) de la Ley de enjuiciamiento criminal.

CONSIDERANDO: Que en el sistema de la L. E. Crim. el principio acusatorio rige incondicionadamente para el juicio propiamente dicho o fase de plenario en las causas por delito, de suerte que sin parte acusadora que sostenga la acción penal no puede recaer sentencia condenatoria porque el Tribunal carece de poderes para suplir su iniciativa y este principio, en los supuestos de concurso real de delitos, se traduce en la exigencia de que todos ellos estén comprendidos en el acta acusatoria, pues de ser inexistente la petición fiscal o de la acusación particular respecto de uno de ellos la sentencia que condenase por todos incurriría en vicio de nulidad que, a falta de cauce procesal específico, debe hacerse valer en el recurso extraordi-

nario por la vía que ofrece el núm. 4.º del art. 851 de la Ley de Enjuiciamiento según una reiterada doctrina jurisprudencial que ha tenido expresión —entre otras— en las SS. de 31 enero 1949, 28 noviembre 1957, 29 abril 1968 y 8 mayo 1980, propiciando un criterio extensivo cuya explicación puede hallarse en el hecho de que la sanción penal aplicada a un delito más de los que han sido objeto de acusación formal crea una situación de indefensión y conduce a una sentencia más grave para el reo y, consecuentemente, subyace la misma razón inspiradora, de la norma procesal, si cabe con una mayor evidencia.

2. COMPETENCIA

EN PROCESO POR DELITOS DE CALUMNIA E INJURIAS GRAVES VERTIDAS POR ESCRITO Y CON PUBLICIDAD.

S 23 febrero 1982 (RA 840)

En proceso seguido por delito de calumnia e injurias graves cometidas por escrito y con publicidad, se recurre en casación por la acusación particular contra el auto de la Audiencia de Madrid desestimatorio de la apelación interpuesta contra auto inhibitorio en favor del Juzgado Decano de los de Barcelona.

CONSIDERANDOS: Que el R. D.-Ley de 1 abril 1977, que regula la libertad de expresión, así como los posibles delitos que puedan cometerse con motivo de su ejercicio, a efectos de competencia establece en su art. 8.º, que la instrucción, conocimiento y fallo de las causas por los delitos a que se refiere corresponderá a los Jueces y Tribunales determinados en el art. 14 de la L. E. Crim., con lo que, dicho se está, no establece ninguna regla de especialidad en cuanto a competencia se refiere, remitiendo así su solución a las reglas ordinarias.

Que para la solución del posible conflicto competencial y atribución específica de la competencia territorial conforme al fuero establecido en el núm. 2.º del art. 14 de la L. E. Crim., hay que tener en cuenta, hoy por hoy, que el centro de gravedad y núcleo del problema se decanta sobre la publicidad del medio que sirve para su difusión y, concretamente, del medio eficaz o idóneo donde éste radica, habida cuenta de la existencia de toda una serie de operaciones y manipulaciones de una parte y de puesta en el mercado y a disposición del público de otra, de todo el proceso que implica la puesta a punto de una publicación, como son la confección de las planchas, la impresión, la editorial o empresa, individual o jurídica, a cuyo cargo se hizo, la puesta a disposición del público indiscriminadamente o en régimen de exclusiva y mediante el sistema contractual a través de las llamadas distribuidoras, deviniendo así, a último lugar al de la sola materialidad de la impresión cuando no existen otros elementos personales que, en conjunción con el territorio, son los encargados de ponerlos a disposición del público, o, en definitiva, de provocar la publicidad, elemento esencial y núcleo cardinal de la dinámica comisiva de los delitos de este tipo.

Que, en este orden de ideas, es el propio C. P. el que, aun a trueque de ir señalando una coautoría especial, ya está erradicando a una serie de autores y partícipes en su art. 13, complementando con el 15 los tipos de coautoría, y, a la vez que establece una responsabilidad en cadena o cascada, va estableciendo una serie conexa con fueros comisivos a través de la figura del autor material en tanto en cuanto se trate del medio comisivo que emplea, cual es, en síntesis, el que facilita la publicidad, cual dice en el primero de los artículos citados, o como en el último, y por orden sucesivo, el autor real del texto, escrito o estampa publicados o difundidos, o a

tores y cerrando último eslabón de aquella sucesiva cadena de responsabilidades en el impresor, entendiendo por tales a los directores o jefes de establecimientos en que se haya impreso, grabado o publicado por cualquier otro medio, el escrito o estampa criminal, con lo que, dicho se está, el impresor queda en el último grado de la escala de responsabilidad, comparable, en cierto modo, en las formas comisivas de los delitos cometidos con publicidad.

Que aplicando los criterios sentados al supuesto de autos, el hecho de que la impresión material de la revista se haya hecho en Madrid no empece para atraer el fuero competencial a esta capital cuando aparece acreditado que la dirección de la publicación reside en Barcelona, sin perjuicio de la existencia de otra en Madrid a título de subdelegación, como en otras tantas ciudades, así como la editora y distribuidora, cuyo papel ya se ha destacado anteriormente, radican en la misma Barcelona, e incluso el Depósito legal a que hace referencia el D. de 23 diciembre 1957 aparece efectuado en la misma población, con todas las connotaciones que ello comporta en orden a la publicidad, procediendo, en consecuencia, y a los solos efectos de decidir la competencia por razón del territorio atribuirle a la ciudad de Barcelona, siguiendo al efecto, los criterios paralelos de la S. de 5 junio 1981, procediendo, en consecuencia, desestimar el primero de los motivos del recurso, formulado al amparo del núm. 1.º del art. 849 de la L. E. Crim. y en el que se denuncia la infracción del párr. 2.º del art. 14 de la L. E. Crim.

DELITOS CONEXOS.

A 16 marzo 1982 (RA 1718)

En cuestión de competencia negativa suscitada entre dos Juzgados para

conocer de delitos de estafa y de falsedad de cheques y D.N.I., el T.S. resuelve en aplicación de los núms. 2.º y 5.º del art. 17 de la Ley de enjuiciamiento criminal.

CONSIDERANDOS: Que sintetizando los hechos esenciales a los solos efectos de resolver la presente cuestión de competencia, de las actuaciones aparece que entre las nueve y diez de la mañana del día 7 de julio —coincidiendo con las fiestas de San Fermín en el que los establecimientos bancarios están cerrados en Pamplona— se presentan en sucursales de la Caja de Ahorros de Navarra, Caja Rural de Navarra y Caja Municipal de Pamplona, en la localidad navarra de Tudela, un cheque falso en cada uno de ellos, por importe de 329.150 ptas., dos y 440.000 ptas. otro, que son cobrados por persona desconocida que inmediatamente desaparece. Horas antes, a las 6,40 de la mañana de ese mismo día, en la provincia y Partido Judicial de Soria, son detenidos por la Guardia Civil de Tráfico, tres individuos en un coche Seat, que se dirigen por la carretera Medinaceli-Pamplona, a esta última ciudad. Entre la documentación que es aprehendida a los detenidos aparecen ocho cheques de la Caja de Ahorros de Navarra, cinco de la Caja Rural de Navarra y dos de la Caja Municipal de Pamplona, que por su numeración se deduce con toda evidencia, proceder de los mismos talonarios de cheques, de los falsos que fueron cobrados en Tudela. Los cheques incautados se acredita ser igualmente falsos. El conductor del coche, José L. D., portaba D.N.I. y permiso de conducir también falsos. El Juzgado de Instrucción de Tudela sigue sumario por los tres delitos de estafa y falsedad de que fueron perjudicadas las tres sucursales bancarias de aquella población, pero se niega a entender de los hechos presuntamente delictivos cometidos en Soria, a quien defiere la competencia mientras que el Juzgado de esta ciudad entiende que los

cheques falsos cobrados en Tudela y los falsos intervenidos en Soria, proceden de unas mismas cuentas corrientes, la conexión se produce para que entienda el Juzgado de Tudela, mucho más si por propia declaración de los detenidos manifestasen pretendían hacerlos efectivos en Navarra. Nada argumenta para la inhibición a favor de la ciudad de Tudela respecto de las falsedades del D.N.I. y del permiso de conducir.

Que la anterior competencia negativa debe ser resuelta a favor del conocimiento de los hechos por el Juzgado de Instrucción de Tudela. A) Respecto a los cheques falsificados intervenidos en Soria porque dada la circunstancia de pertenecer a las mismas series de los hechos efectivos en Tudela, hace sospechar de manera vehemente la posible participación, ya como coautores, cómplices o encubridores, de las estafas mediante los cheques falsos hechos efectivos en Tudela; la competencia de esta ciudad no vendría determinada por uno de los motivos de conexión del art. 17 de la L. E. Crim. que precisa siempre de la existencia de varios delitos sino, porque siendo uno solo el juez competente para conocer de la culpa del posible autor, absorbe la de cómplices y encubridores. En el supuesto de que las actuaciones sumariales no acreditasen esta participación, la competencia del Juzgado de Tudela vendría determinada por el número 2.º o del 5.º del art. 17 de la L. E. Crim., ya que la conexión entre el delito cometido por el falsificador y estafador de Tudela, y los que puedan imputarse a los tenedores de los cheques falsos de Soria, no precisan de otros razonamientos; B) En cuanto al carnet de conducir falso que aparece expedido en Madrid, y el D.N.I. también falso expedido en Pamplona, deferían, respectivamente, la competencia a cada una de estas ciudades, donde en principio hay que admitir se produce la falsificación, pero la circunstancia de la conexidad —que

rompa con las reglas normales de competencia territorial del «forum delicti commissi» de los arts. 14 y 15 del ordenamiento sustantivo penal—, determina también la competencia de Tudela, por aplicación igual que en el supuesto anterior, de los núms. 2.º y 5.º del art. 17, sin desdeñar la posibilidad de que la tenencia y uso del D.N.I. falso sea medio necesario o al menos facilitador de los delitos de estafa por los cheques falsos.

3. PARTES PROCESALES

COMPAÑÍAS ASEGURADORAS.

S 18 febrero 1982 (RA 798)

Condena respecto de la responsabilidad civil de las Compañías aseguradoras con seguro voluntario de accidentes y obligaciones respecto de los perjudicados por el tomador del seguro o sus dependientes.

CONSIDERANDOS: Que toda la esencia del presente recurso, cuyos motivos admitidos se irán examinando más adelante, se reducen a dos puntos fundamentales: 1.º Si las Compañías aseguradoras con seguro voluntario de accidentes ocasionados con vehículos de motor, pueden ser objeto de condena, respecto a la responsabilidad civil, en el proceso penal; 2.º Si la proposición de seguro voluntario, diligenciada en las debidas condiciones legales, obliga a las Compañías aseguradoras, como si se hubiere extendido el oportuno certificado, y en qué concepto se encuentran, en su caso, éstas, obligadas respecto de los perjudicados por el tomador del seguro o de las personas que tengan dependencia del mismo, en el cumplimiento de sus obligaciones o servicios.

Que así centrados los temas principales del recurso, como punto de

arranque para examinar los motivos subsistentes, debe recordarse, conforme a la doctrina ya sentada de manera contexte con las disposiciones legales vigentes, y con carácter estable que conforme a las SS. de 27 junio 1980 y 3 julio 1981; 1.º Que el seguro voluntario, ampara una responsabilidad civil complementaria del seguro obligatorio, por tanto atiende a las indemnizaciones que exceden de los límites legales señalados a éste; 2.º Que conforme a los principios de rogación, consagrados en los arts. 100, 108 y siguientes de la L. E. Crim. es obligado darles entrada en el proceso penal, como tercero civil responsable y conforme al principio general de derecho de que nadie puede ser condenado sin ser oído; 3.º Cuando el perjudicado ejercite la acción civil correspondiente, desbordando los límites del seguro obligatorio, la empresa aseguradora tiene derecho a tal legitimación en el proceso —extremo vedado respecto del Seguro Obligatorio por el art. 784 de la L. E. Crim. «en ningún caso y por concepto alguno— con todas las consecuencias procesales que tal legitimación entraña para la defensa de sus derechos». —Ver SS. de 7 mayo 1975, 16 marzo 1977, 21 mayo y 14 junio 1977, además de las citadas.

Que la S. de 3 julio 1981, avanzando y conformando la doctrina expuesta añade otros puntos muy interesantes sobre el problema; tales son: 1.º Que el seguro voluntario es un instrumento de protección del tercero perjudicado; 2.º Que la doctrina civil que afirma la solidaridad entre el asegurador y el tomador del seguro, trasciende a la esfera penal, en lo que se refiere a la responsabilidad civil dimanante del delito del que es responsable el tomador del seguro o sus subordinados, en su servicio, debiendo proclamarse que el perjudicado tiene acción directa contra la Entidad del seguro voluntario para hacer efectivo su derecho de indemnización; 3.º Que estos principios han tenido su expresa

consagración por las disposiciones legales consagradas en la O. de 26 mayo 1965, que habla de una responsabilidad civil suplementaria y de un seguro voluntario complementario, la orden del M.º Hacienda de 31 marzo 1977 admitiendo expresamente la responsabilidad civil suplementaria y de un seguro voluntario complementario, hasta llegar a la vigente Ley de Contrato de Seguro de 8 octubre 1980, que en su art. 76 consagra la acción directa de la víctima, contra el asegurador, siendo aquélla totalmente inmune a las excepciones que este segundo pueda tener frente al asegurado.

Que estos mismos principios tienen su consagración unánime doctrinal donde se sostiene: 1.º La acción directa del perjudicado, contra la compañía aseguradora, del seguro voluntario que pueda ejercitarse en el proceso penal, estando por consiguiente la Compañía aseguradora legitimada pasivamente en dicho proceso, donde debe dársele entrada como parte, ser oída y poder defenderse; 2.º Se proclama en la Ley del Seguro una corresponsabilidad solidaria pasiva entre el tomador del seguro y la Compañía respecto de la víctima o perjudicado por el accidente comprendida en el Seguro; 3.º La acción directa es inmune, según el trato legal, a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado; 4.º Hay una transmutación de titularidad del asegurado a la víctima en sus propios límites cuantitativos, en el instante de consumación del siniestro que da lugar a la indemnización.

4. CUERPO DEL DELITO

CONCEPTO.

S 6 febrero 1982 (RA 633)

Al resolverse un recurso de casación interpuesto por el procesado como encubridor de un delito de robo con

homicidio, recurso que es estimado por el T.S., lleva a cabo ciertas consideraciones sobre el concepto de cuerpo del delito y los de instrumentos y efectos del mismo.

CONSIDERANDOS: Que por cuerpo del delito ha de entenderse, según la rúbrica general que antecede al artículo 334 de la L. E. Crim.: las armas, instrumentos o efectos de cualquier clase que puedan tener relación con el delito y se hallen en el lugar en que éste se cometió, en sus inmediaciones, en poder del reo o en otra parte. Este concepto procesal amplio, que viene a mezclar el cuerpo y los instrumentos, precisa de una mayor concreción técnica y así la doctrina considera, bien que son todas las materialidades relativamente permanentes sobre las cuales o mediante las cuales se cometió el delito, así como también cualquier otra cosa que sea efecto inmediato del delito mismo o que se refiera a él de tal modo que pueda ser utilizado para su prueba. El verdadero cuerpo del delito doctrinalmente, sería la persona o cosa objeto del delito. Más modernamente se distingue entre cuerpo material del delito, sobre el que recae éste; cuerpo del delito accidental, que se incorpora a los autos como piezas de convicción; cuerpo del delito por situación que tienen relación con el mismo, por el lugar, por entrar en el mismo sitio del delito, en las inmediaciones, en poder del reo o de tercero. La jurisprudencia apenas ha tenido ocasión de pronunciarse en general, haciéndolo sobre delitos concretos: En hurto, el que se aprovecha de la leña cortada, el que adquiere libros y manuscritos procedentes de sustracción, o alhajas, metales, abrigos, caballerías hurtadas. En robo, los títulos robados, la cantidad robada. En homicidio, el cadáver, viniendo así a sostener la noción legal procesal de los arts. 334 y sigs. de la L. E. Crim.

Que menor dificultad conceptual tienen las expresiones del art. 17-2.º efec-

tos o instrumentos del delito, ya que los primeros son los objetos materiales susceptibles de aprovechamiento o los adquiridos por el delincuente con el producto del delito: como apoderados o adquiridos con el dinero de la infracción criminal e instrumento es el elemento material con que el delito se cometió, armas, medios mecánicos, piedras, palos, sogas, etc.

5. ARTICULOS DE PREVIO PRONUNCIAMIENTO

PRESCRIPCIÓN DEL DELITO. CADUCIDAD DE LA ACCIÓN.

S 28 enero 1982 (RA 168)

En proceso seguido por injurias graves, el T.S. desestima el recurso de casación interpuesto, entendiéndose puede declararse de oficio la prescripción del delito o apreciarse aun cuando se alegue informal o intempestivamente, sin que sea preciso por tanto su alegación formal como artículo de previo pronunciamiento.

CONSIDERANDOS: Que la acción penal constituye una facultad independiente del «ius puniendi», aunque como éste corresponde en principio al Estado para promover la actuación de los Organos Jurisdiccionales correspondientes, a fin de que determine si una acción realizada constituye o no delito y en caso afirmativo condenen a su autor a la pena previamente señalada en la Ley penal para los de su clase o tipo, dando así satisfacción al interés público de que sea castigado el delincuente y al privado de la reparación y recuperación de los efectos del delito y aunque generalmente es el Estado por medio de sus órganos quien monopoliza la acción penal dada la preponderancia del interés público sobre el privado, existen supuestos en los que por tener los hechos trascendencia y afectar en muchos casos la

esfera íntima de las personas ofendidas, el Estado delega en éstas su potestad de perseguir el hecho para que ejerciten o no la acción penal según su conveniencia, lo que entre otros supuestos concurre en los delitos privados solamente perseguibles a instancia de parte, entre los que se hallan los de calumnia e injuria cometidos contra particulares en los que el querellante se convierte en «dominus litis» frente al querellado, trabándose entre ambos una contienda (sistema acusatorio) muy semejante al proceso civil, por corresponder al ofendido no sólo el ejercicio de la acción penal para la iniciación del proceso, sino también el impulso para su continuación y la vigilancia del cumplimiento de las normas procedimentales, por lo que en tales casos la reacción o abandono de la parte querellante en el seguimiento del proceso da lugar a la presunción de falta o cesación del interés, motor de la acción y justifica la aplicación del instituto de la prescripción en aras de la seguridad jurídica, eliminando la incertidumbre de las situaciones jurídicas expectantes sobre el resultado del juicio y la aplicación de la pena, prescripción que si formalmente debe ser alegada a través de un artículo de previo pronunciamiento, según prescribe, el art. 666 de la L. E. Crim., puede, por tratarse de una cuestión de orden público, ser apreciada de oficio o incluso alegada informalmente o intempestivamente en cualquier estado del procedimiento por alguna de las partes interesadas en concluir la situación de pendencia, como interpretan y declaran reiteradas resoluciones de esta Sala —entre las que pueden citarse las de 24 febrero 1964 y 1 febrero 1968— siendo irrelevante a efectos de su estimación que las causas motivadoras de la paralización del procedimiento que sirve de fundamento a la prescripción y consiguientemente a la extinción de la responsabilidad penal, derivada del hecho, se deban a la inacción de las partes o a la negligencia de los Tribuna-

les, puesto que una y otros tuvieron a su alcance y disposición medios coercitivos de petición y apremio para la movillización del proceso, impidiendo con ello la extinción de la acción penal derivada del hecho; como ocurrió en el caso de autos, en el que las actuaciones, como se reconoce en el primer considerando del Auto recurrido, han permanecido absolutamente paralizadas desde el día 11 de enero 1977, en cuya fecha se dio traslado de las mismas a la querellante, hasta el 20 marzo 1980 en que fue apremiada dicha parte para que las devolviera, con lo que aparece transcurrido con exceso el plazo de seis meses que la citada Ley Penal Substantiva fija taxativamente en su art. 113, para la prescripción del delito de injurias, por lo que procede la desestimación del primero de los motivos del recurso.

Que en referencia al segundo de los motivos del mismo recurso, interpuesto por inaplicación de los arts. 113, párr. 5.º, y 114 del C. P., en relación con el art. 275 de la Ley Procesal correspondiente, es necesario precisar que efectivamente y por regla general, el plazo para la prescripción de los delitos debe empezar a contarse desde que se cometieron, interrumpiéndose el transcurso del mismo por la presentación de la querrela, en el caso que nos ocupa y como queda dicho, el plazo prescriptorio se inició después de haberse puesto en marcha el procedimiento, y a consecuencia de la interrupción del mismo, continuado durante un periodo de tiempo superior al legalmente exigido a los mencionados efectos, sin que por otra parte el Tribunal hubiera tenido que aplicar obligatoriamente para poder declarar la prescripción, el art. 275 de la Ley Procesal citada, como se argumenta en el recurso, puesto que esta Sala tiene declarado que el precepto invocado por el recurrente se refiere exclusivamente a la caducidad de la acción, sin que por tanto pueda ser aplicado en materia de prescripción del

delito, regida exclusivamente por disposiciones de la Ley Penal Substantiva —S. de 15 abril 1947, entre otras—, por lo que este segundo motivo tampoco puede ser acogido.

6. JUICIO ORAL

PRUEBA. DERECHO FUNDAMENTAL A UTILIZAR LOS MEDIOS PERTINENTES.

S 30 marzo 1982 (RA 2040)

El T.S. declara no haber lugar al recurso de casación, que articulado en sendos motivos al amparo del núm. 1.º del art. 850 de la Ley de enjuiciamiento criminal, interpone el condenado en proceso seguido contra él por delito de robo.

CONSIDERANDO: Que, como es obvio, es un derecho fundamental de todo inculpado el de poder aportar al proceso penal cuantos elementos de prueba disponga para demostrar todo aquello que pueda servir de fundamentos a lo que postula o favorece su tesis exculpatoria o atenuatoria de la responsabilidad criminal, pero para compatibilizar este sagrado derecho con la necesidad práctica de evitar que se utilicen subterfugios tendentes a prolongar los juicios, innecesariamente, o a entorpecer, en vez de coadyuvar, el esclarecimiento de la verdad, en el art. 659 de la L. E. Crim. se atribuye a los Tribunales de Instancia la facultad de declarar la pertinencia o impertinencia de las pruebas con la consiguiente declaración de admisibilidad o inadmisibilidad y, a su vez, por las mismas razones, en el art. 746, se atribuye al propio Tribunal, la facultad de tomar la resolución que estime procedente en orden a la petición de suspensión del juicio oral por la incomparecencia de alguno de los testigos de cargo o descargo, de manera que aunque esta facultad es revisable en casación, para el potencial o real

éxito del recurso, es preciso, como tantas veces ha dicho este tribunal, que la parte que lo formule, en el momento procesal oportuno, hubiese dado a conocer las preguntas sobre las que el interrogatorio iba a versar, pues únicamente así podrá el Tribunal de Instancia primero y el de Casación después, conocer la trascendencia de la prueba en relación con los puntos objeto de debate y si de su falta de práctica pudiera derivarse indefensión, obligación que el recurrente no ha cumplido y cuya exigencia venía especialmente impuesta en el presente caso, dado que el testigo que había depuesto ampliamente durante el período de instrucción sumarial, había sido propuesto por el M.º Fiscal, habiéndose limitado el recurrente, en su escrito de calificación, a adherirse a la prueba por aquél propuesta, lo que de suyo, también con reiteración ha declarado esta Sala, bastaría, para declarar la improcedencia de los dos motivos del recurso interpuestos ambos, al amparo del núm. 1.º del art. 850 de la L. E. Crim. y a través de los cuales se postula lo mismo con análogos fundamentos.

PRUEBA. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESADO.

S 18 enero 1982 (RA 100)

Solicitada por la defensa la identificación del procesado en el escrito de calificación provisional, fue denegada su práctica con carácter previo al juicio oral, sin reproducir la petición al inicio de las sesiones de éste, bien que formulara protesta. El T.S. desestima este motivo de casación.

CONSIDERANDO: Que, para que una pretensión casacional basada en el núm. 1 del art. 850 de la L. E. Crim. pueda prosperar, es preciso que se trate de prueba propuesta en tiempo —en los escritos de calificación provisional en el proceso ordinario, y en

ellos o hasta el momento de la iniciación de las sesiones del juicio oral si el sustanciado ha sido un procedimiento de urgencia— en forma —con las formalidades establecidas en los artículos 656 y 657 de la L. E. Crim.—, que sea pertinente, es decir, relacionada con el tema debatido, y conducente, esto es, encaminada eficazmente a esclarecer puntos controvertidos y que no merezca los calificativos de superflua, inútil o inane, y, finalmente, que, denegada la prueba por la Audiencia, la subsanación de la falta presuntamente cometida haya sido reclamada o protestada —véanse arts. 855 y 884, núm. 5, de dicha Ley— del modo establecido en el art. 659, párr. 4.º, para el proceso ordinario, o reproducida la petición del modo que prescriben los arts. 799, párr. 2.º, y 800, regla 1.ª, de la L. Pro. Penal, si se trata de procedimiento de urgencia.

Que las diligencias encaminadas a la identificación de la persona del delincuente a que se refieren los arts. 368 y siguientes de la L. E. Criminal, son típicamente sumariales y aún podría decirse, tal como se infiere de los artículos 371 y 372 de la citada Ley, de las que deben practicarse al inicio del sumario determinado, inequívocamente y sin duda alguna, que, el inculpado, es quien realizó los hechos que motivaron la incoación de dicho sumario, pues, más tarde, su eficacia sería dudosa y su conducencia nula o casi nula.

Que, en el caso presente, la diligencia de identificación del procesado por las niñas ofendidas, fue propuesta por la defensa en su escrito de calificación provisional, pese a que, dicha defensa, dudaba, según expresó en el citado escrito, de la eficacia de una prueba tan extemporánea y tardíamente practicada, añadiendo que debía llevarse a efecto bien con anterioridad a la apertura de las sesiones del juicio oral, bien durante el transcurso de estas últimas; y habiéndola denegado —la

Sala de instancia— en el primer término de la alternativa —previamente al juicio oral—, la defensa formuló inmediata protesta, la cual era inviable dados los términos del párr. 2.º del art. 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y puesto que se trataba de procedimiento de urgencia, formulando de nuevo la protesta al inicio de las sesiones del juicio oral pero sin reproducir la petición atinente a la prueba a su juicio denegada. Con todo lo cual es evidente, en primer término, que la prueba debatida era de pertinencia y conducencia más que dudosas; en segundo lugar, que se propuso para su práctica anticipada pese a que nada impediría que se llevara a cabo en el juicio oral —véase párr. 3.º del art. 657 de la L. E. Criminal—, ni había peligro de que ocasionara la suspensión de aquél, y, en definitiva, que una vez denegada con el referido carácter anticipado, tratándose de procedimiento de urgencia, se formuló indebida protesta y no se reprodujo la petición al inicio de la apertura de las sesiones del juicio oral tal como previenen el párr. 2.º del art. 799 y la regla 1.ª del art. 800 de la Ley Rituaria.

PRUEBA. CAREO.

S 25 febrero 1982 (RA 678)

En proceso seguido por los delitos contra la salud pública y tenencia ilícita de armas, recurre el condenado al amparo del núm. 1.º del art. 850 de la Ley de enjuiciamiento criminal por entender indebidamente denegada la diligencia de careo.

CONSIDERANDO: ... Sobre este motivo casacional la Jurisprudencia de esta Sala, de modo reiterado —SS.: 18 abril y 30 octubre 1981 y 17 enero 1981—, tiene establecido, que para la viabilidad del mismo es preciso: Que el medio probatorio sea propuesto en el momento procesal oportuno y con

las formalidades legales: que la prueba sea pertinente en doble vertiente—objetiva—, en el sentido de que esté relacionada con la materia del proceso, y, en la funcional, en cuanto que ha de estar dirigida al conocimiento y esclarecimiento del mismo; que para determinar esta pertinencia se dé a conocer el contenido del medio probatorio; y, como requisito formal, que conste la correspondiente protesta de la no admisión, para no considerarse subsanado el posible defecto procesal por aquiescencia de la parte. Como la prueba que se pretendía, tenía como contenido la práctica de una diligencia de careo entre el procesado-recurrente y un posible testigo, el motivo debe ser desestimado por las siguientes razones: no constar la petición en el acto del juicio oral, no figurar la correspondiente protesta ante su denegación, y sobre todo porque los caracteres de la diligencia pedida, según se desprende de los arts. 451, 455 y 729-1 de la L. E. Crim., es subsidiaria y facultativa del Organismo Judicial, por lo que su admisión o denegación es discrecional y por consiguiente no asequible a la casación. A mayor abundamiento del examen de la causa, se pone de relieve, que el extremo o punto objeto de esclarecimiento—pertenencia del arma ocupada al recurrente—, estaba suficientemente demostrado, por lo que, bajo el aspecto funcional, el criterio del juzgador de la negación es acertado y no produce indefensión.

PRUEBA. DENEGACIÓN DE DILIGENCIA. SUSPENSIÓN DEL JUICIO ORAL.

S 6 marzo 1982 (RA 1421)

Interpuesto recurso de casación por quebrantamiento de forma en proceso seguido por delito de robo—además de otro motivo por infracción de ley—se realizan por el T.S. algunas precisiones de prueba y suspensión del juicio oral.

CONSIDERANDO: Que el primer motivo de casación lo funda el recurrente por quebrantamiento de forma en el núm. 1.º del art. 850 de la L. E. Crim. en relación con el art. 746, 3.º de la propia Ley al no haber accedido la Audiencia Provincial a la suspensión del juicio oral ante la incomparecencia de uno de los testigos propuestos en tiempo y forma, diligencia de prueba que había sido admitida como pertinente. Motivo de casación que debe ser desestimado por dos razones. La primera porque según abrumadora y reiterada doctrina de este Tribunal, en el escrito de calificación es donde cada parte propone su prueba específicamente concretada, sin que sea posible utilizar la frase, tan corriente como ineficaz, de: «aunque sea renunciada por la parte contraria» —SS. de 24 abril 1965, 4 octubre 1972—. Por eso cada parte debe proponer «nominatim» sus propios testigos, para el supuesto que la contraparte renuncie al testimonio de alguno de ellos —SS. de 29 enero 1966, 22 mayo 1967, 24 febrero, 12 junio 1968, 30 noviembre 1974—. Por esa misma razón la inasistencia de testigos no suspende el juicio oral, si no fueron propuestos en la forma antedicha en el escrito de calificación —SS., además de las citadas anteriormente, de 22 mayo 1967, 9 abril y 30 junio 1973—, como del examen del rollo de Sala aparece que en el último «otrosí» del escrito de calificación, la defensa del procesado se limita a decir: «Para el acto del juicio oral propongo intervenir en las pruebas propuestas por el M.º Fiscal y admitidas aunque expresamente se renunciaren», es visto, por toda la doctrina anteriormente expuesta, que la Sala de instancia no incidió en el quebrantamiento de forma acusado. En segundo lugar el procedimiento seguido fue el de urgencia del título III, Libro IV de la L. E. Crim., que al regular el Juicio oral ante las Audiencias dispone en su art. 801, párr. 1.º, que el Tribunal procurará evitar con el mayor celo suspensiones inmotivadas, y más terminantemente en su párr.

3.º, cuando ordena que no suspenderá el juicio por la incomparecencia de testigos cuando éstos hubieren declarado en el sumario y el Tribunal se considere informado con la prueba practicada para formar juicio completo sobre los hechos. Obedeciendo este mandato, y por estimarse suficientemente informada, la Sala no creyó oportuna la suspensión, por lo que tampoco se ha producido la infracción formal alegada. En esta línea se mantienen sentencias tan recientes como las de 13 abril, 26 junio, 18 septiembre y 6 noviembre 1981.

SUSPENSIÓN DEL JUICIO ORAL. DENEGACIÓN DE DILIGENCIA DE PRUEBA.

S 24 marzo 1982 (RA 2015)

En procedimiento de urgencia seguido por delito relativo a la prostitución, el T.S. desestima el recurso de casación interpuesto por quebrantamiento de forma, ya que la Audiencia se consideró suficientemente instruida aun con la omisión de las preguntas que se iban a formular a los testigos no comparecidos.

CONSIDERANDO: Que el problema de la suspensión del juicio escapa del núm. 1.º del art. 850 para entrar en la órbita de los arts. 744 y siguientes de la propia Ley, donde se observa que el art. 745 concede al Presidente del Tribunal una facultad «podrá suspender», el art. 746 concede un nuevo arbitrio porque según su texto procederá la suspensión: 3.º) Cuando no comparezcan los testigos de cargo y descargo ofrecidos por las partes y el Tribunal considere necesaria la declaración de los mismos decretando en este caso, siendo procedente, la suspensión a instancia de parte. Por tanto el Tribunal se mueve en el terreno de lo discrecional y potestativo, que se recoge y remacha en los nuevos arts. 802 y siguientes de la Ley. De ello cabe con-

cluir que la posibilidad de suspensión del juicio —en semejantes casos— es una facultad del Tribunal, discrecional, invulnerable e inatacable, siendo improcedente el recurso de casación del art. 850-1.º de la L. E. Crim. contra los acuerdos que adopte la Audiencia en el uso de la misma —SS. de 16 octubre 1973, 21 mayo 1974, 9 febrero 1976, 15 febrero 1979, 2 mayo 1979, 16 junio 1980, 24 febrero 1981, 26 mayo 1981, entre otras—. Pero es que además el motivo de casación exige que la diligencia de prueba, se considere por esta Sala pertinente. Y para juzgar, en este momento de su pertinencia y de su importancia, ha de exigirse, como ha declarado la doctrina jurisprudencial, que debieron hacerse constar las preguntas que se proponía hacer la parte al testigo incomparecido, único medio de graduar su importancia a los fines de la formación de convicción del Tribunal —SS. de 20 octubre 1972, 2 abril 1973, 16 mayo 1974, 18 febrero 1977, entre otras.

INFORMACIÓN SUPLEMENTARIA.

S 26 enero 1982 (RA 144)

En proceso seguido por violación, el T.S. declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto al amparo del núm. 1.º del art. 850 de la Ley de enjuiciamiento criminal, fijando el alcance y finalidad de la información suplementaria.

CONSIDERANDO: Que la práctica de una información suplementaria es una facultad discrecional que al juzgador concede el núm. 6.º del art. 746 de la L. E. Crim. con la consiguiente suspensión del juicio para que tal información pueda llevarse a cabo, siendo, como facultad que es del Tribunal de instancia, invulnerable y ajena al recurso de casación, así lo tiene declarado esta Sala en múltiples resoluciones, entre otras en SS. de 8 abril 1957,

16 enero 1961, 11 junio 1969 y 21 abril 1977; pero es que, además, las informaciones suplementarias no son medios complementarios de pruebas ya practicados, ni modo de suplir la falta de propuesta de prueba en su momento procesal oportuno, sino nueva prueba o sumaria instrucción motivadas por alteraciones sustanciales que se produzcan en los juicios en virtud de revelaciones o retractaciones inesperadas que hagan necesarios nuevos elementos de prueba, según se dice en la regla 6.ª del art. 746 de la L. E. Crim., y en el caso de autos todo lo ocurrido y manifestado durante el juicio oral es lo mismo de lo instruido en el sumario y esa prueba que ahora se pretende hacer en la sumaria información pudo proponerse en el escrito de conclusiones provisionales, pues todos esos elementos de prueba, no son nuevos, ya estaban en el sumario, todo ello unido a que no consta en acta la protesta subsiguiente por la no admisión de la información suplementaria a los efectos del párr. 3.º del art. 855 de la citada Ley Procesal Penal, conduce a la desestimación del único motivo del recurso, amparado en el núm. 1.º del art. 850 de esa misma Ley.

7. RECURSO DE CASACION. POR INFRACCIÓN DE LEY

ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

A 27 enero 1982 (RA 151)

En proceso seguido por delito de robo el T.S. declara no haber lugar a la admisión de varios motivos del recurso de casación interpuesto por el procesado.

CONSIDERANDOS: Que el motivo quinto de casación, también al amparo del núm. 2.º del art. 849 de la Ley procesal penal pretende la revisión de la apreciación probatoria del Tribunal

sentenciador invocando el error de hecho con base en la presunción de inocencia que establece el art. 242 Constitución, sin advertir que presunción opera procesalmente plazando la carga de la prueba partes acusadoras, y aquella re implicaría un nuevo e ilimitado men de las pruebas realizadas formando este recurso extraordinario en una segunda instancia en contra sus fines institucionales de controlar la aplicación de la ley penal, de modo que sólo excepcionalmente se conoce un nuevo «juicio» sobre los hechos fácticos del proceso cuando se y se señala en el recurso un documento «auténtico» y que muestre la vocación del juzgador y no este desvirtuado por otras pruebas; concretamente, está incurso este motivo de casación en el núm. 6.º del art. de la Ley de Enjuiciamiento.

Que existen preceptos de rango constitucional que pueden ser directamente aplicables sin desarrollo legislativo ulterior y de índole sustantiva pero el art. 242 de la Constitución, establece la presunción de inocencia del inculcado, tiene la trascendencia adjetiva o procesal que se ha indicado en el anterior considerando, y sólo puede ser invocado con éxito en el recurso casatorio en relación con los recursos de forma legalmente establecidos.—S. 7 mayo 1981— y por el cauce del art. 849-2.º cuando se señala documento «auténtico» que acredite el error de hecho, pero en los demás casos de infracción de ley —al que se refiere el motivo sexto del presente recurso de casación— debe ser aplicada la regla general, con tal carácter afirmada por la S. de 17 octubre 1980 y Auto de 10 noviembre del mismo año, que es que el precepto constitucional en caso de no traducirse en un precepto procesal sustantivo u otra norma jurídica con el mismo carácter que debe ser observado en la aplicación de la ley penal.

ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA. DOCUMENTOS AUTÉNTICOS.

1) A 11 enero 1982 (RA 94)

El T.S. inadmite el recurso de casación interpuesto por los procesados al amparo del núm. 2.º del art. 849 de la Ley de enjuiciamiento criminal donde se citan como documentos auténticos las declaraciones de testigos y procesados, una carta, páginas de un catálogo, pruebas periciales y acta del juicio oral, fotocopias del mandamiento de pago y de otro que se dice de compraventa.

CONSIDERANDOS: Que, conforme a reiterada doctrina de esta Sala, a efectos casacionales hay que entender por documentos auténticos aquellos que, por su origen, proceden de autoridad, funcionario o persona legalmente facultada para dar fe de sus actos dentro de los límites que marcan su competencia o delimitan sus funciones; por su forma, que reúnan aquellas solemnidades precisas para que, según las normas que regulan su actividad o función, plasman los actos a que se refieren con las garantías extrínsecas; por su contenido, que proclamen una realidad irrefutable e indiscutible; que tal contenido esté en oposición franca, abierta e irreconciliable, con la recogida como probada en una resolución judicial, de tal modo que no puedan subsistir ambas, en tanto en cuanto se destruyen entre sí y que por sus garantías ha de preponderar una de ellas; y, finalmente, que no estén desvirtuadas por otras pruebas que hayan tenido en cuenta los Tribunales de instancia —SS. de 24 octubre y 19 noviembre últimos y autos de 21 octubre 1971, 12 junio y 10 noviembre 1972, 12 abril 1973 y 18 marzo 1980.

Que, puntualizando a casos concretos esta doctrina general, tiene declarado la Sala que no son documentos auténticos las actuaciones judiciales

del sumario —SS. de 3 junio 1940 y 30 noviembre 1951 y autos de 13 marzo 1980 y 25 marzo y 27 mayo 1981—, las declaraciones de los procesados —autos de 15 marzo 1952, 25 marzo 1950 y 13 marzo 1980—, ni las manifestaciones de los procesados y testigos durante la tramitación de la causa —S. de 27 junio 1951 y autos de 1 febrero 1954, 13 marzo y 12 junio 1980—, ni los informes periciales (autos de 2 febrero 1980 y 24 abril 1981) ni las actas del juicio oral en tanto en cuanto hacen referencia a las declaraciones documentadas —SS. de 23 marzo y 11 junio 1979 y 14 marzo 1980 y autos de 2 febrero, 25 marzo y 19 octubre 1981.

Que, aparte de los condicionamientos ya dichos en cuanto al concepto negativo documental a efectos casacionales, hay que tener en cuenta, desde el punto de vista sustantivo-procesal, que las pruebas que pretenden introducirse en el proceso por la vía casacional del núm. 2.º del art. 849 no estén desvirtuadas por otras pruebas y que en su preparación casacional se haga constar en el escrito correspondiente el particular o particulares del documento auténtico que muestre el error de la resolución impugnada, conforme a las prevenciones del párr. 2.º del art. 855 de la L. Pro. Criminal.

2) S 8 febrero 1982 (RA 635)

El procesado por tenencia de útiles para el robo recurre en casación al amparo del núm. 2.º del art. 849 de la Ley de enjuiciamiento criminal al haberse desestimado la semieximente de enajenación mental, error de hecho que trata de demostrar con el testimonio de sendas sentencias de la Audiencia de Madrid y la dictada por un Consejo de Guerra, donde se le apreció la enajenación mental incompleta. El T.S. desestima el motivo del recurso por entender no cabe hacer extensión de las valoraciones personales sobre im-

putabilidad o capacidad penal a distintas conductas y consecuentemente a otro distinto proceso.

CONSIDERANDO: Que según tiene declarado esta Sala en S. de 20 diciembre 1974, las sentencias firmes de los Tribunales criminales, son documentos auténticos, no sólo en el aspecto externo o formal indicado, sino en cuanto respecta a la intrínseca verdad de su contenido, que gozan de la autoridad de cosa juzgada, indiscutible al margen del juicio de revisión; pero, sin embargo, esta regla general, aplicable a las conductas juzgadas y a su misma calificación jurídica y penalidad establecida, no alcanza a las valoraciones personales sobre imputabilidad o capacidad penal que merecieron las personas juzgadas, en un proceso penal concreto para extenderlo a otro distinto, porque si bien es cierto que el criterio valorativo del juzgador es inmutable en aquel proceso en que se produjo, también lo es que no puede perpetrarse o alargarse indefinidamente para juzgar ya todas las situaciones futuras, por ser una estimación a estos efectos contingente y variable, ya que se produce sobre técnicas psicométricas, más que objetivas, de estimación subjetiva, valoradas por peritos psiquiatras o de índole similar, no totalmente seguras, y siempre de caso concreto y revisables temporalmente, de acuerdo a las mutaciones personales del inculpado y a las estimaciones valorativas del Juez penal, siempre soberano para precisar axiomáticamente el alcance de la imputabilidad o inimputabilidad del sujeto, en su actuación delictiva, sin encontrarse vinculado de manera absoluta, por dichas anteriores valoraciones de otro Tribunal penal, que, no obstante, puede tener en cuenta o contradecir, según su soberano criterio, porque nunca una valoración, no totalmente segura, puede gozar del carácter de verdad incontrovertible, para toda una vida, en que el psiquiatrismo puede

incluso cambiar por la naturaleza de la falta primeramente apreciada.

ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA.

S 15 febrero 1982 (RA 660)

En proceso seguido por delito de apropiación indebida el T.S. desestima el recurso de casación interpuesto al amparo del núm. 2.º del art. 849 de la Ley procesal penal, en cuanto que el documento auténtico en que el recurrente pretende basar el error de hecho es una acta notarial de fecha posterior a la que en la sentencia se consideran producidos los hechos constitutivos del delito.

CONSIDERANDO: Que para la viabilidad del motivo segundo del art. 849 de la L. E. Crim., error de hecho en la apreciación de la prueba, con fundamento en la salvaguarda del principio de intangibilidad de la verdad en el enjuiciamiento y efectos correctores, según constante doctrina jurisprudencial —S.S.: 3 abril, 9 mayo y 31 octubre 1981 y otras muchísimas—, es preciso que se den los requisitos: 1.º la captación de la equivocación por parte del Órgano Judicial en la apreciación probatoria, de modo evidente, es decir sin existencia dubitativa, de haberse aceptado y expresado como supuesto fáctico lo realmente no acontecido; 2.º que el error o equivocación se derive de documento auténtico, desde el punto de vista externo —otorgamiento con las formalidades legales— e interno —contenido indubitado—; 3.º que la equivocación que da lugar al error no se encuentre desvirtuada por otros medios probatorios; y 4.º que además concorra, como condicionamiento de carácter formal, la designación de los particulares del documento que pongan de manifiesto el error alegado —párr. 2.º del art. 855 de la L. E. Crim.

ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA. EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE LA APRECIACIÓN EN CONCIENCIA.

S 1 marzo 1982 (RA 4101)

En proceso seguido por delito de estafa, del que fueron absueltos los procesados, recurre la acusación particular por falta de claridad en los hechos declarados probados en la sentencia, entendiéndose el T.S. que el recurrente sobrepasa el ámbito de aplicación del inciso primero del núm. 1.º del art. 851 de la L. E. Crim. al tratar de llenar los vacíos con referencia constante a documentos obrantes en el proceso o a folios del mismo, cayendo de lleno en el núm. 2.º del art. 849 de la Ley procesal penal.

CONSIDERANDO: Que, como excepción al principio de soberana apreciación de las pruebas que, a las Audiencias, concede el art. 741 de la L. E. Crim., y que no tiene más freno y límite que la propia conciencia de los juzgadores, el núm. 2 del art. 849 de la misma, concede un rango privilegiado y prevalente a los que denomina documentos auténticos, los cuales, emanando de ellos una especial fehcencia que logra que su contenido y su eficacia probatoria sean incontrovertibles, preponderan, se superponen y anulan cualquier conclusión fáctica obtenida por el Tribunal de instancia, poniendo de manifiesto un contenido de verdad que no pudo ni debió ser desatendido por la Audiencia de que se trate, la cual, al prescindir de ellos o al hacer caso omiso de su contenido, incide en el error de hecho que, el precepto analizado, corrige y subsana; debiéndose subrayar y recordar: 1.º que, gracias a la denominación literosuficiencia, el documento, por sí solo o con apoyo en otros también auténticos citados al efecto, debe evidenciar la incorrecta valoración de las pruebas practicadas; 2.º que, el documento presuntamente auténtico, debe obrar en autos; 3.º que, su contenido no

debe haber sido desvirtuado por otras pruebas de idéntico o semejante rango; y 4.º que, interpretado el precepto de modo relativamente extensivo, este Tribunal, subsume en el mismo no sólo los casos en los que el documento o documentos contradicen y desmienten, abierta y rotundamente, las declaraciones fácticas de la sentencia recurrida, sino también aquellos en los que, a través de dichos documentos, se acredita la insuficiencia del relato o la ausencia en el mismo de datos esenciales y fundamentales requeridos por los puntos o extremos que han sido objeto de controversia y debate.

8. RECURSO DE CASACION. POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA

POR DENEGACIÓN DE DILIGENCIA DE PRUEBA.

1) S 12 marzo 1982 (RA 1606)

En proceso seguido por delito de imprudencia, el T.S. al examinar el único motivo subsistente del recurso interpuesto por el procesado, que es desestimado, hace algunas consideraciones para la viabilidad de este motivo casacional, tratándose, como en este caso, de un procedimiento de urgencia.

CONSIDERANDO: Que el único motivo que queda por examinar del recurso interpuesto por la representación del procesado al amparo del número 1.º del art. 850 de la L. E. Crim. y por el que denuncia la infracción de forma derivada de la inadmisión de la prueba de inspección ocular y reconstrucción de hechos que, en uso de su derecho, propuso para su práctica, debe decaer, en este trámite, por no haber sido observadas, con rigor, las prescripciones establecidas por la ley para la adecuada proposición de las pruebas en procedimientos de urgencia como el presente, pues que

duda cabe que, rechazada la prueba a que el motivo se refiere por auto de 22 mayo 1980 —respecto del que el recurrente formuló la correspondiente protesta—, si a su interés le convenía su práctica debió, necesariamente, reproducirla al comienzo de las sesiones del juicio oral, como ordenan los artículos 799, párr. 2.º, y 800 de dicha ley; pedir la suspensión de éste, si se le rechazaba, como preceptúa el párr. 3.º del art. 801 en relación con el 746 del indicado ordenamiento procesal, y reiterar, seguidamente, y no al final del juicio, la protesta que a su tiempo formuló, ninguna de cuyas cosas hizo, dando lugar con ello al fracaso de su motivo y a la necesidad de confirmar la sentencia de instancia.

cia elevada al rango legal de constitucional en el art. 24 de la Constitución, a los efectos de coordinar los principios de defensa y eficacia que encierra todo procedimiento, y c) que se dé a conocer el contenido del medio probatorio que se deniega, para poder apreciar la pertinencia o impertinencia, y con ello analizar y concretar si existe o no la indefensión proscribida en nuestra legislación también constitucionalmente; y d) que se haga constar la correspondiente propuesta, como justificante del «petitum» de la subsanación del posible vicio o defecto procesal, y de la no aquiescencia al mismo —SS. de 17 enero, 13 febrero y 25 junio 1981, entre las más modernas.

2) S 23 marzo 1982 (RA 2010)

En proceso de urgencia por delito de robo con intimidación se recurre en casación al amparo de este motivo, siendo la prueba denegada la declaración de un testigo que había depuesto en el sumario que no compareció a declarar en el juicio, solicitándose por la defensa la suspensión de éste sin éxito, pero sin hacer constar el contenido del interrogatorio.

CONSIDERANDO: Que el motivo de casación invocado, de conformidad con el núm. 1.º del art. 850 de la L. E. Crim., tiene lugar cuando se ha denegado alguna diligencia de prueba, y reclama para su viabilidad: a) que la prueba denegada, en la admisión o en la práctica, haya sido propuesta en el momento procesal oportuno y con las formalidades que la ley establece, en cuanto que esta admisión y práctica constituyen un derecho procesal de las partes, cuyo ejercicio está sometido a la normativa del proceso; b) que la prueba propuesta sea pertinente, en el doble sentido de que tenga conexión material con el objeto del proceso y con el fin del mismo, pertinen-

POR FALTA DE CLARIDAD EN LA DECLARACIÓN DE HECHOS PROBADOS.

S 15 febrero 1982 (RA 660)

En proceso seguido por delito de apropiación indebida se interpone recurso de casación por este motivo, fundamentándolo en que los hechos probados no especifican «si los bienes muebles a que hacen alusión son 'stricto sensu' de los que dan lugar a un depósito personal o por el contrario si se trata de dinero, alhajas o efectos públicos», motivo que es desestimado por el T.S. por cuanto la omisión de los caracteres de los bienes muebles embargados no oscurece la narración fáctica de la sentencia.

CONSIDERANDO: Que de acuerdo con la doctrina reiterada de esta Sala —SS. de 23 enero, 26 octubre y 20 noviembre 1981, entre otras muchas—, para que tenga viabilidad el motivo de casación, productor de nulidad de la sentencia en defensa de las garantías de la normativa del proceso, por falta de claridad en la declaración de hechos probados —art. 851, núm. 1.º, inciso 1, de la L. E. Crim.—, es nece-

sario que concurren los requisitos siguientes: 1.º que dentro del contexto del resultando fáctico se deduzca la existencia de cierta incomprensión de lo querido manifestar, por el empleo de frases no inteligibles, por omisiones que lógicamente no debieran existir, por originar juicios dubitativos en el entendimiento de lo expuesto, por carencia absoluta de supuestos fácticos, o por la mera descripción del re-

sultado de los medios probatorios sin afirmación del Juzgador; 2.º que la incomprensión esté relacionada con los elementos que la calificación jurídica de los hechos, reclama para su precisión; y 3.º que esta falta de entendimiento o incomprensión origine un vacío o laguna, en la relación histórica de los hechos sometidos a enjuiciamiento, determinante de la incongruencia en el fallo.

PROCESAL LABORAL

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

SUMARIO:

1. Competencia. — 2. Partes. — 3. Actos previos. — 4. Contestación a la demanda: Excepciones. — 5. Prueba. — 6. Actividad probatoria: Diligencias para mejor proveer. — 7. Acta del juicio. — 8. Sentencia. — 9. Medios de impugnación: Disposiciones comunes a los recursos. — 10. Recurso de casación. — 11. Recurso de casación por infracción de ley. — 12. Proceso por despido. — 13. Proceso por despido de representante de los trabajadores. — 14. Proceso por extinción del contrato de trabajo por causas objetivas.

I. COMPETENCIA

SUMISIÓN EXPRESA A LA JURISDICCIÓN LABORAL

S 12 junio 1982 (RA 3993)

Es nula si esa jurisdicción no es la objetivamente competente.

CONSIDERANDOS: Que como advierte el Ministerio Fiscal, en su preceptivo dictamen, en la instancia se acogió la excepción de incompetencia de la Mag. Trab., para conocer de la demanda de despido que ante la misma se instó, por don Antonio R. M., y de ello es obligada consecuencia que haya de ser objeto de análisis previo y preferente, y sin sujeción naturalmente a la declaración fáctica probada contenida en la sentencia recurrida, dado que son valorables a estos conciertos y específicos efectos, la totalidad ed las pruebas

unidas a autos; y ello comporta además, el examen conjunto de los distintos motivos articulados en el recurso, para pronunciarse en definitiva si la acción ejercitada, es susceptible de ser acogida por los Tribunales del Orden Laboral, o por el contrario lo controvertido debe ser deferido, para ante los Tribunales de la Jurisdicción Ordinaria.

Que a los fines postulados es esencial: A) El examen de los documentos unidos a los folios 3.º, 4.º, 5.º, 6 al 11 inclusive, esto es, los contratos suscritos entre la entidad demandada y el actor, ya que el inicial fue objeto de periódicas renovaciones, a partir del contrato suscrito el 1 de abril 1976 ya que en su cláusula segunda, se pactó una duración de dos años a contar de la fecha antes indicada, dejando abierta la posibilidad de establecer a su vencimiento unas nuevas condiciones

económicas y si bien siéndole respetados al actor, los derechos adquiridos; B) Que con fecha 1 abril 1977 (es decir, antes de la expiración del término pactado en el contrato anterior) las partes convienen modificar el contrato inicial, el que es objeto de ratificación y ampliación, mejorando las condiciones económicas establecidas en el sentido siguiente: a) la remuneración mensual será de 70.000 ptas. mensuales, más dos pagas (julio y diciembre de igual cantidad cada una de ellas) exentas de impuestos y gravámenes; b) en concepto de incentivo se le reconoce el derecho a percibir el 1 % de los beneficios industriales de la explotación mensual del Hotel N., cuando dichos beneficios se produzcan; c) la empresa en caso de matrimonio del actor facilitará a los cónyuges alimentación y alojamiento sin pago de precio, es decir, gratuito, y d) en caso de rescisión de contrato por la empresa to de indemnización, percibiría la cuarta parte de los ingresos fijos obtenidos por el señor R. en los 12 meses inmediatamente anteriores al cese de la relación contractual.

Que el 1 abril 1978, las partes suscriben nuevo documento (folio 5) en el que se afirma: «que de acuerdo con la estipulación segunda del contrato inicial, así como la cláusula primera del anexo al mismo 1 abril 1977, las partes deciden prorrogar la validez de dichos documentos», para lo cual pactan y otorgan la prórroga de los contratos hasta el 31 marzo 1982 y la remuneración pactada se eleva a 77.000 pesetas mensuales más dos pagas extraordinarias de igual cantidad, libres de impuestos y gravámenes, preveyéndose al término del primer año la revisión de dicha remuneración y estableciéndose en cualquier caso un mínimo del 10 %, y en caso de rescisión del contrato a iniciativa de la empresa o el actor, éste percibiría una indemnización no menor al importe de las retribuciones fijas de un año, además, en la cláusula 4.ª de este último

documento se establecía: «en caso de rescisión por parte de la empresa, de este contrato, se recurrirá a la Mag. Trab. de Tenerife, de acuerdo con lo preceptuado en la legislación vigente»; que al actor le fue notificado su cese notarialmente el día 25 abril 1979 (f. 7 vuelto).

Que partiendo de los antecedentes fácticos a que se deja hecha referencia, ha de valorarse si la relación jurídica obligacional reiteradamente establecida, entre partes, está exceptuada y excluida de la competencia de los Tribunales de orden Laboral, en razón de lo establecido en el art. 1 de la L. Procesal de 17 agosto 1973 en relación con el art. 7 de la L. C. T.; del examen de los contratos establecidos entre el actor y de la empresa es incontrovertible que la categoría profesional del recurrente —y las funciones que ejerció y asumió durante la vigencia del inicial contrato, con las adiciones y modificaciones sucesivas y no novatorias— fueron las de Director del Hotel N., propiedad de la Sociedad Anónima «Hoteles B», y la declaración de incompetencia de jurisdicción aceptada y declarada por el juzgador de instancia, está adecuada y ajustada a lo dispuesto en el art. 3 de la Ordenanza Laboral de la Industria de Hostelería aprobada por Orden Ministerial de 28 febrero 1974, en cuanto en su art. 3 se dispone la exclusión del ámbito de aplicación de la jurisdicción Laboral a los Directores de Hoteles, como se sigue de lo aceptado por la doctrina de esta Sala, contenida en las SS. de 2 mayo y 15 junio 1977, en la de 25 septiembre 1978 y 12 abril 1980 y a esta exclusión no obsta, que en la cláusula cuarta del documento suscrito el 1 abril 1978 (folio 5.º), existiera una clara norma o pacto de sumisión a los Tribunales del Orden Laboral, es decir, a la Mag. Trab. de Santa Cruz de Tenerife, dado que la sumisión expresa —cual es la hipótesis contemplada, y pactada entre partes—, a determinado Tribunal, que es jurisdiccionalmen-

te incompetente carece de virtualidad y eficacia, como se sigue de la regla general contenida en el art. 53 num. 1 de la supletoria L. E. Civ., en cuanto la competencia de los Tribunales está condicionada a que el pleito o los actos del que derive le estén atribuidos por la Ley a la autoridad que ejerzan, y la prórroga de la jurisdicción (artículo 504 L. E. Civ.) está subordinada asimismo, a que la materia (u objeto del proceso) le esté atribuida, y al propio tiempo la norma específica de la L. Pro. Lab. (art. 1 del Texto Refundido de 17 agosto 1973) presupone la competencia de los órdenes jurisdiccionales, por la doble exigencia de la calidad de las personas y de la materia del asunto; consecuentemente al estar excluida por la norma de derecho positivo aplicable —que la relación jurídica pactada entre partes— no pueda identificarse con una relación jurídica de naturaleza laboral, la cláusula establecida en el contrato carece de virtualidad y eficacia y sobreviene nula, por afectar a normas generales de derecho laboral procesal, las que son irrenunciables en cualquier supuesto; lo razonado conduce a excluir la prevalencia de lo pactado entre partes, ya que es de intrínseca nulidad, pues de las cláusulas de sumisión a Tribunales manifiestamente incompetentes son nulas y por lo tanto carecen de eficacia vinculante para los Tribunales.

2. PARTE

BENEFICIO DE POBREZA: DEPÓSITO PARA RECURRIR.

S 22 junio 1982 (RA 4070)

Las Fundaciones Culturales Privadas litigan como pobres, luego están exentas de la constitución del depósito para recurrir.

CONSIDERANDO: Que en el escrito de impugnación, alega la trabajadora

demandante que el recurso deducido por la Fundación demandada debe ser declarado inadmisibles por no haber constituido la misma las consignaciones y depósito que previenen los artículos 170 y 181 de la L. Pro. Lab., a lo que no puede accederse en atención a lo dispuesto en el art. 14 de la misma Ley, ya que está acreditado en autos que dicha parte demandada tiene reconocida la condición de Fundación Cultural Privada conforme al Reglamento aprobado por D. de 21 julio 1972, en cuyo art. 47 se establece que las mismas litigarán siempre como pobres, lo que supone que están exentas, conforme al núm. 4 del art. 14 de la L. E. Civ., de aplicación al caso por remisión expresa del art. 12 del Procedimiento Laboral, de efectuar los depósitos necesarios para la interposición de cualquier recurso.

3. ACTOS PREVIOS

CONCILIACIÓN ANTE EL I.M.A.C.

S 14 septiembre 1982 (RA 5002)

La falta de constatación en autos del acto de conciliación ante el IMAC, da lugar a la nulidad de actuaciones si ello es observado en trámite de recurso.

CONSIDERANDO: Que en las presentes actuaciones, la Sentencia desestima la reclamación del actor por despido por entender de oficio caducada la acción, habiéndose producido una serie de irregularidades procesales que determinan la nulidad de lo actuado: el 16 mayo 1980 se presentan en el Decanato de la Magistratura de Navarra dos demandas por despido (número 2739 —la presente— y 2740) contra la empresa recurrida que en reparto corresponden a la Magistratura núm. 2 que las tramitó, sin resolución formal de acumulación que quedó posteriormente sin efecto, sin resolución expresa y sin que quedara testimonio en los

presentes del acta de conciliación ante el Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación que según el núm. 5 de los hechos de la demanda se acompañó a ésta y que presumiblemente consta en los autos relativos al otro actor, respecto al que se suspendió el juicio; tales infracciones en relación con los arts. 17 y 20 de la L. Procesal Laboral, respecto al tema de la confusa acumulación de autos que no permiten examinar si procedía o no al no existir constancia de la reclamación primeramente unida y luego separada relativa a distinto demandante, ni tampoco haber acuerdo de acumulación ni el posterior dejándola sin efecto al no aparecer en las presentes actuaciones el certificado del acta de conciliación ante el Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación —cuya reclamación a tenor del art. 59 del Estatuto de los Trabajadores vigente al acaecer el despido interrumpe la caducidad de la acción— han de llevar, forzosamente, dada la falta de datos esenciales para la resolución del pleito, al tratarse de tema de orden público procesal, conforme se plantea en el presente caso, a la nulidad de actuaciones que puede y debe ser declarada de oficio por la Sala —S. de 17 junio 1971 relativo a una improcedente acumulación de autos— reponiéndolas al momento de admisión a trámite de la demanda a fin de que por el Magistrado se cumpla con lo previsto en el art. 72 de la L. Procesal Laboral obtenido del demandante la presentación del acta de conciliación ante el Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación que afirma en la demanda haber presentado sin que conste en autos lo que por consiguiente hace innecesario el examen de las cuestiones planteadas en el recurso.

4. CONTESTACION A LA DEMANDA: EXCEPCIONES

LITISPENDENCIA.

S 4 junio 1982 (RA 3913)

El TS expone el tratamiento procesal en lo laboral de la excepción de litispendencia.

CONSIDERANDOS: Que los dos primeros motivos del recurso, en los que, al amparo de los núms. 1 y 2 del artículo 167 de la L. Pro. Lab., se alega interpretación errónea determinante de aplicación indebida de la doctrina establecida en orden a la excepción de litis pendencia por las SS. de 5 junio y 1.º diciembre 1952, en relación con las de 17 febrero 1950, 19 octubre 1954 y 30 abril 1960, en relación también con los arts. 533.5.ª de la L. E. Civ. y 1252 del C. Civ., e infracción del art. 359 de la L. E. Civ., deben ser acogidos favorablemente, porque el Magistrado de instancia, partiendo de la cita de las dos sentencias en primer lugar mencionadas, llega a la conclusión de que debe abstenerse de pronunciarse sobre el fondo del asunto por existir litis pendencia, cuando no existe base para ello, teniendo en cuenta: a) Tal situación procesal no fue alegada, ni por la empresa, que se allanó a la demanda, ni por el grupo de trabajadores codemandados, como se deduce del acta de juicio y se reconoce en la sentencia, pues no equivale a tal alegación la aportación por los mismos demandantes de la fotocopia de la sentencia de instancia recaída en el proceso que se estima pendiente, ni la petición de los demandantes de que para mejor proveer se traiga a estos autos de los documentos aportados en el otro, y no de su demanda o sentencia, lo que es indicativo de que tal prueba se solicita en relación con el fondo del asunto y no en apoyo de la referida excepción; b) La falta de alegación de la excepción por parte interesada impone al Magistrado la obligación de pronunciarse en cuanto al fondo del asunto, pues no puede apreclarse de oficio, como ponen de relieve las sentencias de esta Sala de 14 diciembre 1971 y 8 julio 1980, lo que es plenamente coherente con lo previsto en el art. 167.4 de la L. Pro.

Lab., en cuanto esta excepción de litis pendencia tiende a evitar resoluciones contradictorias, lo mismo que la de cosa juzgada, cuyos fundamentos doctrinales y normas reguladoras son aplicables a aquélla, salvo en lo concerniente a la firmeza de la sentencia precedente; c) No cabe apreciar en la parte demandante, en contra de lo que se apunta en la sentencia recurrida, el propósito de reproducir una misma cuestión ante distintas Magistraturas, con el objeto de que si en alguna de ellas el criterio era contrario, pudiera en cambio ser favorable en otras, por cuanto en la sentencia se parte de una identidad total de las pretensiones deducidas en tres diferentes demandas, que correspondieron a diferentes Magistraturas, y en las que dos han sido acumuladas en estos autos, no cabe apreciar tal identidad, aunque sean los mismos los demandantes y los demandados, porque éstos no lo son en la misma calidad, ni en la misma posición todos ellos, sino que el directamente afectado en una no lo es en la otra, y viceversa, los directamente afectados en la segunda no lo son en la primera, siquiera a causa de una repercusión indirecta, todos los demandados sean citados en las dos demandas, y la misma diferencia que existe entre estas dos reclamaciones, puede animarse de la otra demanda no acumulada, tramitada por la Magistratura núm. 10 en relación a la que se alega la litis pendencia, pues en ésta, el demandado principal es otro trabajador, que no figura con tal carácter en las que originan los presentes autos.

Que, como consecuencia de lo expuesto, al limitarse la sentencia recurrida a estimar la situación de litis pendencia, sin ninguna referencia a las cuestiones de fondo, procede, de conformidad con lo dictaminado por el M.º Fiscal, la estimación del recurso con declaración de nulidad de la sentencia recurrida y devolución de las actuaciones a la Magistratura de procedencia a fin de que, con plena libertad

de criterio, se dicte nueva resolución sobre el fondo.

5. PRUEBA

DOCUMENTAL EN IDIOMA EXTRANJERO.

S 30 junio 1982 (RA 4108)

Los documentos en idioma extranjero son irrelevantes procesalmente, en tanto no se cumplan los requisitos del art. 601 LEC.

CONSIDERANDO: Que por la vía del error de hecho, se censura en el tercer motivo del recurso del actor, el ap. 6.º del relato fáctico declarado probado, por la omisión que en el mismo ha incurrido el Magistrado «a quo», al silenciar que aquél ocupaba una vivienda por razón de su cargo de Director Gerente de la Sucursal del Banco demandado sita en Kingsbridge en Londres, la que formaba parte de su remuneración o salario, para lo cual cita como documentos evidenciadores de la equivocación denunciada, los aportados por la demandada unidos a los folios 51 y 52, los que son irrelevantes al fin expresado, al estar redactados en inglés, sin que se haya acompañado como exige el art. 601 de la L. E. Civ., traducción oficial o particular de los mismos, por lo que cualquiera que sea su contenido, carecen de valor y fuerza alguna para patentizar el error por omisión que se denuncia con la consecuencia de la repulsa del motivo de acuerdo también con el parecer del M.º Fiscal.

6. ACTIVIDAD PROBATORIA: DILIGENCIAS PARA MEJOR PROVEER

IRRECURRIBILIDAD.

S 13 septiembre 1982 (RA 4992)

Al ser facultad discrecional del Magistrado su utilización, no es posible

controlar su uso por medio del recurso de casación por quebrantamiento de forma.

CONSIDERANDO: Que dada la generalidad de la redacción del núm. 5 del art. 168, sólo procede recurso de casación frente a las resoluciones judiciales a que se refiere el párr. 1.º del art. 78 siendo evidente que las diligencias para mejor proveer del art. 88 no se encuentran entre las mismas, ya que la discrecionalidad del Magistrado, en acordar o no diligencias para mejor proveer y en dar o no intervención a las partes en la realización de las mismas, no puede, ni debe, ser controlada mediante el recurso por quebrantamiento de forma.

7. ACTA DEL JUICIO

FIRMA.

S 28 junio 1982 (RA 4103)

La falta de firma del acta del juicio produce la nulidad de actuaciones.

CONSIDERANDO: Que en el escrito formalizando el recurso de casación por quebrantamiento de forma el recurrente entiende que la Sala, de oficio, puede decretar la nulidad de actuaciones, por cuanto según el art. 79 ap. 5.º de la L. Pro. Lab. «el acta del juicio ha de ser firmada por el Juez, las partes, sus defensores, peritos, testigos y el Secretario y en el caso concreto al acto asistieron las partes con sus respectivos Letrados, dos testigos y un perito, por lo que contando además que han de firmar el acta el Magistrado y Secretario deban existir nueve firmas y no hay más que cuatro, concluyendo el juicio con la afirmación de que se extiende el acta leída «firman los comparecientes después de su SS.º doy fe»; si bien el acta frente a la que se dice por el recurrente no es esencial sea firmado por los testigos, sí que, a tenor del art. 79 ci-

tado, ha de serlo por las partes y sus defensores y peritos, y en caso de no proceder así ha de hacerse constar la razón de por qué no se firmó; tan graves defectos, que no han sido subsanados ni explicados en forma alguna, han de determinar la nulidad de actuaciones apreciable de oficio de acuerdo con lo dispuesto en el art. 79 de la L. Pro. Lab., debiéndose remitir las mismas a la Magistratura de origen, a fin de que se celebre nuevamente el juicio y se extienda correctamente el acta del mismo, y por el Magistrado se dicte Sentencia con total libertad de criterio, lo que hace inútil el examen del único motivo del recurso que amparado en el art. 168 de la L. Pro. Lab. articula el recurrente.

8. SENTENCIA

ACLARACIÓN.

S 25 septiembre 1982 (RA 5275)

Es nula si se varía sustancialmente el fallo.

CONSIDERANDO: Que el principio de inmutabilidad de las sentencias una vez firmadas por el Juez proclamado en el art. 363 de la L. E. Civ. y ratificado en el art. 188 de la L. Pro. Lab., como dice la sentencia de esta Sala de 3 marzo 1954, «no admite más corrección en ella que la aclaración de conceptos oscuros, la adición de algún pronunciamiento omitido sobre puntos litigiosos, la subsanación de errores de cuenta que se deduzcan de los datos aritméticos», pero no varían sustancialmente el pronunciamiento del fallo, que es lo acontecido en el caso de autos, ya que en la sentencia se dice «que estimando la pretensión de la demanda interpuesta por Jesús M. H., contra la empresa Matadero Frigorífico del C., S. A., debo declarar y declaro improcedente el despido producido y condenar a la empresa a que readmita al trabajador en las mismas

condiciones que regían antes de producirse aquél y a que le abone los salarios dejados de percibir desde que se produjo el despido hasta que la readmisión tenga lugar», y el Auto de fecha 15 noviembre 1979 resolviendo el recurso de aclaración interpuesto, dice: «que debía aclarar y aclaraba su sentencia, y así en el resultando de hechos probados, en el tercero de los mismos quedará redactado de la siguiente forma: «que las ausencias del actor en el período computado por la empresa superan el 30 % de las jornadas laborales». En el tercer Considerando, quedaría la redacción siguiente: que habiéndose acreditado por la demandada que las ausencias del trabajador en el período que se refería superan el 30 % de las jornadas laborales, procede por aplicación de lo dispuesto en el párr. d) del art. 39 del R. D.-ley de 4 marzo 1977, declarar el despido procedente. En cuanto al fallo, quedará redactado de la forma siguiente: «que desestimando la demanda interpuesta por Jesús M. H., frente a Matadero Frigorífico del C., S. A., debo declarar y declaro procedente el despido acordado por la empresa, y en su consecuencia, absuelvo a ésta de lo solicitado por el actor», pronunciamientos totalmente diferentes que vulneran el art. 363 de la L. S. Civ. y 188 de la L. Pro. Lab., por lo que el Auto, al sustituir a la sentencia en su parte fáctica y dispositiva, traspasó los límites legalmente previstos, lo que obliga a tenerle por nulo, determinando el mantenimiento en sus propios términos del fallo inicial contenido en la sentencia que inadecuadamente se trató de aclarar, devuélvanse las actuaciones a la Magistratura de Trabajo de procedencia a fin de que las partes puedan interponer los recursos que procedan, dentro del plazo de diez días contados a partir de la notificación de la presente, y se cumplan todas las formalidades legales.

9. MEDIOS DE IMPUGNACION: RECURSOS; DISPOSICIONES COMUNES

DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA LITIGIOSA.

S 5 junio 1982 (RA 3922)

La cuantía litigiosa, a los efectos de determinar el recurso extraordinario procedente contra la sentencia de la Magistratura, cuando ha existido resolución contractual mediante indemnización a instancia del trabajador, se computa como si se tratara de una reclamación por despido, siendo aplicable en consecuencia el art. 178-1.º LPL.

CONSIDERANDO: Que de lo dispuesto en el núm. 4.º del art. 166 de la L. Pro. Lab. se deduce que procederá el recurso de casación por infracción de ley contra las sentencias dictadas por las Magistraturas de Trabajo, cualquiera que sea la materia sobre que verse, en reclamaciones cuya cuantía exceda de un millón de pesetas, tope fijado por el R. D.-ley de 7 junio 1978 —que anteriormente estaba establecido en ochocientas mil pesetas por el R. D. de 16 julio 1976—, cuantía litigiosa que se determinará en las reclamaciones por despido —a las que son equiparables las de resolución contractual mediante indemnización a instancia del trabajador—, independientemente de la cantidad señalada en el fallo, por el sueldo o salario base que durante un año corresponda percibir a aquél, conforme dispone el art. 178-1.º del mismo texto procesal, y como en el supuesto contemplado el salario consignado tanto en la demanda como en el resultando de hechos probados de la sentencia recurrida es el de 46.430 pesetas mensuales que, aun multiplicado por 14 mensualidades en atención a las gratificaciones extraordinarias, arroja una cifra total de 650.020 ptas., es obvio que tal cantidad no excede de la señalada a efectos de recurso de casación, por lo que el recurso proce-

dente no era éste sino el de suplicación —como además reconoce expresamente la propia Magistratura sentenciadora en resolución anterior entre las mismas partes obrantes a los folios 36 y 37 de los autos—, debiendo declararse así en este trámite y devolverse los autos a la Magistratura de origen, a fin de que pueda entablarse el pertinente recurso de suplicación, conforme a lo dispuesto en el art. 179 de la propia Ley.

10. RECURSO DE CASACION

ARTICULACIÓN DE LOS MOTIVOS.

S 22 septiembre 1982 (RA 5055)

El TS explica, dada la naturaleza extraordinaria del recurso, cómo deben articularse el o los motivos en el escrito.

CONSIDERANDO: Que por su peculiar naturaleza de recurso extraordinario, la parte que formaliza recurso de casación y el Tribunal que ha de resolverlo se encuentran limitados en su actuación: quien recurre ha de contar con un motivo («cada uno de los puntos con fisonomía e individualidad propias en que se condensa la impugnación de la sentencia recurrida»); debe exponerlo con toda claridad, diferenciados, caso de ser varios, cuyo planteamiento ha de comprenderse necesariamente dentro de las justificaciones objetivas que la Ley enumera como rigurosamente tipificadas y en él debe precisarse el concepto, modo, manera o forma en que la infracción que se denuncia ha sido cometida; el Tribunal sólo puede examinar los temas que le sean planteados, ello es que el enjuiciamiento de la sentencia recurrida ha de quedar limitado a resolver si las impugnaciones de derecho y, en casos singulares, de hecho, han sido debidamente formalizadas como temas de casación y, caso afirmativo, si están, o no, justificadas.

DEPÓSITO.

S 11 junio 1982 (RA 3958)

La subsanación de la insuficiencia del depósito, realizada fuera de plazo, da lugar al desestimiento del recurso.

CONSIDERANDO: Que la sentencia dictada por la Mag. Trab. el día 21 enero 1980, puso fin al proceso ante ella seguido en reclamación de cantidad, condenando a la parte demandada al pago de 1.017.774 ptas.; frente a la cual dicha parte anunció su decisión de recurrir en escrito presentado el 11 febrero 1980, incorporado al folio 76 del procedimiento, por lo que, conforme a lo ordenado en el art. 170 de la L. Pro. Lab., debió depositar en el Banco de España la aludida cantidad de 1.017.774 ptas., más 203.554 ptas., importe del 20 % de aquélla, en total 1.221.328 ptas., en vez de 1.200.000 ptas. que depositó (folio 74), cantidad ésta inferior a la legalmente impuesta, y, por ello, insuficiente para la finalidad perseguida, sin que sea posible entender subsanado defecto formal tan acusado con la cantidad que se consignó cuatro días después, ya que en esa fecha había transcurrido el término correspondiente para la interposición del recurso; insuficiencia ésta, destacada por la parte recurrida y por el Ministerio Fiscal, que obliga a tener por desistido el recurso, a la vez que por firme la sentencia, dada la fecha en que aquélla se dictó, y de acuerdo con lo ordenado en los arts. 176 y 182 de la L. Pro. Lab., decretar la pérdida de los depósitos y consignaciones constituidos, a los que se dará el correspondiente destino legal, con imposición a la parte recurrente del pago de los honorarios del Letrado de la parte recurrida en los términos que previene el último de los preceptos citados.

Respecto del 20 por 100 hay que tener en cuenta las SS del Tribunal Constitucional de 25 de enero (BOE de 17 de febrero), y de 28 de febrero de 1983 (BOE de 23 marzo).

11. RECURSO DE CASACION POR INFRACCION DE LEY

DOCTRINA LEGAL.

S 10 septiembre 1982 (RA 4991)

No lo es la del TCT.

CONSIDERANDO: Que es reiterada afirmación de la Sala que las Sentencias del Tribunal Central de Trabajo no constituyen doctrina legal que pueda ser aducida para, en su infracción, fundamentar un recurso de casación, lo que lleva a desestimar el cuarto motivo.

ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS.

S 3 julio 1982 (RA 4543)

Requisitos para que prospere este submotivo.

CONSIDERANDO: Que como viene afirmando esta Sala en reiteradas y unánimes sentencias cuya cita por lo mismo no es preciso concretar ni especificar, el error de derecho consiste en desconocer el Magistrado «a quo», el valor probatorio que la Ley concede a un determinado medio de corroboración; es la vulneración de una norma demostrativa con eficacia vinculante para aquél, por lo que necesariamente tiene que fundarse en alguna de las que expresa y concretamente evalúa un concreto medio de justificación, por lo que, se incide en él, cuando el Juzgador de Instancia, no valora en la forma preestablecida por la Ley una determinada clase de prueba, de aquí que su formalización exija y requiera la cita concreta del precepto en que se señale la eficacia y valor del que se estima infringido y concepto en que lo fue.

12. PROCESO POR DESPIDO

REQUISITOS FORMALES: COMUNICACIÓN ESCRITA.

S 7 junio 1982 (RA 3931)

La comunicación escrita en el despto disciplinario cumple las finalidades procesales de facilitar la impugnación del mismo y de delimitar fácticamente la controversia judicial.

CONSIDERANDO: Que... si no se hubiese cumplido el requisito, el despido se declarará nulo, requisito éste que reúne una doble finalidad, de una parte, que el trabajador tenga conocimiento claro, inequívoco y suficiente de los hechos que se le imputan como motivando su demanda ante el Organismo vadores del despido, a fin de que pueda impugnarlos en su momento prejurisdiccional competente, facilitándole la defensa en juicio y la proposición y práctica de las pruebas que estime oportunas, en cumplimiento de las garantías necesarias en orden a la exigible situación de igualdad de las partes litigantes en el proceso, y de otra, la de delimitar fácticamente los términos de la controversia judicial ya que el demandado no puede alegar en el juicio hechos distintos de los recogidos en la carta de despido, consecuencia de todo lo cual es que en dicha carta deben figurar, no la calificación jurídica de los hechos, misión que corresponde al juzgador, sino los hechos mismos que motivan el despido, que no pueden ser sustituidos por la mera comunicación del precepto legal en que se encuadran, aunque la finalidad perseguida se entienda sustancialmente cumplida si se deducen aquéllos de manera inequívoca, si se utilizan expresiones que, aun sin un detalle pormenorizado del suceso, sirvan al trabajador a quien va destinado para que pueda comprender sin dudas racionales los hechos a que se refiere —SS. de 29 septiembre 1975, 21 mayo 1976 y 11 mayo 1977.

S 16 junio 1982 (RA 4016)

Requisitos y contenido de la comunicación.

CONSIDERANDOS: Que amparado en el núm. 1.º del art. 167 de la L. Pro. Lab., se formaliza el segundo motivo del recurso aduciéndose como fundamento del mismo, interpretación errónea del art. 34, ap. 1.º, del R. D.-ley 17/1977 de 4 marzo, de Relaciones de Trabajo, por entender el recurrente que la notificación escrita haciendo constar los hechos que motivan el despido y la fecha de sus efectos, no le fue notificada hasta el 1 agosto, cuando ya se había presentado la demanda y se había iniciado el proceso; esta argumentación, no puede sostener válidamente el motivo, porque, además de lo que ya ha quedado expresado al resolverse el anterior en relación con el momento de la notificación, es que, si el objetivo primordial de la exigencia de notificación que contiene el precepto cuya interpretación errónea se invoca, es proporcionar al trabajador el pleno conocimiento de los hechos que motivan la decisión empresarial, con la finalidad innegable de que no se le produzca indefensión por su desconocimiento y falta de tiempo para poder preparar sus medios de defensa y poder demostrarlos en juicio, en el caso de examen, no se ha producido esa situación, en cuanto, el mismo demandante, afirma rotundamente en su escrito de demanda que los motivos alegados por la empresa no son ciertos, patente e indiscutible realidad del conocimiento de esos motivos y de que no pudo producirse indefensión, dado que, desde el día 1 agosto en que recibe la «carta de despido», hasta el día 6 octubre posterior en que se celebró el acto del juicio para formular las alegaciones que tuviera por conveniente y proponer las pruebas que estimara pertinentes para desarticular la concurrencia de los motivos de despido que se le imputaron, tuvo tiempo suficiente y sobrado para preparar su de-

fensa, y por ello, no adujo en aquel momento el retraso de la carta ni instó la nulidad del despido por esta razón, toda vez que, no se le había producido la indefensión que trata de evitar el precepto con la exigencia de notificación que contiene, por ello, porque los dos meses y cinco días que median desde la recepción de la carta hasta la celebración del juicio excluyen la alegada indefensión, y porque se trata de una cuestión nueva desestimable en casación, de conformidad con el núm. 5 del art. 1729 de la supletoria L. E. Civ., no cabe la estimación de este segundo motivo.

Que con el mismo apoyo procesal que el anterior y con carácter subsidiario del mismo, se formula el tercer motivo del recurso invocándose igualmente interpretación errónea del mismo precepto, en relación con la jurisprudencia que cita, por entender el recurrente que, en la carta de despido, no se especifican con claridad y precisión sus motivos determinantes, olvidando que según doctrina sostenida por esta Sala, compendiada en S. 21 mayo 1976, en la que se resume la que ya se sostuvo en SS. 18 diciembre 1959, 7 octubre 1963, 23 noviembre 1964, 10 octubre 1966, 11 abril 1970, 6 febrero, 17 abril y 19 junio 1974 y 29 septiembre y 24 octubre 1975, que ha de entenderse que la «carta de despido» no es un requisito puramente formalista que, para tenerlo por cumplido, baste una vaga y abstracta cita que prive al trabajador del conocimiento de los hechos, causas o razones por las que se le despida, de tal modo que no se puede defender, ni tan rigurosamente realista que exija un detalle pormenorizado del suceso, siendo suficiente un escrito en el que se utilicen expresiones que el trabajador a quien va destinado pueda comprender los hechos a que se refiere y le son atribuidos como causa de terminación de su contrato por decisión unilateral de la empresa; como quiera que en el caso presente, la comunicación o «carta de

despido» contiene datos y referencias a repetidas faltas de puntualidad en los últimos tres meses, almorzar y beber en horas de trabajo en establecimientos públicos, malos tratos de palabra y obra a un socio empresario, que no podía ignorar el recurrente por haber intervenido directamente en su producción, tal y como consta en el relato histórico de la sentencia, no combatida por vía procesal adecuada, es visto, que no se puede alegar seriamente esa falta de claridad y precisión que se denuncia porque su contenido expresa sin eufemismos ni reticencias las causas del despido sin privar al trabajador de su conocimiento de tal modo que no se pudiera defender, por ello, no es dable estimar este tercer motivo del recurso al no haberse incidido por el Magistrado de instancia en la errónea interpretación que se invoca.

S 22 junio 1982 (RA 4062)

Los defectos de la comunicación escrita son subsanables si los trabajadores han tenido conocimiento de la causa del despido por otros cauces fácticos o jurídicos y, en caso contrario, por la empresa, antes de los actos de conciliación y juicio.

CONSIDERANDO: Que amparado en el núm. 1.º del art. 167 de la L. Pro. Lab. se formaliza el primero de los motivos de casación en el que se denuncia interpretación errónea del artículo 102 de la L. Pro. Lab., en relación con el art. 97.1 del mismo Cuerpo legal, aduciendo que las cartas comunicando el despido a los hoy recurrentes no reúnen los requisitos mínimos necesarios que exige el art. 97.1 de la L. Pro. Lab., ya que citan como causa motivadora del despido el fraude, la deslealtad y el abuso de confianza y no se hace en absoluto referencia a supuestos actos constitutivos de la falta o faltas que se imputen, tal como exige el referido precepto, y asimismo

que al formularse la demanda el día 3 abril 1979 no se había puesto en correos la carta de despido, siéndolo el día 4, no llegando a poder de los trabajadores hasta el día siguiente, 5, y por ello, como al presentarse la demanda en Magistratura, no se había comunicado el despido, con arreglo al citado art. 97.1, el petitum del suplico de la demanda era el correcto, de nulidad del despido, motivo que, de conformidad con el razonado informe del Ministerio Fiscal, no puede prosperar porque aun cuando es cierto que las cartas comunicando a los actores su despido se limitan a decir: «Le comunicamos que, con fecha 31 marzo 1979, queda usted despedido de esta empresa por haber cometido las siguientes faltas: Fraude, deslealtad y abuso de confianza en las obligaciones esenciales del contrato de trabajo», como la finalidad perseguida por el art. 34.1 del R. era el precepto de aplicación, y no el 97.1 del Texto Procesal Laboral 17 agosto 1973, que erróneamente se cita en la sentencia, si bien ambos preceptos están redactados en idéntica forma, al exigir al empresario en la comunicación por escrito al trabajador acordando su despido que consta en los hechos que lo motivan y su fecha, es evitar la indefensión del trabajador cuando haya de litigar en defensa de sus derechos, no se puede olvidar ni desconocer que los demandantes fueron detenidos por la Policía durante la noche del 29 al 30 marzo, instruyéndose atestado que fue remitido junto con los detenidos a disposición del Juez de Instrucción competente, que inició diligencias penales por estafa, circunstancia que permitió a los detenidos conocer los hechos o motivos de su detención, y por ello cuando recibieron las comunicaciones escritas de sus despidos, redactadas en aquella escueta formalidad, no opusieron en el acto de juicio la alegación que ahora formulan en el motivo, lo que pone de manifiesto que aquella inconcreción de los hechos motivadores del despido de que adolecen las comuni-

caciones, no produjeron la indefensión de los trabajadores, ya que ampliamente propusieron la prueba pertinente para probar no ser ciertos los hechos por los que fueron detenidos, de que debe estimarse cumplida por la demandada los requisitos que exige el art. 34.1 del R. D.-Ley citado; en cuanto a la otra alegación hecha en el motivo referido a que por haber sido comunicado el despido con posterioridad a la presentación de la demanda en cuyo suplico se solicitaba la declaración de la nulidad de los despidos, es esta declaración la que debió admitirse en la sentencia, en vez de la de procedencia de aquéllos, tampoco puede prosperar pues aun cuando es cierto que en la tarde del día 1 abril 1979 se presentaron los demandantes en el Casino, en donde no fueron admitidos y se les dijo que habían sido despedidos —hecho probado segundo—, y que lo fueron el día 31 marzo mediante carta de fecha 30, notificada el día 4 abril —hecho probado tercero— y que la demanda impugnatoria del despido fue presentada en la Mag. Trab. el día 4 abril, y admitida a trámite por providencia del mismo día, no lo es menos que a la demandada no le fue notificada esa providencia, en la que se acordó la celebración de los actos de conciliación y juicio para el día 3 mayo, hasta el 25 abril —folio 9— por lo que es evidente que esa comunicación por escrito de la fecha del despido no lleva consigo la nulidad del despido al haber subsanado la empresa la omisión del requisito formal del despido verbal, el mismo día de la presentación de la demanda, y aunque se estime, como pretenden los recurrentes, que lo fue al día siguiente, siempre lo estaría antes de la citación de la empresa para los actos de conciliación y juicio, hasta cuyo momento era posible válidamente subsanar aquella omisión del despido verbal, si bien ese retraso en la notificación escrita de los despedidos pueda originar el derecho al percibo de los salarios desde la fecha del despido verbal hasta la del recibo del escrito comunicándosele.

OPOSICIÓN A LA DEMANDA POR DESPIDO.

S 7 junio 1982 (RA 3931)

Los hechos en que basa su oposición el empresario a la demanda por despido no pueden ser distintos a los que constan en la comunicación escrita.

CONSIDERANDO: Que el despido disciplinario es un acto eminentemente formal en nuestro derecho, revestido de unos requisitos «al solemnitatem», cuales son la exigencia de la comunicación por escrito al trabajador haciendo constar los hechos que lo motivan y la fecha de sus efectos, exigencia establecida por el art. 34.1 del R. D.-Ley de relaciones de trabajo de 4 de marzo 1977, cuyo precedente es el art. 97 de la L. Pro. Lab. de 17 agosto 1973 en la redacción dada por el R. D. de 16 julio 1976, y que posteriormente fue recogida en el art. 55-1 del Estatuto de los Trabajadores de 10 marzo 1980, al que se remiten los arts. 100 y 102 del Texto Procesal Laboral vigente de 13 junio 1980, para prevenir que sólo se admitirán como motivos de oposición a la demanda para justificar el despido los relativos a los hechos imputados en la comunicación escrita.

13. PROCESO POR DESPIDO DE REPRESENTANTE DE LOS TRABAJADORES

EXPEDIENTE CONTRADICTORIO.

S 30 septiembre 1982 (RA 5320)

Requisitos mínimos exigibles para que no se produzca la nulidad del despido.

CONSIDERANDO: Que en el primer motivo del recurso aduce el recurrente interpretación errónea por parte de la sentencia de instancia del art. 68 a) del E. T. de 10 marzo 1980 en relación con el 111 de la L. Pro. Lab. de 13 junio 1980, debe estimarse el motivo

según opina el Ministerio Fiscal en su informe preceptivo; el citado artículo del E. T. establece que los miembros del comité de empresa —condición que ostentaba el actor— tendrán las garantías de la «apertura de expediente contradictorio en el supuesto de sanciones por faltas graves o muy graves en el que serán oídos, aparte del interesado, el comité de empresa o restantes delegados de personal»; ello supone que ha de existir un verdadero expediente regulado como tal en cuanto a sus trámites en norma reglamentaria o en Convenio Colectivo —que no existen en el supuesto— y en el concreto caso de autos si bien es cierto que se incoó expediente con nombramiento de instructor y secretario y que sus diligencias —declaraciones de tres testigos y del expedientado en las que no figuran las firmas de aquéllos— terminaron comunicándole el despido al actor, también lo es que en tal expediente, cuya tramitación califica el Magistrado «a quo» de «muy escueta», no se cumplen los mínimos requisitos para que pueda calificarse como contradictorios, según señala el art. 68 del Estatuto con audiencia del interesado, art. 111 de la L. Pro. Lab., lo que entraña no sólo que se reciba su declaración sino, como afirma la S. de 23 octubre 1972, de la Sala —con referencia al D. de 23 julio 1971 de garantías sindicales— han de comunicarse a éste los hechos en los que los cargos se fundan, a fin de que conozca los mismos y pueda contradecirlos formulando descargos y proponiendo prueba al respecto; en definitiva ha de existir «expediente contradictorio», lo que supone que debe hacerse saber a quien se pretende sancionar con claridad, los hechos y faltas que se le imputan dándole audiencia y otorgando la posibilidad de desvirtuarles en el mismo expediente, sin que el dato de poder defenderse «a posteriori» en el proceso laboral a que se refiere el recurrente, excuse de la necesidad de que en aquél haya de existir una serie de garantías mínimas para el intere-

sado que no se cumple con sólo haberse recibido declaración y entregarle carta de despido que pone fin al expediente, por ello procede estimar el motivo, lo que a tenor del art. 111 de la L. Pro. Lab. de 13 junio 1980 lleva a la declaración de la nulidad del despido con las consecuencias de readmisión y abono de los salarios devengados desde el despido hasta que la readmisión se produzca a tenor del art. 111 en relación con el 103 de la L. Pro. Lab.

14. PROCESO POR EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR CAUSAS OBJETIVAS

REQUISITOS FORMALS: INDEMNIZACIÓN.

S 11 junio 1982 (RA 3960)

La no puesta a disposición del trabajador despedido por causas objetivas de la indemnización, convierte en nulo al despido.

CONSIDERANDO: Que la extinción de la relación laboral por la causa prevista en el ap. c) del art. 39 del R. D. L. de 4 marzo 1977, sobre Relaciones de Trabajo, vigente cuando los hechos enjuiciados se produjeron, por necesitar la empresa recurrida amortizar individualmente un puesto de trabajo, requiere la inexcusable observancia para su viabilidad, del cumplimiento de los requisitos enumerados en el art. 40 de aquél, entre otros, el de poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita notificadora del despido, causa del mismo y fecha de sus efectos, la indemnización establecida en el art. 44 de dicho R. D. L., o sea, de una semana del salario por cada año de servicio o fracción de año, ya que en el supuesto de hecho de no verificar con unidad de acto, en el mismo espacio de tiempo, al unísono, la notificación de la extinción de la

relación laboral y el abono de la indemnización, puesto que a ello equivale el ponerle a disposición del trabajador, prevista y tasada en el art. 44, párr. 1.º del citado R. D. L., determina por disponerlo así el párr. 2.º del ar-

tículo 43 del mismo, que tenga que declararse, incluso de oficio, nulo el despido llevado a efecto con olvido e inobservancia de uno de los presupuestos de hecho exigidos por la Ley para su efectividad.

JURISPRUDENCIA

PROCESAL ADMINISTRATIVA

JULIO GARCÍA CASAS
 Profesor Titular de Derecho Procesal
 Universidad de Sevilla

SUMARIO:

1. Protección jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la persona. 1.0. Procedimiento especial (Ley de 26 de diciembre de 1978). — 2. Naturaleza, extensión y límites de la jurisdicción contencioso-administrativa. 2.0. Naturaleza revisora. — 3. Las partes. 3.0. Capacidad procesal. 3.1. Legitimación (continuará).

1. PROTECCION JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA

1.0. Procedimiento especial (Ley de 26 de diciembre de 1978)

DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS. RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LA POLICÍA GUBERNATIVA. INADMISIBILIDAD DEL RECURSO: LA SUSPENSIÓN PREVENTIVA DE EMPLEO Y SUELDO NO AFECTA A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL CIUDADANO.

§ 8 julio 1981 (Sala 4.ª) (RA 3238)

Dictada resolución de la Dirección General de la Seguridad del Estado, ordenando la incoación de expediente disciplinario y suspensión preventiva de empleo y sueldo de ciertos funcionarios del Cuerpo Superior de Policía, y recurrida en la vía contenciosa, la Sala de la Audiencia Nacional dicta

sentencia declarando la inadmisibilidad del recurso interpuesto. Apelada la sentencia, el TS la confirma, aceptando sus considerandos, desestimando en consecuencia la apelación interpuesta.

CONSIDERANDOS: Que tanto en el escrito de demanda como en el que prepara la presente apelación se parte de un error sustancial, cual es el de calificar de sanciones lo que no son más que medidas provisionales tendentes a asegurar la eficacia de la resolución que en su día pudiera recaer en el expediente disciplinario que se incoó a los actores y dictados al amparo del art. 228 en relación con el art. 143, ambos del Reglamento Orgánico de la Policía Gubernativa de 17 julio 1975 —que en este punto reproduce los arts. 47, 48 y 49 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, texto articulado de 7 febrero 1964, y el artículo 38 del Regl. de Régimen Disci-

plinario de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado de 16 agosto 1969—, preceptos que facultan al Director General de Seguridad para acordar la suspensión provisional durante la tramitación del procedimiento disciplinario que se instruya a un funcionario policial, suspensión que no puede durar más de seis meses y que comprende, según el párr. 1.º del citado art. 143, la privación temporal del ejercicio de sus funciones y de los derechos y prerrogativas anejos a su condición de funcionario y que lleva, igualmente, consigo, la recogida de los distintivos del cargo y el arma reglamentaria, y, aunque no lo diga expresamente, la privación de entrada en las dependencias policiales en calidad de funcionario puesto que tiene suspendido el ejercicio de sus funciones, aunque, desde luego, no en su condición de ciudadano; y este error de planteamiento lleva a entender como acto recurrible lo que no es más que una medida cautelar adoptada en el procedimiento disciplinario, que al no reunir los requisitos del art. 37 de la Ley de esta Jurisdicción no puede ser objeto de un recurso contencioso-administrativo ordinario, ni tampoco del especial y sumario regulado en la L. de 26 diciembre 1978; como tampoco puede serlo el acto inicial que acuerda la incoación del expediente por ser el más genuino ejemplo de acto de trámite que no decide directa o indirectamente el fondo del asunto, consideraciones éstas que abonan la inadmisibilidad pronunciada por la sentencia apelada.

Que aun cuando hipotéticamente se entendiese que la suspensión de empleo y sueldo acordada como medida provisional tenía sustantividad propia para considerarla como acto definitivo, o de trámite recurrible, tampoco podría prosperar la pretensión actora y ello, porque, sin perjuicio de que en el expediente sancionador, o, posteriormente, en vía de control jurisdiccional, quedarán desvirtuados los he-

chos que motivaron la incoación del procedimiento, es lo cierto que, en principio, y según las referencias recogidas en los medios de difusión, existían indicios suficientes para entender que las manifestaciones realizadas por los demandantes podían constituir una falta grave o muy grave y, por tanto, también en principio, se daban las condiciones necesarias para que el órgano competente adoptase las medidas provisionales indicadas, sin que existan en las actuaciones elemento de convicción alguno, aparte de las manifestaciones de los recurrentes, que permitan afirmar que la Administración utilizó las potestades que le conceden los preceptos anteriormente citados —y comunes para todos los funcionarios públicos— para fines distintos de los simplemente aseguradores de las resultas del expediente, ni mucho menos que tal suspensión, que afectaba única y exclusivamente a sus derechos funcionariales supusiera restricción alguna de sus derechos fundamentales de libre expresión, asociación o reunión, derechos que le quedaban incólumes en cuanto a ellos no se extendía; ni podía extenderse, la suspensión; siendo, igualmente, rechazable la alegada infracción del art. 223 del Regl. Orgánico de la Policía Gubernativa, pues si bien es cierto que dicho precepto, lo mismo que el art. 32 del Regl. de Régimen Disciplinario de los funcionarios de la Administración Civil, con la finalidad de evitar la incoación de expedientes disciplinarios por el simple rumor o la vaga sospecha de la comisión de un hecho sancionable, faculta al órgano competente para que pueda acordar la instrucción de una información reservada, no es menos cierto que ni está obligado a ello, ni siquiera debe instruirlo cuando, desde el principio, existan indicios racionales manifiestos de la comisión de una infracción, pues en tal supuesto la información reservada sólo constituiría una dilación innecesaria e inútil.

DOCTRINA GENERAL SOBRE LOS DERECHOS DE REUNIÓN Y MANIFESTACIÓN. PROHIBICIÓN CUANDO EXISTEN RAZONES FUNDADAS DE ALTERACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO. IMPUGNACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE MANIFESTACIÓN. RECHAZO ABSOLUTO DE LAS RAZONES DE INADMISIBILIDAD.

S 9 julio 1981 (Sala 4.ª) (RA 3462)

Solicitada por la Unión Sindical de Policías al Gobernador Civil autorización para celebrar una manifestación pública para la reivindicación de sus plenos derechos sindicales y la unificación de los Cuerpos Policiales (especificando los slogans a utilizar), el Gobernador denegó la autorización solicitada. Interpuesto recurso contencioso-administrativo, la Sala de la Audiencia declara que, no habiendo lugar a ninguna de las causas de inadmisibilidad alegadas por el Abogado del Estado, estima el recurso interpuesto, condenando a la Administración a estar y pasar por esta sentencia, y con «expresa condena en costas de la misma» por ser preceptivas. Promovido recurso de apelación, el TS acepta totalmente la sentencia apelada, la confirma y desestima absolutamente el recurso de apelación interpuesto.

CONSIDERANDO: Que, a modo de premisa, debe dejarse sentado, dado su carácter cogente y de orden público, que, habiendo seguido la Sala el trámite indicado, como regla general, en el art. 8 de la Ley 62/1978, en vez del señalado, con un alcance más sumario y concentrado, en el art. 7, número 6.º, del mismo texto, por entender que, aun tratándose de una materia relacionada con el derecho de reunión y manifestación, el hecho de formalizar el recurso contencioso-administrativo después del día fijado para la manifestación excluye la exigencia del trámite de urgencia, no se ha incidido, en modo alguno, en causa de nulidad procesal, porque, a pesar de que la Sala 4.ª del T. S., en auto denegatorio de recurso de apelación en un su-

puesto igual al presente, dictado con fecha 10 octubre 1980, establece que el procedimiento que debía haberse observado es, cualquiera sea la fecha de la reunión, el del art. 7, núm. 6.º, antes citado, añade que «la evidente desviación procesal en que incurrió la Sala de 1.ª instancia no supone un motivo de nulidad de actuaciones..., dado que ello no ha producido a la interesada indefensión alguna, por cuanto con el trámite del art. 8 se le han dado más garantías y mayores posibilidades de defensa».

Considerandos del Tribunal Supremo:

Que frente a la sentencia de primera instancia, que anula un acuerdo gubernativo prohibitivo de una manifestación pública organizada y promovida por la Unión Sindical de Policías, la Abogada del Estado incide en el error, fácilmente comprensible por el exceso de trabajo que pesa sobre ella, de fundar su pretensión revocatoria de la citada Sentencia en alegaciones referidas a actos sancionados por la Ley de 30 julio 1959 que no tienen relación alguna con el tema litigioso debatido en este proceso y si bien ese error produce la consecuencia de no aportarse a esta Sala el conocimiento de cuáles son los extremos constitutivos de la discrepancia con la sentencia recurrida, ello no constituye causa suficiente para acordar sin más una decisión confirmatoria de la misma, pues la ausencia de alegaciones que impugnen de manera congruente la sentencia no dispensa al Tribunal que entiende en una apelación debidamente interpuesta de dar satisfacción a su efecto devolutivo y en su consecuencia de proceder a la revisión de los resultados de la primera instancia, examinando la legalidad de la sentencia apelada y en esta función debe consignarse que la dictada en este proceso por la Sala «a quo» contiene una tan exhaustiva, impecable y certera argumentación jurídica que sólo cabe, en evitación de

inútiles reiteraciones, aceptarla íntegramente y confirmarla por sus propios fundamentos.

Que no existen motivos de mala fe o temeridad litigiosas que justifiquen una especial imposición de costas de acuerdo con lo dispuesto en el art. 131 de la Ley de esta Jurisdicción, sin que a ello se oponga lo establecido en el art. 10.3 de la Ley de 26 diciembre 1978 sobre Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, el cual hay que entender referido exclusivamente a la primera instancia.

Importante.—Sin perjuicio de analizar la espléndida argumentación jurídica sobre las causas procesales de inadmisibilidad de este recurso, debe estudiarse la forma «exhaustiva, impecable y certera argumentación jurídica sobre el fondo» (con palabras del propio TS) que figura en el resto de los Considerandos de la sentencia recurrida.

DENEGACIÓN DE AUTORIZACIÓN PARA CADENA PRIVADA DE TELEVISIÓN. IMPROCEDENCIA DEL PROCEDIMIENTO ESPECIAL.

S 22 julio 1981 (Sala 3.ª) (RA 3751)

Se trata de la confirmación por el TS del Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que declaró no haber lugar a proseguir el proceso por la tramitación especial de la Ley de 26 de diciembre de 1978.

Consideración del Auto apelado:

Que el contenido del acto desestimatorio presunto que se impugna, consiste en una denegación de la solicitada autorización para gestionar y explotar una cadena privada de televisión, acto que, en consecuencia, aunque afecta de modo reflejo al derecho de expresar y difundir libremente por ese medio los pensamientos, ideas y opiniones, no lo hace directa e inmediatamente sobre

éstos sino primordialmente sobre el derecho de libre empresa en relación con los medios de comunicación, que han de ser su vehículo, procede entenderse que requiera de la protección urgente y sumaria para la cual está conferida el procedimiento especial de los arts. 6 y sgts. de la Ley 62/1978, de 26 diciembre, cuyo art. 1.º-1-a) delimita su ámbito de aplicación, señala el «ejercicio de los derechos» a que se refiere como objeto de su especial protección.

Que, no procede, por tanto, seguir la tramitación especial de la Ley citada, sino la ordinaria, para la impugnación de los actos referidos, mas como quiera que la configuración del acto administrativo objeto del recurso podría, en este mero trámite carecer de algún requisito esencial como consecuencia de la aplicación de los arts. 8-1 y en su caso 7-1 de la citada Ley 62/78, procede otorgar la posibilidad de subsanar su falta, como dispone el 129-2 de la de la Jurisdicción.

Considerando del Tribunal Supremo:

Que los anteriores fundamentos que la Sala de 1.ª Instancia tuvo en cuenta para dictar el Auto que ahora se impugna no han sido desvirtuados por las alegaciones que la parte recurrente formula en su escrito de apelación; por lo que procede desestimar la misma y confirmar la resolución impugnada, sin costas.

AMBITO DEL PROCESO ESPECIAL. IGUALDAD DE DERECHOS ANTE LA LEY: DISCRIMINACIÓN EN UN CASO DE NOMBRAMIENTO DE TRIBUNAL PARA LECTURA DE TESIS DOCTORAL.

S 15 septiembre 1981 (Sala 3.ª) (RA 3276)

El interesado, pretendiente a la co-lación del grado de Doctor en la Uni-

versidad, recurre el acuerdo presunto del Rectorado, después confirmado expresamente, por el que no se aceptó el nombramiento del Tribunal para la Memoria de Doctorado, invocando la vulneración del principio de igualdad consagrado en el art. 14 de la Constitución. La Sala de la Audiencia Territorial estimó el recurso interpuesto. Y el TS, al desestimar la apelación interpuesta por la Abogacía del Estado, confirma la sentencia recurrida, y ordena que se proceda a nombrar sin dilación el Tribunal que debe juzgar la Tesis Doctoral del recurrente.

CONSIDERANDOS: Que alegada por el Abogado del Estado nuevamente en el recurso de apelación, la inadmisibilidad del mismo por inexistencia de acto administrativo que fuera recurrible, bueno será recordar cómo en la sentencia apelada la Sala de instancia distingue acertada y corerctamente los actos expresos, tácitos y presuntos y que frente al acto administrativo expreso en donde la Administración resuelve directa y frontalmente la cuestión propuesta, y los presuntos que constituyen una ficción legal —silencio administrativo— establecida en favor de los administrados, la última de las resoluciones citadas vienen a estimar o desestimar tácitamente la cuestión debatida de una forma indirecta, es decir, a través de actuaciones que sin resolución expresa, muestran con evidencia el rechazo o admisión de la cuestión sometida a conocimiento del órgano administrativo que debe resolver; o cuando de la manera de actuar de la administración cabe fundadamente presumir un criterio que está ya generando efectos jurídicos y que conduce a la realidad de una voluntad administrativa creadora de una situación jurídica subjetiva; y es evidente que, frente a la creación de los actos presuntos y sus exigencias a través de lo dispuesto en el art. 94 de la L. Pro. Adm. a que se refiere reiteradamente el Abogado del Estado para deducir de un posible silencio, las negativas

consecuencias pretendidas, se alza el quehacer de la Administración por parte del Rectorado de la Universidad de Zaragoza expresivo de una voluntad reiterativa que se conduce y dirige porque así lo exige la norma sustantiva a la propia Administración en estamento inferior, cual es, la Facultad de Ciencias, y en la que no tiene en esta fase intervención directa el recurrente, si bien palpita en las actuaciones administrativas que se desarrollan y se desenvuelven en un marcado interés legítimo; conducta que como ha de darse en el devenir de esta resolución, conduce al acto expreso de 22 junio 1981 que habrá de ser razonado a los oportunos efectos; por todo lo cual ratificando el criterio de la sentencia apelada habrá de ser rechazada la supuesta causa de inadmisibilidad del recurso en el que se entra a conocer.

Que configurado el proceso concedido en la Ley de 26 diciembre 1978, como se afirma en la sentencia apelada, como excepcional, sumario y urgente, limitado a comprobar si un concreto acto de la Administración afecta o no a uno de los derechos fundamentales de la persona, es de tener en cuenta que como tiene declarado esta Sala en S. de 21 abril 1980, la promulgación y vigencia de la Ley Orgánica 2/1979 de 3 octubre del Tribunal Constitucional, vino a suponer una alteración en este punto ya delimitado referente a las posibilidades de orden procesal para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, desde el momento que en tal Ley —que posee la condición de orgánica— no es que se contenga precepto o disposición limitativa en cuanto a cuáles sean los derechos o libertades protegibles, sino que, de modo expreso en su disp. transit. 2.ª-2, se establece que persistiendo —siquiera provisionalmente— como vía judicial previa al recurso constitucional de amparo, la configurada en la Ley de 26 diciembre 1978 a los efectos de la ade-

cuada protección jurisdiccional, el ámbito de la misma se entiende extendido a todos los derechos y libertades a que se refiere el art. 53.2 de la Constitución, de acuerdo con el cual cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y la Sección Primera del capítulo 2.º ante los Tribunales Ordinarios con un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional; doctrina que corrobora la procedencia y corrección del procedimiento seguido para conocer el presente recurso.

Que argumentada por el actor la violación de los derechos fundamentales contenidos en los arts. 14, 20 y 27 de la Constitución y limitada en la Sentencia la supuesta contravención en lo que al primero de los artículos se refiere comprensivo de un riguroso principio de «igualdad» sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o por cualquier otra condición o circunstancia personal o social, la negativa del Rectorado de la Universidad de Zaragoza, al nombramiento del Tribunal que hubiere de juzgar la tesis del recurrente, ha significado plenamente una ostensible discriminación con relación a otros doctorandos que son bien conocidos en autos como son bien conocidas las infracciones en el trámite de presentación de la tesis doctoral y que culminan en el acuerdo rectoral antes citado de 22 junio 1981 en cuyo ap. 3.º se hace constar expresamente. «No aceptar la propuesta del Tribunal para la memoria de doctorado de don Luis E. A., habida cuenta de la existencia de defectos formales e irregularidades en la tramitación del procedimiento administrativo seguido para la lectura y defensa de la memoria de Doctorado del mencionado señor A., hasta tanto sean subsanados tales defectos de forma».

Que el acto administrativo que ha quedado transcrito denota una clara infracción de las normas contenidas en el D. de 25 junio 1954, comprensivo de las disposiciones administrativas pertinentes para la posible obtención del grado de Doctor, y es elemental distinguir dos fases perfectamente diferenciadas, una, la que ha de ser seguida hasta que, por la Junta de la Facultad se acuerde o no la admisión de la tesis a cuyo trámite llegará el Decano, oído el Director de la misma, y otra, el nombramiento del Tribunal que la ha de juzgar y que será propuesto por la Junta y compuesto por cinco Catedráticos numerarios entre los cuales figurará el Director de la tesis cuando fuere Catedrático, o en su caso el Ponente, debiendo tres de los miembros del Tribunal ser Catedráticos de la Asignatura a la que por su materia se refiere la tesis, o en su defecto titulares de asignatura análoga con arreglo a lo dispuesto para oposiciones a cátedra (art. 7.º); de tal forma, que si en el trámite administrativo de presentación ha sido nombrado el Director de la tesis, si ha sido autorizada su presentación por dictamen escrito y razonado; si ha sido nombrado Ponente que ha de examinar y ratificar por escrito razonado la autorización para presentarla y cuando en fin, ha quedado depositada para que pueda ser examinada por los Catedráticos numerarios, la admisión por la Junta de la Facultad tuvo lugar el 30 abril 1981 y aprobada por 40 votos favorables, 20 en contra y 14 abstenciones, la propuesta al Rector para el nombramiento del Tribunal, le vincula inexorablemente a este exclusivo fin, toda vez que su procedencia u oportunidad viene determinada ya por la Junta de la Facultad, dando lugar a la conducta que se resalta a la creación y consecuencia deducibles de los actos tácitos y al expreso que ha quedado reflejado, denotando todo ello una infracción del derecho fundamental del art. 14 en cuanto significa, como ha quedado expuesto, una clara discrimi-

nación del recurrente frente a los demás doctorandos precisamente cuando la Administración ha de venir obligada a preservar los valores esenciales que se encuentran contenidos en el precepto citado y a velar por la seguridad jurídica que garantiza el art. 9.º de la Constitución.

AMBITO DE APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO. EFECTOS DE LA INSCRIPCIÓN DE UNA ASOCIACIÓN EN EL REGISTRO DE ASOCIACIONES. DERECHO DE ASOCIACIÓN.

S 27 octubre 1981 (Sala 4.ª) (RA 4688)

La Sala de la Audiencia Nacional, en un recurso contencioso-administrativo interpuesto por un particular contra Resolución del Jefe del Servicio del Registro de inscripción de Asociaciones del Ministerio del Interior, dicta sentencia estimando el recurso y en consecuencia anulando por no ajustados a Derecho los actos de la Administración, y reconociendo en cambio el derecho de inscripción, sin perjuicio de introducir en los Estatutos las necesarias modificaciones de detalle; con condena en costas a la Administración demandada y vencida. Promovida apelación, el TS, aceptando los considerandos de la sentencia apelada, la confirma, desestimando en consecuencia la apelación interpuesta por la Abogacía del Estado.

CONSIDERANDOS: Que el alcance de la potestad jurisdiccional ejercida a través del proceso especial contenido en la Ley 62/1978, tiene como finalidad el comprobar si un acto del poder público afecta o no al ejercicio de un derecho fundamental de la persona, tal como al efecto disponen los arts. 1 y 6 de la citada Ley, así como el párr. 2.º del 53 de la vigente Constitución española, de lo que se infiere, en definitiva, que la viabilidad de este proceso especial, atendiendo a su específica tramitación por las normas contenidas en la aludida Ley 62/1978,

viene determinada por la circunstancia de que el contenido de la actividad desarrollada por la Administración pública, tenga una repercusión sobre el ejercicio de una libertad pública o lo que es lo mismo, utilizando la terminología de la precitada Ley, que afecten al ejercicio de los derechos fundamentales de la persona, entre los que se encuentra el derecho de asociación, restringiendo o limitando dicho derecho, actividad que, en consecuencia, habrá de ser fiscalizada por la Jurisdicción contencioso-administrativa, a través del procedimiento excepcional, sumario y urgente, regulado en la Ley para la protección jurisdiccional de dichos derechos fundamentales, para determinar, como pronunciamiento de fondo, si la mencionada actividad administrativa se ajusta o no a Derecho.

Que así delimitados los límites y alcance del proceso establecido en la Ley 62/1978, resulta evidente que para el pleno ejercicio del derecho de asociación, reconocido en el art. 22 de la Constitución de 1978, es necesario que las asociaciones se inscriban en el correspondiente registro, tal como con carácter imperativo establece el párr. 3.º del mencionado precepto constitucional, y aunque ello sea a los solos efectos de publicidad, el indicado carácter imperativo de la norma estudiada, revela que el libre y pleno ejercicio del derecho de asociación pasa necesariamente por la inscripción registral, como precedente para un adecuado conocimiento de la existencia de una asociación y como garantía de futuras acciones frente a terceros, inscripción registral que sólo podrá negarse, para impedir el acceso al Registro de Asociaciones de aquellas específicamente aludidas en los números 2.º y 5.º del citado art. 22, lo que «a sensu contrario», nos lleva a establecer, que en el supuesto de una asociación cuyos licitos fines no hayan sido puestos en duda, su inscripción resulta obligada, sin perjuicio de que, al tenerse que adaptar formalmente sus

normas que actualmente regulan las estatutos a las prescripciones de las asociaciones —Ley 191/1964, de 24 diciembre, y D. 1440/1965, de 20 mayo—, vigentes en la actualidad a los solos efectos formales aludidos, pero no en cuanto instrumentalmente limiten o restrinjan el derecho de asociación, la inscripción registral pueda quedar condicionada a que los estatutos de la asociación que pretenda acceder al Re-las normas, para la cual, y como se gistro cumplan formalmente con aque-señala en la sentencia apelada, se de-berán puntualizar exactamente los de-fectos formales de los estatutos en cuestión, y no como de forma jurí-dicamente incorrecta se hizo en la reso-lución administrativa combatida, de-negar la inscripción con genéricas alu-siones a preceptos de la Ley y Decreto últimamente citado, y sin concretar cuál de los requisitos formales allí mencionados no fueron cumplidos en los estatutos de la asociación de la que es promotor el recurrente, hoy apelado, exigencia del cumplimiento de requisitos formales en los estatutos, que por afectar, insistimos, al li-bre y complejo ejercicio del derecho de asociación, en caso de disconformi-dad con la resolución administrativa que así lo dispusiere, es indudable que podrá determinar la impugnación de la mencionada resolución en esta vía contencioso-administrativa a través del procedimiento de la Ley 62/1978.

Que por lo expuesto, resulta proce-dente la desestimación de la presente apelación, con confirmación íntegra de la sentencia impugnada en la misma, procediendo imponer las costas a la Administración apelante, en aplicación de lo dispuesto en el núm. 3 del art. 10 de la Ley 62/1978, reguladora de este proceso especial de protección jurisdiccional de los derechos fundamenta-les de la persona.

EXTRANJEROS RESIDENTES EN ESPAÑA. LI-BERTAD DE RESIDENCIA. LA CARGA DE LA PRUEBA EN ORDEN A ACTUACIONES POR LAS QUE LA ADMINISTRACIÓN PUEDA LI-MITAR ESTE DERECHO, CORRESPONDE A ELLA.

S 3 noviembre 1981 (Sala 4.ª)
(RA 4726)

La Sala de la Audiencia Nacional dictó sentencia declarando que, esti-mando en parte el recurso contencio-so-administrativo formulado por la re-presentación procesal de unos particu-lares-extranjeros contra resoluciones del Director General de Seguridad, por las que se decretaba la expulsión de aquéllos del territorio nacional y por tiempo indefinido, dejaba sin efecto los indicados actos administrativos por vulnerar el derecho fundamental de residencia reconocido en el art. 31, 1.º de la Constitución; sin derecho a da-ños y perjuicios ni imposición de cos-tas. Promovido recurso de apelación, el TS aceptando los considerandos de la sentencia apelada, la confirma, y desestima en consecuencia el recurso de apelación interpuesto por el Abo-gado del Estado.

CONSIDERANDOS: Que los recu-rrentes, extranjeros residentes y do-miciliados en España, acuden a este Tribunal a través de este proceso, regulado por la Ley 62/78, de 26 diciem-bre, sobre Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Per-sona, en petición de amparo en el ejercicio del derecho a la libertad de residencia que les confiere el art. 13-1 de la vigente Constitución, al estimar-lo desconocido o vulnerado por las re-soluciones de la Dir. Gral. de Seguri-dad de idéntica fecha 17 abril 1980, que decretan, respectivamente para uno y otro, la expulsión por tiempo indefinido del territorio nacional, en razón a unas circunstancias, según alegan, no probadas, y nunca merecedo-ras de una medida de tanta gravedad, que además han sido adoptadas sin la

más mínima garantía de las que ofre-ce la previa tramitación del oportuno procedimiento; y asiste la razón a los recurrentes desde este aspecto formal, y brevemente se apunta por su eviden-cia y las reiteradísimas veces que la Sala viene señalándolo, aunque nada más fuere a la vista de un expediente sólo integrado por una nota de con-sulta-propuesta de resolución, con fal-ta, por ende, de ese inexcusable y fun-damental trámite de audiencia al in-terés en la vía administrativa, y que determina la nulidad de los actos de esa forma alcanzados, en simple aplicación del art. 48-2, en relación con el 91, de la L. Pro. Adm. con consa-gración hoy día de ese inmutable prin-cipio en el art. 24 de la Constitución.

Que a la misma conclusión anula-toria, se llegaría en examen del fondo cuestionado, y para lo cual conviene consignar una vez más los presupues-tos jurídicos que por subsunción en ellos de los hechos obrantes en las ac-tuaciones, determinan ese sentido de la presente resolución, presupuestos recogidos por la doctrina que enseña que la presunción de legalidad que adorna a los actos administrativos no significa, en buena técnica jurídica, un desplazamiento de la carga de la prue-ba, que conforme a las reglas por que se rige, plasmadas en el campo admi-nistrativo en los arts. 81 y 88 de su Ley Procedimental, corresponde a la Administración, cuyas resoluciones han de sustentarse en el pleno acredita-miento del supuesto fáctico que invo-que; clara tesis constantemente apli-cada en ésta y afines materias por la jurisprudencia, la que, sin embargo, matiza que el análisis de la prueba ha de realizarse teniendo en cuenta, des-de luego, los comunes criterios legales sobre valoración de los distintos ele-mentos concurrentes, pero también y sin apartarse en esencia de los prin-cipios básicos que informan todo juicio de conducción.

Considerandos del Tribunal Supremo:

Que la sentencia apelada contiene una tan sólida e impecable argumentación jurídica que esta Sala, aceptándola íntegramente, debe proceder a confirmar-la por sus propios fundamentos, ya que frente a ellos la Administración apelante no formula oposición crítica alguna, limitándose a reiterar literalmente las mismas alegaciones que resultan re-chazadas en la primera instancia con acierto incontestable en cuanto que el derecho de residencia de los extran-jeros en España no depende de la ex-clusiva discrecionalidad administrati-va, como pretende la Administración apelante, sino que constituye un dere-cho fundamental garantizado por los arts. 13 y 19 de la Constitución, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York y la Con-vencción Europea para la Salvaguarda de los Derechos Humanos y las Liber-tades Fundamentales de Roma; dere-cho que debe ser respetado y ampa-rado siempre que, en expediente tra-mitado con la garantía de la audien-cia de los interesados, no aparezca suficientemente acreditado que los ex-tranjeros legalmente residentes en te-rritorio nacional han incurrido en al-guna de las conductas que autorizan a la Administración el ejercicio de su excepcional facultad de acordar la ce-sación de ese derecho mediante la or-den de expulsión y prohibición de en-trada en territorio nacional y esta doctrina tiene cabal y exacta aplica-ción en la sentencia apelada, cuyos certeros razonamientos se tienen aquí por reproducidos.

DERECHO DE ASOCIACIÓN. MODIFICACIÓN DE ESTATUTOS E INSCRIPCIÓN EN EL REGIS-TRO DE ASOCIACIONES. DENEGACIÓN GU-BERNATIVA POR MOTIVOS AJENOS A ILICITUD PENAL. PROTECCIÓN JURISDICCIONAL.

S 4 noviembre 1981 (Sala 4.ª)
(RA 4729)

Una Asociación de Copropietarios celebra Junta en la que acuerda la modificación de los Estatutos de la Asociación; y solicitada del Gobierno Civil la inscripción correspondiente, es denegada. Interpuesto recurso contencioso-administrativo, la Sala de la Audiencia decreta su inadmisibilidad. Recurrída la sentencia en apelación, el TS la estima, revocando la sentencia de instancia, y en consecuencia, estimando el recurso interpuesto, anula la resolución del Gobierno Civil por no ser conforme a derecho, declarando a la vez el derecho de la Asociación a que la modificación de los Estatutos sea inscrita en el Registro de Asociaciones, condenando a la Administración a las costas de la primera instancia, y sin declaración en esta segunda.

CONSIDERANDOS: Que frente a la tesis mantenida por el Tribunal «a quo» en los Considerandos 3.º y 4.º de la sentencia apelada, debe afirmarse, al contrario, que la resolución del Gobierno Civil de Segovia es susceptible de servir de soporte a una pretensión procesal como la ejercitada por la representación de la Asociación de Copropietarios en proceso especial de protección al amparo de los arts. 6 y concordantes de la Ley 62/78, ya que la decisión gubernativa formula objeciones (defectos, incorrecciones u omisiones a subsanar por los promotores) a la petición de modificación de los Estatutos de la Asociación ya existente desde 4 junio 1975 e inscrita en el Registro provincial, con devolución de la misma e implícita denegación de la inscripción de la modificación pedida en razón de la «modificación de los Estatutos» acordada por la Asamblea general extraordinaria de la Asociación en la sesión del 15 enero 1981 por mayoría favorable del 75 % de los votos; en definitiva la Administración califica el título y le adjudica defectos subsanables y suspende (deniega provisionalmente) la inscripción, requiriendo a los promotores para que subsanen

los defectos denunciados y si ello es así —y nadie lo niega— es obvio que el acto impugnado es una decisión importante o principal de posible impugnación procesal no sólo por las razones dichas, sino porque se funda en las facultades que a la autoridad gubernativa atribuyen los arts. 2, 3, 5, 6 y concordantes de la Ley 191/64 y artículos 1, 2 y concordantes del D. 1440/65 de 20 mayo, que hoy cabe dudar de su vigencia por imperativo de lo preceptuado en el art. 22 de la Constitución española y disposición derogatoria 3.ª en conexión con los Convenios internacionales ratificados por España en relación con lo dispuesto en los arts. 10 y 96, de la propia Ley Fundamental.

Que si bien la decisión combatida podría ampararse en lo preceptuado en el ap. 4 del art. 6 en relación con el núm. 6 del art. 3.º de la Ley de 24 diciembre 1964, no puede silenciarse que acordada la modificación de los Estatutos en sesión extraordinaria de la Asamblea de socios (ap. 4.º del artículo citado) y no formulada objeción alguna por la Dir. Gral. de Policía Interior (la alusión a la necesidad del no lucro como finalidad de la asociación y el respeto del principio de voluntariedad de asociación son requisitos esenciales que no aparecen cuestionados y sí cumplidos, núm. f) del art. 2 y arts. 10 y 14) al afirmar no existir inconveniente en la inscripción, dado que no debe olvidarse que el principio establecido en la Constitución, art. 22, núm. 1, es el de libertad cuyo límite tan sólo se encuentra en el ilícito penal, amén de la prohibición de «secretas o paramilitares», y sin que la Administración cuente con poderes o facultades de calificación del título de constitución o Estatutos (programa orgánico) más allá de las formalidades extrínsecas del documento —y sin perjuicio de los supuestos de suspensión y traslado a la autoridad judicial en los casos de ilicitud penal, etcétera—, como trámite de admisión

al registro que según el sistema permisivo que la Constitución instaura lo es a los simples efectos de publicidad —art. 22, núm. 3, de la Constitución y arts. 1 y 2 y concordantes de la Ley de 4 diciembre 1978 y concordantes—, si esto es así es clara la improcedencia de las objeciones formuladas por el Gobernador Civil respecto de determinados extremos de las modificaciones introducidas en los Estatutos al no plantearse siquiera su ilegalidad (ya se ha dicho que sólo la penal es impeditiva) por cuanto las observaciones formuladas más bien tienden a corregir presuntas incorrecciones o ambigüedades en la expresión y con la finalidad de perfeccionar el texto y sin duda, lograr mayor claridad en la falta de lucro, voluntariedad, precisión en la redacción de los Presupuestos, pérdida de la condición de socio, destino de bienes en caso de extinción, etcétera; extremos que si era posible imponer en un sistema preventivo o mixto como era el español con anterioridad a la Constitución, no lo es hoy por aplicación directa del art. 22, número 3, de la Constitución en relación con lo también preceptuado en los arts. 20 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 diciembre 1948 y art. 11 del Convenio Europeo y art. 22, núms. 1 y 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 diciembre 1966 (ratificados por España), tal como prescribe el art. 53, en relación con el art. 10, núm. 2, del texto constitucional y que esta Sala viene aplicando directamente en supuestos análogos (SS. de 23 septiembre 1981 y 1 octubre 1979, etc.).

2. NATURALEZA, EXTENSION Y LÍMITES DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

2.0. Naturaleza revisora

EXAMEN DE OFICIO DE CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO EN VÍA ADMINISTRATIVA. REQUISITOS PARA LA ANULABILIDAD POR DEFECTOS DE FORMA.

§ 10 julio 1981 (Sala 4.ª) (RA 3476)

En un supuesto de liquidación de cuotas de la Seguridad Social, que recurrida en alzada fue desestimada, la Sala de la Audiencia Territorial, en el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una Caja de Ahorros contra la Administración General del Estado, dicta sentencia, admitiendo en parte las pretensiones formuladas en la demanda y declarando nulo de pleno derecho por infringir el ordenamiento Jurídico el acto administrativo impugnado de la Dirección General de Ordenación y Asistencia Sanitaria, resolutorio y desestimatorio de aquel recurso de alzada.

CONSIDERANDO: Que esta Jurisdicción tiene la obligación de velar por la pureza del procedimiento administrativo, como ha reconocido reiteradamente el T.S. —entre otras, en SS. de 9 abril 1970 y 2 julio 1971—, cuidando de que en la tramitación de las actuaciones se observen las normas procedimentales exigidas por el ordenamiento jurídico y que constituyen garantía de los administrados y de la propia Administración; y en el supuesto de que el Tribunal advirtiere la existencia de tales defectos formales, debe acordar la nulidad de las actuaciones administrativas, reponiéndolas al momento anterior a la actuación defectuosa, por aplicación del art. 48.1 de la L. Pro. Adm. de 17 julio 1958, a cuyo tenor son anulables «los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico», añadiendo en su núm. 2, con referencia al requisito de forma, que solamente determinará la anulabilidad «cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados»; cuestión relativa a la nulidad de actuaciones que debe ser examinada con carácter preferente en todo proceso seguido ante esta Jurisdicción.

EXAMEN DE OFICIO DE CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO. INADMISIBILIDAD DEL RECURSO POR ACTOS FIRMES Y CONSENTIDOS. DOCTRINA GENERAL SOBRE LOS REQUISITOS NECESARIOS PARA DECRETAR LA ANULABILIDAD DE LAS ACTUACIONES.

S 20 julio 1981 (Sala 4.ª) (RA 3511)

La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia, rechazando las causas de inadmisibilidad del recurso interpuesto, entra en el conocimiento del fondo del asunto, desestimando los recursos acumulados interpuestos contra acuerdo de la Comisión Provincial de Urbanismo sobre inclusión en el Registro de Solares e Inmuebles de Edificación Forzosa, de cuatro edificios, confirmando por ajustado a derecho el acuerdo recorrido. Promovida apelación, el TS aceptando sustancialmente los considerandos de la sentencia apelada, desestima el recurso confirmando aquélla.

CONSIDERANDO: Que no sólo por haber solicitado la totalidad de los demandantes, la nulidad del expediente administrativo instruido por el Ayuntamiento de esta Capital y posteriormente por la Comisión Provincial de Urbanismo, sino también por ser tal misión deber primario de los Tribunales de la Jurisdicción, dado el carácter de orden público que ofrece la validez y pureza de las diligencias administrativas, se impone en primer término el examen y estudio detenido de dichas invocadas causas de nulidad, siguiendo un criterio lógico y procesal, pero teniendo siempre presente, como recuerda nuestro T.S., que la teoría jurídica de la nulidad radical de los actos administrativos ha de aplicarse con especial moderación y cautela en esta esfera en la que sólo deben tomarse en consideración para causar dicho efecto, gravísimas y sustanciales infracciones de la ley para llegar a la conclusión de que realmente sólo es nulo un acto cuando careciere de sus valimientos jurídicos esen-

ciales o contravenga alguna ley prohibitiva, y de ahí, que como regla general, la nulidad absoluta tiene carácter excepcional, mientras que la anulabilidad, como infracción del Ordenamiento Jurídico en lo adjetivo y en el procedimiento ha de venir condicionada para decretarse, por una indudable indefensión de los interesados, habida siempre en cuenta los principios no sólo de eficacia, sino de celeridad y economía que deben presidir toda actuación administrativa, debiendo aplicarse la doctrina jurídica de la nulidad, en la esfera administrativa con «parsimonia» y «moderación» —SS. de 22 diciembre 1962, 2 marzo y 28 junio 1965, 18 mayo y 6 junio 1967, 6 y 3 marzo 1968, 19 junio 1969, 16 marzo 1970 y 14 abril 1971, proclamando la reciente Sentencia de la Sala 4.ª, de fecha 30 abril 1971 en un supuesto como el enjuiciado, que «en puridad de doctrina no puede ni debe exacerbarse el rigor rituario, en base de una exagerada ortodoxia procedimental, digna de toda consideración cuando está en juego el derecho de defensa del administrado, pero que deviene irrelevante en los casos en que el mencionado derecho ha podido desarrollarse plenamente mediante la actividad procesal conducente a corregir el extraviado criterio de los órganos administrativos sin sufrir, por lo tanto, menoscabo o perjuicio alguno», amén del criterio de economía procesal a aplicar en los supuestos en que puede ser subsumido o individualizado.

3. LAS PARTES

3.0. Capacidad procesal

PRINCIPIO CONSTITUCIONES DE LA TUTELA JUDICIAL RECONOCIDO POR LA ADMINISTRACIÓN EN VÍA ADMINISTRATIVA.

S 29 diciembre 1981 (Sala 4.ª) (RA 5462)

Interpuesto recurso de reposición por una Asociación de Propietarios de

una Urbanización, contra acuerdo del Ayuntamiento, concediendo a una Sociedad autorización para determinadas actividades, el Ayuntamiento lo desestima. Recurrido el acuerdo en la vía contencioso-administrativa, de forma acumulada, la Sala de la Audiencia Territorial dicta sentencia anulando los acuerdos municipales recurridos por no ser conformes a Derecho, debiendo demolerse las obras realizadas y reponer el paraje a su situación anterior. Interpuesto recurso de apelación por el Ayuntamiento vencido y por la Sociedad concesionaria vencida, el TS desestima la apelación, confirmando en todos sus pronunciamientos la sentencia apelada.

CONSIDERANDOS: Que es doctrina general (argumento S. 20 diciembre, entre otras) la que sostiene que en materia de requisitos o presupuestos procesales (inadmisibilidad) los criterios informantes del sistema —art. 24, 1, de la Constitución, y Exp. Motivos Ley J.— son los de flexibilidad y apertura con la finalidad de lograr una completa o plena garantía jurisdiccional por parte de todos los litigantes (ya sean personas físicas o jurídicas). En este sentido son de reiterar las razones dadas por la sentencia apelada (Considerando 1.º) al rechazar la inadmisibilidad esgrimida, por entender que la personalidad (o representación) que ahora se combate fue reconocida por la Administración en el expediente y que por ello la tesis impugnatoria mantenida supone ir contra la doctrina de los propios actos y como tal repudiable según doctrina jurisprudencial reiterada —SS. 30 junio 1958, 20 noviembre 1961, 28 junio 1977, etc.

Que además en este supuesto existen unas particularidades que deben destacarse por reforzar, sin duda, la declaración negativa que aquí se mantiene, por acuerdo que la pretensión en instancia se ejercita (litis consorcio activo y voluntario) por el señor v. (Letrado) en nombre propio y de la

Asociación de propietarios de que forma parte. Y así planteada la cuestión es claro que el recurrente aduce como soporte de su titularidad una doble condición, esto es, como propietario de una finca o chalet que de alguna manera resulta afectada por la actividad concedida por la licencia municipal combatida, a la vez que pide en nombre de la Asociación de que forma parte amparado en poder notarial otorgado a su favor por el Presidente de la Asociación y aunque resulte cierta la objeción formulada de contrario de la falta de acreditamiento documental del acuerdo de la Asociación aprobatorio de la decisión de impugnar procesalmente los acuerdos municipales dichos, la consecuencia de invalidez —por falta de apoderamiento en forma— que se postula no es asumible, por la razón de que a estas urbanizaciones o ciudades residenciales (en su forma o modalidad de comunidad con desbordamiento indudable ámbito objetivo de la comunidad ordinaria e incluso del disciplinamiento específico de la propiedad horizontal) no puede ignorarse la existencia de coincidencia de datos básicos con la comunidad de bienes o derechos que permite trasladar a este campo una parte importante de las normas de la propiedad horizontal y en tal sentido, los Estatutos como normativa orgánica, dentro de la ley, pueden establecer cuantas normas resulten precisas para el normal funcionamiento de estas comunidades que aunque no aparezcan nítidamente dotadas de personalidad jurídica en sentido propio, no puede desconocérsele como tal «comunidad de intereses» que a través de los órganos de administración creados puedan realizar actos de administración o disposición con eficacia jurídica a todos los efectos; a la vez que sea aplicable la doctrina general de que los socios o comuneros pueden accionar, en lo favorable, en nombre y para la comunidad, tal como se deduce de una corriente jurisprudencial consagrada —argumento SS. 2 abril

1971, 22 noviembre 1973, 28 junio 1977, etcétera—, máxime cuando en este caso, el ejercicio conjunto de la pretensión explicitaba la asunción por el recurrente de los posibles perjuicios o contraindicaciones que para la comunidad podría suponer el ejercicio de la acción ejercitada.

3.1. Legitimación

EXISTENCIA DE UN INTERÉS DIRECTO PARA RECURRIR.

S 18 diciembre 1981 (Sala 4.ª)
(RA 5398)

Interpuesto recurso contencioso-administrativo contra resolución dictada por la dirección General de la Vivienda, confirmatoria de la acordada por la Delegación Provincial, la Sala de la Audiencia dicta sentencia, anulando la resolución administrativa, en lo relativo a la orden de ejecución de obras

de demolición de cubierta y reparación de fachada, sin haber lugar a lo demás solicitado. Recurrída la sentencia en apelación, el TS la desestima, confirmando la sentencia apelada. Considerandos de la sentencia apelada:

Que el interés directo —art. 28 de la Ley Jurisdiccional— en la anulación del acto impugnado, necesario para que concurra el presupuesto procesal de la legitimación, ha de reconocerse en la actora, pues ha acreditado (cuaderno particional de la herencia de los cónyuges don ... y doña ... presentado con la demanda), al menos con el estricto alcance exigible a estos efectos, ser copropietaria de la finca en que habrían de realizarse las obras ordenadas por la Delegación Provincial de la Vivienda, por tal razón procede desestimar el motivo de inadmisibilidad opuesto por el señor Abogado del Estado con invocación del art. 82-b de la Ley citada.

LEGISLACION

RESEÑA LEGISLATIVA PROCESAL (VI-1983 a II-1984)

Ley orgánica 10/1983, de 16 de agosto (B.O.E. de 18 de agosto), por la que se modifica la ley 40/1979, de 10 de diciembre, sobre régimen jurídico del control de cambios

El art. 9, modificado, queda del siguiente tenor:

«1.— Los Tribunales españoles serán competentes para el conocimiento de los delitos establecidos en el art. 6.º de la presente Ley, cualquiera que fuera el lugar donde hubieran sido ejecutados los hechos.

2.— La competencia y procedimientos para conocer de los delitos monetarios se regulará por la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el Real Decreto-Ley 1/1977, de 4 de enero.

3.— Conforme a lo dispuesto en el art. 142 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la sentencia, sin perjuicio de los demás pronunciamientos que dicho precepto establece, determinará, en su caso, la responsabilidad civil que regula el art. 104 del Cód. Penal.

En los supuestos contemplados en el apartado 3 del artículo 7.º serán responsables civiles subsidiarios la Sociedad, Empresa o las personas integrantes de la Organización en cuyo seno se cometió el delito.

4.— a) En todo caso los Jueces y Tribunales de la jurisdicción penal competente para conocer de los delitos de esta ley podrán requerir el conocimiento de cualquier expediente que se esté instruyendo por la Administración por hechos sancionados en esta Ley, de oficio o por denuncia, y la Administración tendrá la obligación de remitir las actuaciones, sin que quepa el planteamiento de conflicto jurisdiccional. Igual obligación de remisión tendrá la Administración cuando, con motivo del conocimiento de un expediente administrativo en materia de control de cambios, apreciase indicios de que el hecho pueda ser constitutivo de delito tipificado en el art. 6.º de esta Ley.

b) Mientras estuviera conociendo de un hecho la autoridad judicial, la Administración se abstendrá de toda acción sancionadora en relación con las conductas origen del mismo. La actividad sancionadora de la Administración, en virtud de las infracciones administrativas previstas en esta Ley, sólo podrá iniciarse o continuarse cuando el proceso penal termine por sentencia absolutoria u otra resolución que le ponga fin, provisional o definitivamente, sin declaración de responsabilidad penal, siempre que estén basadas en motivo que no sea la inexistencia del hecho, la declaración expresa de no haber participado en él el acusado o la extensión de responsabilidad penal del mismo. Sin embargo, en estos dos últimos supuestos, la Administración podrá sancionar las infracciones administrativas relacionadas con el hecho y cometidas por tercero no sujeto al procedimiento penal.»

Ley orgánica 12/1983, de 16 de noviembre (B.O.E. de 26 de noviembre), de modificación de competencias de la Audiencia Nacional

La filosofía y ámbito de esta norma, que consta de 2 arts., una disposición final, una transitoria y otra derogatoria, nos la indica la Exposición de Motivos:

«Razones de técnica jurídica y procesal hacen necesaria y urgente, anticipando en este aspecto la reforma orgánica de la Administración de Justicia, rectificar las competencias de la Audiencia Nacional en materia penal, limitándolas a aquellos delitos mas concordantes a las razones que dieron lugar a su creación; por ello se modifican los apartados a), b) y c) del párrafo 1 del art. 4.º del Real Decreto-Ley 1/1977 de 4 de enero, suprimiendo su competencia para los delitos de desacato de los arts. 240, 241 y 244 del Código Penal, recogido en el apartado a) y los de escándalo público, del apartado c). Asimismo se actualiza la referencia a los delitos sobre control de cambios y se amplía al territorio de la Audiencia Territorial la referencia que en el apartado b) se hacía al de la Audiencia Provincial. Igualmente se modifica, remitiéndolas a lo dispuesto al respecto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la regulación de las cuestiones y competencias que se susciten entre Jueces y Tribunales y Audiencia Nacional.»

El art. 2.º señala:

«El art. 5.º del Real Decreto-Ley 1/1977, de 4 de enero, quedará redactado como sigue:

«Las cuestiones que se susciten entre Jueces, Tribunales y la Audiencia Nacional se sustanciarán con arreglo a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y demás normas de general aplicación.»

Disposición Transitoria

«Las causas instruidas por delitos a los que, en virtud de la presente Ley, dejen de conocer la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y los Jueces centrales de Instrucción, y en las que no se hubiera celebrado el juicio oral serán remitidos por una y otros a las Audiencias Provinciales o a los Jueces de Instrucción, respectivamente, que fueren competentes conforme a las reglas generales de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.»

Ley 13/1983, de octubre (B.O.E. de 26 de octubre), de Reforma del Código Civil en materia de tutela

La disposición que comentamos da nueva redacción a los títulos IX y X del libro I del Código Civil.

El nuevo título IX se denomina «De la incapacitación» (arts. 199 a 214) y contiene reglas atañentes a la reserva procesal para la declaración de incapacidad, legitimaciones, intervención necesaria del Ministerio Fiscal, variabilidad de la sentencia por nuevas circunstancias sobrevenidas (modificación y reintegración de la capacidad), etcétera.

El título X, epigrafiado «De la tutela, de la curatela y de la guarda de los menores e incapacitados», se divide en diversos capítulos: I (disposiciones generales), II (de la tutela), III (de la curatela, disposiciones generales y de la curatela en casos de prodigalidad), IV (del Defensor Judicial), V (de la guarda de hecho).

La disposición transitoria es de clara relevancia procesal al establecer:

«Entre tanto no se proceda a regular de otra manera en la Ley de Enjuiciamiento Civil serán aplicables al procedimiento de incapacitación y al de declaración de prodigalidad las normas del juicio declarativo de menor cuantía, no admitiéndose el allanamiento a la

demanda ni la transacción. Los demás procedimientos derivados de los títulos IX y X del libro I del Código Civil se tramitarán por las disposiciones la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre jurisdicción voluntaria».

Se modifica, pues, el art. 483-3.º de la L.E.C. optando por el tipo procesal más abreviado que constituye el juicio de menor cuantía, impregnado de inquisitividad (arts. 208 y 209 del Código Civil en su nueva redacción y no admisión del allanamiento y la transacción).

Los restantes procedimientos (comprendidos en los títulos IX y X del Libro I del Código Civil), como propios de la categoría de intervención de la capacidad jurídica (Wach), se seguirán por las disposiciones de la L.E.C. sobre jurisdicción voluntaria.

Ley de Reforma Universitaria, orgánica 11/1983, de 25 de agosto (B.O.E. de 1 septiembre de 1983)

Establece en su art. 22:

«Las resoluciones del Rector y los Acuerdos del Claustro Universitario, de la Junta de Gobierno y del Consejo Social agotan la vía administrativa y serán impugnables directamente ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.»

Acuerdo de 26 de octubre de 1983 (B.O.E. 18 de noviembre) del Pleno del Consejo General del Poder Judicial

Por el que se atribuye la función de Juez de Vigilancia Penitenciaria a determinadas autoridades judiciales que se expresan en la disposición.

Real Decreto 385/1984, de 8 de febrero (B.O.E. de 28 de Febrero) sobre plantillas de la Carrera Fiscal

Esta disposición, que desarrolla el art. 18,2 y la disposición final B) del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (Ley 50/1981, de 30 de diciembre, persigue, como su preámbulo indica, concretar con

carácter general las plantillas de las fiscalías, tanto en cuanto al número de funcionarios que han de integrarlas como en cuanto a la categoría personal que deben ostentar sus componentes, para que en ellas estén representadas todas las distintas categorías de fiscales en ponderación del nivel de cada órgano y de los servicios que en él han de presentarse.

De otra parte, el ingreso en la Carrera Fiscal de nuevas promociones por la categoría de Abogado Fiscal, grado de ingreso, aconseja establecer un sistema de supresión paulatina de aquellas Agrupaciones que vayan quedando desiertas en los sucesivos concursos de destinos.

Finalmente se estima necesario establecer el ámbito de actuación de los Fiscales sustitutivos en las Agrupaciones que vayan quedando suprimidas y la normativa a que han de acomodarse los futuros nombramientos.

El art. 1 señala que la plantilla de la Carrera Fiscal estará constituida por: Primera categoría: 13 Fiscales de Sala equiparados a Magistrados del Tribunal Supremo, tendrá la consideración de Presidente de la Sala de dicho alto Tribunal. Segunda categoría: 202 Fiscales, equiparados a Magistrados. Tercera categoría: a) 144 Abogados Fiscales, grado de ascenso, equiparados a Jueces de ascenso; b) 342 Abogados Fiscales, grado de ingreso, equiparados a Jueces de ingreso.

El art. 2 determina que la plantilla de destinos de la Carrera Fiscal estará distribuida entre: Fiscalía General del Estado (Inspección Fiscal y Secretaría Técnica), Fiscalía del Tribunal Supremo, Fiscalía del Tribunal Constitucional, Fiscalía del Tribunal de Cuentas, Fiscalía de la Audiencia Nacional, Fiscalías de Audiencia Territorial y Fiscalías de Audiencia Provincial.

Real Decreto 305/1983, de 21 de diciembre (B.O.E. de 23 de febrero de 1984), de reforma del Reglamento Hipotecario

En lo que en esta sección interesa reflejamos, en lo preciso, las reformas operadas en el art. 97 y el art. 353.

Art. 97. Las inscripciones se practicarán, si no mediaran defectos, dentro de los quince días siguientes a la fecha del asiento de presentación o de los treinta si existiese justa causa, y, en todo caso, dentro del plazo de vigencia de dicho asiento a que se refiere el art. 17 de la ley.

Si se hubiese interpuesto recurso judicial o gubernativo, el plazo para practicar la inscripción comenzará a contarse desde la fecha en que se notifique al Registrador la resolución que se dicte.

Si transcurriesen los indicados plazos sin efectuar la inscripción, podrá el interesado acudir en queja al Juez de Primera Instancia, el cual, si el Registrador no justificase haber existido algún impedimento material o legal para practicarle, podrá imponer a éste la corrección correspondiente, sin perjuicio de que el interesado pueda exigir del Registrador, en el procedimiento que corresponda, la indemnización de los perjuicios que se deriven de la falta de inscripción dentro del plazo.

Art. 353. Las certificaciones que expidan los Registradores, en cumplimiento de lo prevenido en el número 1 del art. 1489 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, expresarán la libertad o el gravamen de los inmuebles con referencia a todo el tiempo transcurrido desde la instalación del Registro, excepto cuando en el mandamiento se especificare el período a que la certificación deba contraerse. Asimismo expresarán el nombre, apellidos y domicilio, si constare, del titular registral de la finca o derecho al expedirse la certificación, a los efectos del art. 143 de este Reglamento.

Ley orgánica 14/1983, de 12 de diciembre. (B.O.E. de 28 de diciembre), por la que se desarrolla el art. 17.3 de la Constitución en materia de asistencia letrada al detenido y al preso y modificación de los artículos 520 y 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

Esta reforma detalla y pormenoriza las líneas maestras contenidas en el art. 17.3 de la Constitución, desarrollando este precepto en una dirección ampliatoria, incluso con adición de extremos no previstos, explícita ni quizá implícitamente, en la Constitución. Así destacaremos:

- 1) El catálogo de derechos que configura sistemáticamente en sus 6 apartados el n.º 2 del art. 520:
 - a) Derecho a guardar silencio no declarando si no quiere o no contestar alguna o algunas de las preguntas, o a manifestar que sólo declarará ante el Juez.
 - b) Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

- c) Derecho a designar Abogado y a solicitar su presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales de declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto. Si el detenido o preso no designara Abogado, se procederá a la designación de oficio.
 - d) Derecho a que se ponga en conocimiento del familiar o persona que desee el hecho de la detención y el lugar de custodia en que se halle en cada momento. Los extranjeros tendrán derecho a que las circunstancias anteriores se comuniquen a la Oficina Consular de su país.
 - e) Derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete, cuando se trate de extranjero que no comprenda o no hable el castellano.
 - f) Derecho a ser reconocido por el médico forense o su sustituto legal y, en su defecto, por el de Institución en que se encuentre, o por cualquier otro dependiente del Estado o de otras Administraciones Públicas.
- 2) La asistencia del Abogado consistirá en (novedad de la reforma):
- a) Solicitar, en su caso, que se informe al detenido o preso de los derechos establecidos en el número 2 de este artículo y que se proceda al reconocimiento médico señalado en su párrafo f.
 - b) Solicitar de la autoridad judicial o funcionario que hubiesen practicado la diligencia en que el Abogado haya intervenido, una vez terminada ésta, la declaración o ampliación de los extremos que considere convenientes, así como la consignación en el acta de cualquier incidencia que haya tenido la consignación en el acta de cualquier incidencia que haya tenido lugar durante su práctica.
 - c) Entrevistarse reservadamente con el detenido al término de la práctica de la diligencia en que hubiere intervenido.
- El art. 527 restringe estos derechos —rozando la violación del art. 14 de la Constitución, principio de igualdad ante la ley— disponiendo:
- El detenido o preso, mientras se halle incomunicado, no podrá disfrutar de los derechos expresados en el presente capítulo, con excepción de los establecidos en el art. 520, con las siguientes modificaciones:
- a) En todo caso, su Abogado será designado de oficio.
 - b) No tendrá derecho a la comunicación prevista en el apartado d) del número 2.

- c) Tampoco tendrá derecho a la entrevista con su Abogado prevista en el apartado c) del número 6

Ley 1/1984, de 9 de enero, de adición de un nuevo artículo a la Ley 46/1977, de 15 de octubre (B.O.E. de 12 de enero de 1984)

Artículo único.— Se añade un nuevo artículo 11 bis a la ley 46/1977, de 15 de octubre, del siguiente tenor:

Artículo 11 bis. Las acciones para el reconocimiento de los derechos establecidos en esta ley serán imprescindibles. No obstante, los efectos económicos de los derechos reconocidos estarán sujetos a las distintas normas de prescripción del Ordenamiento Jurídico.

Disposición adicional.— Los interesados podrán solicitar la aplicación de la Ley de Amnistía incluso cuando haya habido resolución judicial que declare la inadmisión del proceso por prescripción de la acción.

Manuel LOZANO-HIGUERO PINTO
 Profesor Adjunto Contratado de Derecho Procesal
 Universidad de León

AUDIENCIA PUBLICA

II PARTE DE LA RECUSACION DE MAGISTRADOS POR AMISTAD CON UNO DE LOS LETRADOS

En esta Revista, núm. 83, III, págs. 663-70, publicábamos el Auto de 25 de febrero de 1983, de la Audiencia Provincial de Barcelona, relativo a la recusación del presidente de la sección competente para conocer de un proceso. La causa alegada era amistad íntima entre el presidente y uno de los letrados, basada en que el primero era o había sido profesor ayudante en la cátedra del segundo y colaborador en una revista jurídica dirigida asimismo por el letrado. El Auto en cuestión denegó la recusación.

El asunto ha llegado al Tribunal Supremo, y su Sala II ha dictado la Sentencia que, en parte, a continuación transcribimos.

No conozco las alegaciones con que los recurridos se opusieron al recurso de casación, pero en todo caso la sentencia no tiene en cuenta que si su decisión se generaliza en los tribunales españoles, la colaboración de jueces y magistrados, y también de los secretarios, con la Universidad se ha terminado.

El estatuto orgánico de aquéllos declara su función incompatible con cualquier otra actividad, salvo con la docencia. Aparte preparar opositores, la docencia de jueces, magistrados y secretarios sólo es imaginable en las Facultades de Derecho, y para ello es preciso incorporarse a una cátedra en cualquiera de las categorías de su profesorado. Pues bien, este hecho da lugar, por lo visto, a amistad íntima entre catedrático y magistrado, constituyendo la causa de recusación 10.ª del art. 54 de la Lecrim. Asimismo, a partir de ahora todos los jueces, magistrados y secretarios deben abandonar sus puestos en los consejos de redacción de las revistas jurídicas, pues el pertenecer a ellos constituye amistad íntima con el director.

No podemos compartir esta opinión.

SENTENCIA

Excmos. Sres.:

Don Fernando Díaz Palos.
 Don Bernardo-F. Castro Pérez.
 Don Manuel García Miguel.
 Don Fernando Cotta y Márquez de Prado.
 Don Juan Latour Brotons.

En Madrid, a diecinueve de noviembre de mil novecientos ochenta y tres.

En el recurso de casación por infracción de Ley, que ante Nos pende, interpuesto por Don Jaime F. P., Don José Antonio R. A., Don Pedro C. M., Don Manuel D. B., Centro Nacional e Internacional Moda, S. A., Construcción Moda, S. A., contra Auto de fecha veinticinco de febrero de mil novecientos ochenta y tres dictado por la Audiencia Provincial de Barcelona que declaró no haber lugar a la recusación del Ilmo. Sr. Don Francisco T. M., Presidente de la Sección 4.ª de dicha Audiencia; estando representados los expresados recurrentes por el Procurador Don Francisco Anaya Monje.

Siendo también parte en concepto de recurrido Don José María G. C. D., y Banco de Descuento, S. A., representados por el Procurador Don Antonio Francisco García Díaz y defendidos, respectivamente, por los Letrados Don Rafael G. C. D. y Don Juan C. R. — Siendo Ponente el Magistrado Excmo. Sr. Don Fernando Cotta y Márquez de Prado.

RESULTANDO: Que por la Audiencia de Barcelona se dictó con fecha veinticinco de febrero de mil novecientos ochenta y tres, el Auto del tener literal siguiente:

Se transcribe el Auto que ya reprodujimos en JUSTICIA 83, pp. 663-70

RESULTANDO: Que en la pieza de recusación seguida ante la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, se dictó por la misma Auto con fecha veinticuatro de enero de mil novecientos ochenta y tres, que contiene el siguiente: **CONSIDERANDO:** Que alegada por la parte recurrente como causas de recusación la 10 del artículo 54 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, referida a la amistad íntima con el letrado Sr. C. R., defensor del procesado de cuya

existencia hace derivar la concurrencia de la causa 9 de dicho artículo —tener interés directo o indirecto en la causa—, es preciso previamente y como fundamento fáctico de esta resolución, tener en cuenta: A) Que es absolutamente cierta la alegación de la amistad íntima que une al Presidente de esta Sección y al Letrado Sr. C. R.; B) Que es asimismo cierta la actividad docente de dicho Presidente, en la Universidad Central de Barcelona, tanto en la Cátedra de Derecho Penal de su Facultad de Derecho como en su Instituto de Criminología, dirigidos aquélla y éste por el Sr. C. R.; y C) Que es cierta la colaboración durante el año mil novecientos ochenta y uno en la revista «Actualidad Jurídica», terminado el cual hubo de dejar de publicarse dicha revista.

RESULTANDO: Que el presente recurso se basa en los siguientes motivos: **PRIMERO.** — Infracción de Ley, autorizado por el artículo 849 n.º 1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por violación —en su aspecto negativo de inaplicación del artículo 54, n.º 10, de la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal; producida al no dar lugar a la recusación a pesar de haberse admitido por el Ilmo. Sr. Magistrado recusado su amistad íntima con el Letrado del procesado. El número 10.º del citado artículo 54, concretamente, señala como causa legítima de recusación la «amistad íntima», sin expresar que ésta deba ligar al recusado con una de las partes o de sus defensores en el juicio. Si la Ley señalara que la «amistad íntima» debe existir entre el recusado y una de las partes en el litigio, claro es que la amistad íntima con el Letrado de una de las partes no estaría comprendida en el artículo 54 de la Ley, a menos que se utilizara una interpretación extensiva o analógica. Pero como la Ley no distingue, tampoco puede distinguir el intérprete. **SEGUNDO.** — Infracción de Ley al amparo del artículo 849, n.º 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 70 de la propia Ley, al afirmar la existencia de temeridad y mala fe en el recusante. La Sala de instancia ha impuesto una multa por apreciar en ellos temeridad y mala fe. Pero la aplicación del párrafo primero, inciso segundo, del artículo 70 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sólo puede entrar en juego cuando la temeridad o mala fe resultan de datos fácticos, es decir, cuando los hechos denunciados por los recusantes no se corresponden con la realidad.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal y la representación de los recurridos se instruyeron del recurso; y en el acto de la Vista que ha tenido lugar en ocho de los corrientes, el Letrado de los recurrentes mantuvo su recurso que fue impugnado por los letrados de los recurridos y por el Ministerio Fiscal.

CONSIDERANDO: Que el instituto jurídico de la recusación, como derivado, por su nombre, del verbo *recusar* y éste a su vez del latino *recusare*, que significa *rehusar* y *rechazar*, no es más que el poder o facultad concedida por la ley a los litigantes o reos —y en general a todos los interesados en un juicio o causa criminal—, para reclamar la separación del conocimiento del asunto en que intervengan de aquellos Jueces y Magistrados de cuya imparcialidad puedan dudar legalmente, encontrándose el fundamento real de la institución, no en que estos profesionales del Poder Judicial cedan a bastardos estímulos del interés o de cualesquiera pasiones ilícitas —que de producirse les llevaría a su condena como prevaricadores—, sino en la *sospecha* o *creencia*, por parte de los justiciables, de que su actuación no será todo lo recta, honesta e incorrupta que al decoro y provecho de la justicia conviene.

CONSIDERANDO: Que entre las causas legítimas de recusación establecidas por la ley, la de Enjuiciamiento criminal, en su artículo 54, señala, con el número 10.º de las mismas y en relación con su artículo 52, que los Jueces y Magistrados, cualquiera que sea su grado y jerarquía, podrán ser recusados por motivo de «la amistad íntima», expresión, como se ve, que, al contrario de lo que acontece con las causas que la preceden, es hartamente lacónica, por falta de aditamento alguno que la perfile, lo que ha dado origen a encontradas y diversas opiniones entre los tratadistas y estudiosos del derecho, proclives, una parte, a interpretar el precepto en el sentido de cobijar en su seno —entre otros casos, a los que también podría ampliarse— a los Abogados y Procuradores, y opuesta, otra, a esa extensión, por cerrarse en el examen del artículo en su conjunto y en su interpretación unitaria, con la que excluyen por completo a quienes no sean parte, en sentido procesal, en el asunto de que se trate, tendencia, esta última, no correcta, en el fondo, en cuanto que cada una de las causas de recusación lleva en sí misma expresadas sus limitaciones objetivas, y no pueden, por analogía, extenderse, éstas, ni a la amistad íntima, ni a la enemistad manifiesta, pues de hacerse así se quebraría el deseo del legislador que, si hubiera querido ceñirlas a los mismos extremos que las demás, ni que decir tiene que lo hubiera hecho de la misma forma que lo hizo con ellas.

CONSIDERANDO: Por lo que se refiere a la doctrina jurisprudencial sobre el tema, que si bien es cierto que la sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 9 de noviembre de 1906 establece —con claridad para ella indiscutible—, que la causa legal de recusación fundada en la *amistad íntima* sólo constriñe su eficacia a la que exista «entre el Juez o el Magistrado cuya recusación se intente y alguna de las partes litigantes, sin que pueda hacerse extensiva a

los apoderados u otras personas distintas —con lo que parece cerrar la puerta a la amistad que pudiera unir al Letrado director de un litigante y al Juez o Magistrado que conozca del asunto—, no menos cierto lo es que tal doctrina no casa a la perfección con el texto literal del artículo 189 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que es al que dicha resolución se refiere, ni tampoco con el artículo 54 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, que es aplicable al presente caso, pues si se examinan con detenimiento y a conciencia dichos textos se observará que, tanto uno como otro, en cada uno de los números que los conforman excepto en los 9.º y 10.º y 10.º y 11.º respectivamente de cada Ordenanza procesal, van estableciendo de modo expreso y limitativo y sin dejar asomo de duda de ningún género, con *quién* y *por qué* motivos específicos y determinados podrán ser recusados y, por lo tanto, apartados del conocimiento de un asunto, los Magistrados y Jueces, señalándose en esas últimas causas citadas de las dos leyes —dos de cada una de ellas—, que lo podrán ser, además de por las que precedentemente se insertan, por «amistad íntima» y por «enemistad manifiesta», según la ley Procesal civil, y por «la amistad íntima» y «la enemistad manifiesta», según las expresiones utilizadas por la rectora del Enjuiciamiento penal, pero sin indicar, como hubiera sido deseable, con quién o quiénes esa amistad o enemistad, de existir, sería recusable, y centrado así el problema es claro que esa inconcreción de la ley ha de interpretarse, no en el sentido de llenar el vacío con la fórmula simplista de entender que sólo se refiere a la parte litigante «strictu sensu» como hacen casi todas las causas de recusación que preceden a las que se examinan —pues, como se dijo, si el legislador así lo hubiese querido, lo hubiera hecho sin ninguna cortapisa—, sino con un espectro más amplio y conciliador con el verdadero fundamento y razón de ser del instituto de la recusación, como enseña la sentencia de la Sala 1.ª de este Tribunal Supremo de 29 de marzo de 1901 que habla de que debe entenderse como causa legal de recusación «la que pudiera *racionalmente* estimarse comprendida en alguna de las expresadas en el artículo 189» antes citado, o, para el caso que nos ocupa, en el 54 de la Ley Ritual criminal, criterio que fue en definitiva el que siguió esta Sala 2.ª en su sentencia de 1 de diciembre de 1906 al extender a los Procuradores el motivo legal de recusación especificado en el número 4.º del artículo 54 de la Ley de procedimientos penales —en el que dicho sea de paso no se les cita por su nombre—, valiéndose del expediente de incluirlos entre los «defensores», cuando la misión del Procurador no es la de «defender» los intereses de sus clientes, sino la de representarlos en juicio y fuera de él.

CONSIDERANDO: Que la tendencia a incluir a los Abogados

—lo mismo que a los Procuradores según la resolución antes referida de 1 de diciembre de 1906—, en la causa de *amistad íntima*, por esa circunstancia de *racionalidad* que invocaba la sentencia citada de 29 de marzo de 1901, se encuentra, interpretándolas «a contrario sensu», en numerosas decisiones jurisprudenciales, como en la sentencia de 14 de diciembre de 1891, de la Sala 2.ª, que no aprecia, como motivo de recusación derivado del hecho meramente casual de sentarse a comer en una misma mesa de un hotel o fonda un procesado, su defensor y el Juez que conoce de la causa, «la amistad de estos dos últimos y los saludos que por cortesía se cruzaron ambos con dicho motivo, por no constituir, por sí solos —ni esa amistad simple, ni la salutación que se hicieron—, la causa legítima de recusación de amistad íntima» a que se refiere la ley, camino éste que del mismo modo parece seguir la Sala 1.ª respecto de la enemistad manifiesta, de la que llega a decir, en su sentencia de 29 de enero de 1897, que no la constituye la sola «tirantez de relaciones entre un Juez y un Abogado por causa de resoluciones dictadas por el primero en negocios en que el segundo interviniera», terminando por abonar este criterio de no ceñirse las dos causas de recusación estudiadas sólo a las *partes* de los procesos civiles y penales, sino también a los Abogados y Procuradores, las sentencias de la Sala 2.ª de 13 de julio de 1894, que desestimó la enemistad manifiesta entre un Juez y un Abogado por no haberse «conseguido justificar la existencia de la expresada causa», y la de 11 de diciembre de 1978, que declaró no haber lugar a la recusación de un Magistrado-Juez por estimar no ser suficientes los hechos alegados para fundar la causa de recusación por enemistad manifiesta entre aquél y el letrado que la invocaba tomando como base los incidentes verbales que se dice tuvieron lugar entre ambos en un juicio oral derivado de unas diligencias preparatorias, «ya que dichos incidentes quedaron sin justificar, por no haberse aportado prueba alguna de que en realidad se produjeran».

CONSIDERANDO: Que de todo lo expuesto se infiere, por lo tanto, que la *amistad íntima* entre el Abogado director de una parte procesal y el Juez o Magistrado que conozca del asunto en que ésta participe, integra la causa legal de recusación 1.ª del artículo 54 de la Ley de Enjuiciamiento criminal.

CONSIDERANDO: En su virtud, que reconocido por la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona el hecho de ser absolutamente cierta la alegación que se hace de la *amistad íntima* que une al Presidente de dicha Sección, señor T. M., con el Abogado del procesado en causa de que dicha Sección conoce, señor C. R., la que determinó el apartamiento voluntario de este último, de la dirección

letrada que se le había encomendado, en un gesto de exquisita deferencia a la imparcialidad del órgano judicial del que aquél formaba parte, presidiéndolo, no puede dudarse de que tal alegación, suscrita además por el propio recusado, que lejos de negarla la afirma, constituye la causa legal de recusación puesta en juego para separarle del conocimiento del asunto de que se trata, por lo que al no haberlo entendido así el Tribunal de instancia, que la rechazó, con evidente error, es claro que incidió en la violación de derecho que se le imputa en el primero de los motivos del recurso, que, por ello, tiene que ser necesariamente acogido.

CONSIDERANDO: En cuanto al segundo motivo, que del mismo modo que el anterior debe de ser estimado en toda su integridad, porque, apreciada la recusación en la forma que se expresa, deja de tener vigencia el artículo 70 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, que fue prevenido, por el legislador, para sancionar los casos de denegación con la condena en costas, y para imponer, dentro de ellos, la multa que se establece, si se hubiera actuado además con temeridad o mala fe.

FALLAMOS: Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley, por sus dos motivos, interpuesto por Don Jaime F. P., Don José Antonio R. A., Don Pedro C. M., Don Manuel D. B., Centro Nacional e Internacional Moda, S. A., Construcción Moda, S. A., contra Auto de fecha veinticinco de febrero de mil novecientos ochenta y tres, dictado por la Audiencia Provincial de Barcelona que declaró no haber lugar a la recusación del Ilmo. Sr. Don Francisco T. M., Presidente de la Sección 4.ª de dicha Audiencia, y en su virtud casamos y anulamos la referida resolución con declaración de las costas de oficio y devolución a los recurrentes del depósito constituido. Comuníquese esta sentencia y el auto que seguidamente se dicte a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos.

RECENSIONES

COING, H., *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, Verlag C. H. BECK, München:

Bd. I: Mitellalter (1100-1500). Die gelehrten Rechte und die Gesetzgebung, 1973, XXIV, 911 págs.

Bd. II: Neure Zeit (1500-1800). Das Zeitalter des Gemeinen Rechts.

1. Teilband: Wissenschaft. 1977, XXVII, 1033 págs.

2. Teilband: Gesetzgebung u. Rechtsprechung. 1976, XXIX, 1447 páginas.

Bd. III: Das 19. Jahrhundert.

1. Teilband: Gesetzgebung zum allgem. Privatrecht. 1982, XXVI, 1401 págs.

2. Teilband: Gesetzgebung zum allgem. Privatrecht und zum Verfahrensrecht. 1982, XXVIII, 1439 págs.

Bajo el modesto título de *Manual de las fuentes y de la literatura de la historia moderna del derecho privado europeo*, el Prof. H. Coing de la Universidad de Frankfurt/Main viene editando y dirigiendo una obra de capital significación en la historia de la literatura jurídica europea como herramienta informativa del que se precie ser estudioso del derecho. Cualquiera que se asome a las páginas de los cinco gruesos volúmenes publicados hasta ahora puede comprobar que su contenido excede de lo que se conoce como un simple «Manual». Nos encontramos ante una completísima exposición de fuentes y de literatura jurídica, meticulosa en cuanto a los datos que proporciona, rigurosamente sistemática y sumamente cuidada en los detalles y exposiciones que preceden a la lista de títulos y autores en cada capítulo.

La obra se ocupa básicamente de una exposición de las llamadas fuentes de conocimiento del derecho privado, con introducciones y comentarios a los diversos problemas. Ante todo, hay que señalar que la obra es algo más que una lista bibliográfica. Ciertamente la base de datos la componen autores y títulos de obras jurídicas, pero eso sólo es el armazón sobre el que reposa el trabajo de los redactores de los diversos capítulos. La tarea llevada a cabo por éstos es un verdadero estudio comparativo de los sistemas jurídicos resultado de épocas históricas diversas en sus múltiples manifestaciones. Es una verdadera historia del derecho privado (civil, mercantil y procesal) a través de las huellas dejadas por los operadores jurídicos, pero no al estilo conven-

cional: proporciona ciertamente el sistema y los datos, pero en el hallazgo de cada tema concreto debe volcarse personalmente el lector o el investigador.

Desde el punto de vista geográfico son objeto de estudio fundamentalmente los países que luego desembocaron en un sistema jurídico codificado, aunque también existen abundantes referencias a países del *common law*. Cronológicamente la obra comienza en el siglo XII y se extiende, en lo hasta ahora publicado, hasta el siglo XIX.

El tratamiento de los ingentes materiales recogidos en la obra está dividido en cada época histórica en cuatro grandes sectores: la doctrina, las instituciones, la legislación y la jurisprudencia. Se ha renunciado a una inútil lista alfabética de autores y obras, cuyo lugar adecuado es un índice, en aras de una exposición sistemática de los temas. Por otro lado, el contenido de cada sector en que sistemáticamente se divide la materia es exhuberante.

Bajo la rúbrica «doctrina» se estudian tanto los aspectos universitarios como la literatura jurídica de una determinada época. En el apartado de las instituciones se abordan los principales institutos jurídicos de cada tiempo, a medida que se van perfilando. Por su parte, los capítulos relativos a la legislación y a la jurisprudencia recogen tanto las obras de significación general como las relativas a cada país en particular. En este sentido, es de ver con particular agrado las abundantes referencias al derecho español en todos los capítulos.

Una obra de esta envergadura sólo es posible con un grupo de colaboradores científicos del más alto nivel. Aunque la responsabilidad del sistema de la obra y de su concepción corresponde al Prof. Coing, en cada tomo y en cada capítulo, han colaborado diversos investigadores de todos los países.

Los tomos publicados hasta el presente abarcan las siguientes materias:

Tomo I: Edad Media (1100-1500)

En el capítulo dedicado a la doctrina se estudia el nacimiento, fundación, organización y funcionamiento de las Universidades en la Edad Media, tanto desde el punto de vista institucional como profesoral y estudiantil. Asimismo se efectúa un completo recuento de los textos y de la literatura jurídica: Desde las diversas ediciones y manifestaciones del *Corpus Iuris*, hasta las escuelas de los Glosadores, Comentaristas y Canonistas. Capítulo especial del máximo interés se dedica a la historia de la ciencia procesal, en torno a la figura de Guillermo Durante.

Sucesivamente se exponen las principales instituciones de cada país en dicha época, entre las que hay que contar las relativas a Castilla y Aragón, las diversas manifestaciones de la jurisdicción eclesiástica y el Notariado.

En el capítulo de legislación se hace un importante recuento por países, con datos valorativos de la mayor utilidad. Mención particular merecen las aportaciones de Castilla-León, Navarra, Aragón, Cataluña, Valencia y Mallorca.

La parte dedicada a la jurisprudencia se refiere básicamente a la de la Rota romana.

Tomo II: Edad Moderna (1500-1800)

El tomo II está dedicado a la Edad Moderna y hasta el momento están publicados dos volúmenes de considerable extensión.

Con la sistemática general de la obra se estudia en el primer volumen, dedicado íntegramente a la ciencia jurídica, el programa y sistema de estudio y enseñanza de las Facultades de Derecho, con referencias a cada país, entre ellos España. Sucesivamente se dedican sendos capítulos al estudio de la literatura jurídica sobre el derecho común y particular de cada país, con capítulos particulares relativos a las obras producidas bajo el influjo del humanismo

y de la corriente iusnaturalista. También existe un capítulo especial dedicado al Derecho Mercantil.

El volumen segundo de este tomo recoge las fuentes legales y jurisprudenciales de la época, de manera exhaustiva. Tras un capítulo introductorio dedicado a la tipología en que se presentan las fuentes legales del derecho privado y del derecho procesal, se dedican estudios completísimos a las fuentes que aparecen en cada país. El capítulo dedicado a España recoge todo lo relativo a Castilla y sus colonias, País Vasco, Navarra, Aragón, Cataluña, Baleares y Valencia. Una parte considerable del volumen está dedicada en particular al derecho mercantil, exponiéndose las fuentes no sólo por países, sino también por la clasificación de materias típica del Derecho Mercantil.

La recopilación de la jurisprudencia sigue el doble criterio territorial y tipográfico que caracteriza a la obra.

En relación a esta época falta por aparecer el volumen tercero dedicado a las instituciones.

Tomo III: El siglo XIX

De este tomo han aparecido publicados los dos primeros volúmenes dedicados al estudio de la legislación de este siglo. El plan de la obra prevé todavía otros cinco volúmenes relativos, respectivamente, a las fuentes legislativas de cada disciplina jurídica, a la ciencia jurídica en el siglo XIX, a la jurisprudencia de dicha época, a los países nórdicos y a los países del sudeste de Europa.

Los dos volúmenes publicados relatan incansablemente la historia de la codificación del derecho privado en cada país. Gran parte del segundo volumen estudia específicamente la codificación del derecho procesal. En cada caso se exponen los antecedentes de los códigos modernos, incluso en cada uno de los sectores del derecho privado.

La obra comentada resulta sumamente valiosa y no sólo por su envergadura, a pesar de la modestia de su título. A destacar en primer lugar la información completísima que proporciona sobre cada materia, con detalles incluso relativos a las diversas ediciones de cada obra. Ello explica que sea fuente de inspiración y propaganda de todo bibliófilo. El nivel informativo de la obra se revaloriza con las introducciones y presentación de cada tema, que es precisamente el dato que hace trascender la obra del mero listado bibliográfico. Al mismo tiempo, la sistemática adoptada permite hacerse de inmediato con el esquema de la obra, sin caer en un rigorismo formal e inútil. Cuando es necesario, la flexibilidad del sistema es notoria, de modo que no importa en ocasiones duplicar la información en capítulos diversos. Ello es particularmente valioso para una consulta sectorial de la obra. Por último, hasta ahora, sólo el primer tomo, que está completo, presenta índices onomásticos y por materias al final del mismo. Es de esperar que cuando se completen los demás tomos aparezcan los oportunos índices.

Todavía es necesario destacar un dato más de utilidad para el lector español. La exposición de nuestro derecho histórico está cuidada como si de obra hecha en España se tratara, de tal manera que no sólo los datos son fiables, sino también exhaustivos. Por otro lado, los capítulos relativos a la historia del proceso civil y los hitos de la literatura procesal están tratados con particular relieve, de tal manera que la obra se convierte en consulta obligada para el procesalista interesado por temas históricos. Entre nosotros, está todavía por hacer una obra de conjunto sobre la historia del derecho procesal español.

FRANCISCO RAMOS

FERID, M., FIRSCHING, K., *Internationales Erbrecht. Quellensammlung mit systematischen Darstellungen des materiellen Erbrechts sowie des Kollisionsrechts der wichtigsten Staaten*, 3.ª edición, 7560 páginas, aproximadamente, en 7 volúmenes de hojas recambiables, Verlag C. H. BECH, München, 1983.

La obra de los Profesores Ferid y Firsching es una monumental colección de fuentes en 7 tomos sobre el derecho internacional de las sucesiones por causa de muerte en los países más importantes de la tierra.

La obra introduce la compleja problemática del fenómeno sucesorio cuando cualquiera de los elementos de conexión típicos (nacionalidad, domicilio, situación, etc.) pone en juego el ordenamiento jurídico de diversos países. Ante todo se efectúa, pues, una breve introducción sobre el derecho conflictual y se dan ilustraciones concretas acerca de la metodología a seguir en cada caso concreto. Es decir, se procede a un chequeo de los principales problemas que presentan estos casos, tanto desde el punto de vista material como procesal y se explica el tratamiento a seguir para llegar a una solución práctica.

En este resumido capítulo introductorio se da noticia concreta de las normas de conflicto vigentes en más de setenta países. Hay que hacer una salvedad por lo que se refiere a nuestro país: No se ha incorporado todavía la reforma del título preliminar del Código Civil de 1974, por lo que las referencias en este punto hay que entenderlas superadas.

Tras esta introducción a los problemas conflictuales en general, el resto de la obra se dedica a la exposición de las fuentes del derecho sucesorio en cada país. En concreto, los siete tomos publicados de la obra abarcan los siguientes países: Argentina, Australia, Bélgica, Bulgaria, China, Dinamarca, República Federal Alemana, República Democrática Alemana (t. I), Finlandia, Francia, Grecia, Gran Bretaña (t. II), Irlanda, Israel, Italia, Japón, Jugoeslavia (t. III), Luxemburgo, México, Nueva Zelanda, Holanda, Austria, Polonia (t. IV), Suecia, Suiza, España, África del Sur, Checoslovaquia, Turquía, Rusia, Hungría (t. V), Estados Unidos de Norteamérica (t. VI y VII) y el Vaticano (t. VII).

La metodología seguida en cada caso es también uniforme: Una primera parte que sirve de introducción a los problemas y soluciones que en materia sucesoria presenta cada sistema jurídico, con remisiones bibliográficas a obras generales y a monográficas. Una segunda parte, dedicada a la transcripción de los textos legales vigentes, en la mayoría de los casos en edición bilingüe.

La extensión de los materiales recogidos varía notablemente de un país a otro, lo cual produce ciertas desigualdades en los diversos capítulos de la obra.

Al lado de exposiciones completas tanto en cuanto a doctrina como en cuanto a fuentes legales (Vgr. Alemania, Francia, USA, Israel, etc.), se encuentran países en que se diría que la labor está por realizar. Tal es el caso de España, en el que las referencias se limitan a una bibliografía somera que se detiene al inicio de los años 60 y a una transcripción bilingüe castellano-alemana de los preceptos del Código Civil relativos a las sucesiones, pero sin incorporar las modificaciones legislativas posteriores a las de la ley de 24 de abril de 1958, que en este momento son ya importantes.

Con todo, el valor de la obra permanece en mi opinión inalterable por varias razones. En primer lugar, porque todos los que nos hemos dedicado alguna vez a expurgar textos legales sabemos de las inmensas dificultades que dicha labor presenta, tan sólo respecto del derecho interno. Tratándose de textos de diversos ordenamientos jurídicos, el mero hecho de presentar el material

reunido es una incalculable ayuda para todo el que se ocupa de problemas de derecho internacional privado en este sector.

En segundo lugar, la obra se presenta encuadrada en tomos con hojas recambiables. Ello significa que está llamada a perdurar y a mantener actualización de los textos, que es donde reside el secreto de su valor. En este sentido, las novedades legislativas pueden ser fácilmente asumidas y reelaboradas, con lo cual la utilidad de la obra es permanente.

FRANCISCO RAMOS

BÜLOW, A., BÖCKSTIEGEL, K. H., con la colaboración de H. LINKE, F. MECKE, G. MÜLLER, J. PIRRUNG, D. SCHLAFEN y H. SCHMIDT, *Der Internationale Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen*, puesta al día hasta abril de 1983, Verlag C. H. BECK, München, 1983, 2 tomos de hojas recambiables, 1760 páginas aproximadamente.

La presente obra recoge en un apretado volumen una exhaustiva colección de los Tratados bilaterales y multilaterales en los que es parte la República Federal Alemana. El denominador común de la colección es la materia a que se refieren dichos Convenios internacionales: el tráfico jurídico internacional en materia civil y mercantil, en el que cobra especial significación teórica y práctica la materia procesal, como puede verse por su contenido.

En los dos volúmenes de la obra publicados hasta el presente mediante el sistema de hojas recambiables que permiten la puesta al día se recogen los Tratados relativos a la tutela jurídica y al auxilio judicial internacional (A), la competencia y la ejecución de decisiones judiciales (B), el arbitraje internacional (C), la legalización de documentos (D), convenios relativos a materias específicas (E) y las disposiciones relativas a las representaciones diplomáticas de la República Federal Alemana en el extranjero (F).

En cada caso, junto a la versión alemana, se incorporan los textos auténticos de los Tratados, con abundantes concordancias y notas bibliográficas. Pero la obra es algo más que una simple colección de fuentes más o menos completa. Cada apartado de la obra está precedido de una extensa introducción, con explicación de la génesis de cada convención y de los diversos problemas que plantea. En muchos casos, la obra alcanza la categoría de verdadero comentario a determinados Convenios. Tal ocurre, por ejemplo, con la parte dedicada a los aspectos procesales del derecho comunitario, particularmente por lo que se refiere a la Convención de Bruselas de 27 de septiembre de 1968. Por el momento, todavía no ha sido objeto de publicación el comentario relativo a los convenios sobre arbitraje internacional.

Los textos de los Convenios multilaterales van seguidos de rigurosas tablas de vigencias y estado de ratificaciones, reservas o comunicaciones respecto de cada norma.

La obra es de consulta obligada por las continuas referencias al derecho interno e internacional y resulta asimismo de interés para el lector español puesto que nuestro país es parte en una gran mayoría de los Convenios en ella recogidos.

FRANCISCO RAMOS

CIVIL JUSTICE QUARTERLY, publicada por Sweet & Maxwell en asociación con el Instituto de la Administración de Justicia de la Universidad de Birmingham, vol. I, Londres, 1982, 392 páginas.

Una nueva Revista de Derecho Procesal ha salido a la luz casi simultáneamente a nuestra «JUSTICIA», en un país en que no abundaban revistas específicas sobre esta materia concebidas al estilo de lo que estamos acostumbrados en los países de derecho codificado. Se trata de la CIVIL JUSTICE QUARTERLY, dirigida por Sir Jack I. H. Jacob, Q. C. y el Profesor I. R. Scott (Birmingham), asistidos por un Consejo de Redacción compuesto por los Profesores A. L. Diamond, R. M. Goode, Lord Lloyd of Hampstead, J. A. Jolowicz y Lord MacGregor of Durriss.

La Revista anuncia una aparición trimestral y tiene como secciones habituales, una dedicada a breves notas, otra a artículos doctrinales y un breve panorama de actualidad sobre casos jurisprudenciales y otras noticias.

Entre los artículos aparecidos en el primer volumen, que comprende los cuatro números de 1982, pueden destacarse los siguientes artículos de interés general para nuestros lectores desde el punto de vista del derecho comparado: R. THOMAS, *Un código de procedimiento para pequeñas reclamaciones*; D. F. MARTIN, *Estudio comparativo de la ejecución en Inglaterra y Francia*; J. C. RUHNKA y J. A. MARTIN, *Experiencias americanas para reducir los costes y duración de los juicios civiles*; Lord KEITH of KINKEL, *La discrecionalidad judicial*; W. B. FISCH, *Recientes reformas en el procedimiento civil alemán: la dimensión constitucional*; Sir J. JACOB, *Salvaguarda del interés público en los procedimientos civiles ingleses*; K. H. HENDRY, *La misión de los Tribunales: algunas reflexiones*.

Como puede comprobarse, la Revista presta especial atención al derecho comparado, al mismo tiempo que da cuenta de las peculiaridades propias del procedimiento civil inglés. De aquí que resulte de interés general para estar al día respecto de lo que se produce al otro lado del Canal de La Mancha. Sólo resta desearle larga vida y éxito editorial.

FRANCISCO RAMOS

ROBERT, J., con la colaboración de B. MOREAU, *L'arbitrage. Droit interne et droit international privé*, 5.ª edición, París, DALLOZ, 1983, 478 páginas.

La obra de J. ROBERT sobre el arbitraje es ya clásica, de tal manera que la última edición hace ya tiempo que estaba agotada. Después de la importante reforma operada en Francia en materia de arbitraje por el Decreto de 12 de mayo de 1981, que vino a redactar de nuevo el título correspondiente del *Nouveau Code de Procédure Civile*, era preciso una reelaboración de la materia *ex novo*, pues no cabe duda que la novela legislativa plantea importantes problemas para los que no sirven viejas soluciones, ahora ya caducas. La obra de J. ROBERT, que en esta ocasión cuenta con la colaboración de B. MOREAU, aborda el tema en sus diferentes aspectos.

El libro está concebido en dos partes claramente diferenciadas: la primera dedicada al arbitraje interno y la segunda dedicada al arbitraje internacional.

En los capítulos dedicados al arbitraje interno se estudian los temas de la capacidad para comprometer, objeto del compromiso, la convención arbitral y sus efectos, el desarrollo del proceso arbitral desde su iniciación hasta el pronunciamiento del laudo y recursos contra el mismo. En esta parte de la obra los autores se apoyan sobre múltiples decisiones jurisprudenciales, pero han tenido el buen criterio de podar la obra de aquellas resoluciones más antiguas cuyos postulados han quedado superados por la reforma.

En materia de arbitraje internacional la innovación legislativa francesa es absoluta, comenzando por regular en el Código una materia que hasta ahora se venía rigiendo exclusivamente por los Tratados internacionales y por decisiones jurisprudenciales aisladas. Los autores efectúan así una exposición sistemática de la materia, auxiliando las peculiaridades de la convención de arbitraje en este caso, los problemas de la ley aplicable al proceso arbitral y al fondo del litigio, los incidentes que pueden surgir en el proceso arbitral, la sentencia arbitral, su reconocimiento y ejecución. En este caso el hilo conductor no son sólo los preceptos del *Nouveau Code de Procédure Civile*, sino también las principales Convenciones en materia de arbitraje internacional.

El método general de la obra se caracteriza por huir de las grandes construcciones dogmáticas para exponer en un estilo directo y que va al grano los principales problemas que la institución plantea en la práctica. Las soluciones en algunos casos propugnadas están llamadas a obtener confirmación jurisprudencial, a medida que tenga ocasión de prodigarse la aplicación de la nueva ley. Por eso, la obra hay que juzgarla valiosa como punto de partida para enfrentarse a esta nueva era de aplicación práctica de la ley, que coincide con un notable incremento de los litigios en materia de arbitraje internacional.

El libro se completa con el texto de las disposiciones internas sobre arbitraje, los principales convenios internacionales y diversos formularios para la práctica.

FRANCISCO RAMOS

RAAPE, L., STURM, F., *Internationales Privatrecht*, Verlag Franz Vahlen, München, 1977, 6.ª edición, tomo I, XXIX + 478 páginas.

Es un hecho que se repite con cierta frecuencia en la literatura jurídica alemana. Cuando una obra ha alcanzado relevancia en los ambientes jurídicos, surgen agradablemente continuadores que prolongan la vigencia de la misma más allá de la desaparición física de su primigenio autor. El legado de la ciencia es de esta manera transmitido en solución de continuidad a través de las generaciones. Tal ocurre con la obra escrita inicialmente por el Profesor L. Raape, que ahora ha sido continuada y puesta al día, permaneciendo fiel al estilo original, por el Prof. F. Sturm.

Nos encontramos aquí con un verdadero y significativo Manual de Derecho Internacional Privado, en el que se abordan los temas típicos de la parte general de la disciplina: concepto, método y fuentes del derecho internacional privado, la norma de conflicto, calificación, reenvío, cuestión previa, orden público, nacionalidad, etc. Particular trascendencia procesal tienen los capítulos dedicados a la aplicación del derecho extranjero y al reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras.

Cada capítulo se hace preceder de una abundante indicación bibliográfica que abarca a multitud de países, incluyendo doctrina española. El texto expositivo de la materia es resumido y claro, lo que permite una rápida comprensión del problema. Para una mayor profundización basta con acudir a las notas a pie de página que en ocasiones ocupan una extensión superior a la del texto. No sin razón se han transcrito a continuación de éste, al final de cada capítulo.

En resumen, un excelente Manual que dosifica admirablemente la materia, de modo que puede ser utilizado a diversos niveles, tanto por estudiantes, como por Profesores o prácticos.

FRANCISCO RAMOS

Gedächtnisschrift für Rudolf Bruns, editados por J. Baltzer, G. Baumgärtel, E. Peters y H. Pieper, Verlag Vahlen, München, 1980, VIII + 302 páginas.

Rudolf BRUNS (11-9-1910, 20-7-1979) fue Profesor de Derecho Privado, Derecho Procesal Civil, Derecho Mercantil y Derecho Comparado de las Universidades de Mainz, Saarbrücken y desde 1956 su nombre va unido a la Universidad de Marburg/L. Me encontraba en la Universidad de Bielefeld cuando llegó la triste noticia de su fallecimiento. Este libro, que entonces se gestaba, debía ser una conmemoración festiva de su 70 aniversario. Con el tiempo se ha convertido en un sentido homenaje *in memoriam*.

Rudolf Bruns fue un gran procesalista, que ha dejado una significativa bibliografía, entre la que sin duda destacan su Derecho Procesal Civil (2.ª edición, 1979) y su Tratado sobre la ejecución forzosa (2.ª edición, 1976). En el apéndice de la obra que comentamos se recoge la lista de 7 libros, 48 trabajos y 34 recensiones de libros que componen la bibliografía jurídica del autor.

La obra que presentamos recoge 18 trabajos de otros tantos Profesores sobre materiales procesales, divididas en tres grandes apartados: derecho comparado, proceso de declaración y proceso de ejecución y derecho concursal. Colaboran en ella los Profesores EKELOF (Estocolmo), *Amigable composición y conciliación*; GRUNSKY (Bielefeld), *Daños por mora y desvalorización monetaria*; RAMOS (Athenas), *La casación en interés de la ley según el derecho procesal civil griego*; SCHLOSSER (München), *Interpretación autónoma de un Tratado, derecho nacional, derecho comparado y el Tratado de Bruselas de 27 de septiembre de 1968*; ZEPOS (Athenas), *Valoración de la prueba y especificación de los motivos en la sentencia*; BALTZER (Marburg/Lahn), *Tratamiento electrónico de datos en la contabilidad de los comerciantes y Derecho Procesal*; BAUMGÄRTEL (Köln), *La distribución de la carga de la prueba en los procesos por responsabilidad médica*; HENCKEL (Göttingen), *Reflexiones sobre la génesis y la historia de la ZPO*; LUKÉ (Saarbrücken), *Cuestiones dudosas sobre la vía judicial adecuada*; MUHL (Mainz), *Sobre la estructura del proceso constitucional y administrativo en relación con el proceso civil*; PIEPER (Hannover), *La posición jurídica del perito y la responsabilidad por un dictamen erróneo*; SCHWAB, *Los problemas procesales del parágrafo 407 II BGB*; VOLKKOMMER (Marburg), *La pretensión de las partes sobre un procedimiento «limpio» en el proceso civil*; WOLF (Marburg), *la naturaleza de la sentencia judicial*; BAUR (Tübingen), *La responsabilidad propia del administrador del concurso por la continuación de la empresa con múltiples deudores*; HARSCHHEID (Würzburg).

Sobre la problemática jurídica de los acuerdos extrajudiciales de saneamiento de empresas; OTTO (Bayreuth), *La conexión entre crisis, situación de quiebra y quiebra en el derecho penal concursal*; PETERS (Tübingen), *Interpretación restrictiva del parágrafo 888 I ZPO?*

FRANCISCO RAMOS

THOMAS-PUTZO, *ZPO mit Gerichtsverfassungsgesetz, 12. neubearbeitete Auflage*, Verlag C. H. Beck, München, 1982, 1731 páginas.

Hay libros para los que huelga todo comentario, porque su calidad resulta ser tan acreditada y su uso tan extendido que la aparición de una nueva edición sólo viene a confirmar la gran aceptación y utilidad de la obra, y obedece no tanto a que su contenido necesite ser actualizado, sino al hecho de que sus ejemplares se agoten muy pronto.

Este es el caso de la 12.ª edición revisada de la Ordenanza Procesal Civil alemana, magistralmente comentada y puesta al día por los Jueces y Catedráticos D. Heinz Thomas y D. Hans Putzo.

Su reducido formato, que no impide que su contenido abarque 1731 páginas, junto con la calidad de sus comentarios han hecho de esta obra la más utilizada por los juristas alemanes. Su enfoque se orienta hacia la práctica cotidiana de la labor de los profesionales del Derecho más que hacia una afanosa reproducción de todas y cada una de las tendencias científicas y doctrinales.

Contiene los textos legales de la Ordenanza Procesal Civil, la Ley de Introducción de la Ordenanza Procesal Civil y la Ley del Poder Judicial con su correspondiente Ley de Introducción, todos ellos comentados sucintamente y con precisión, sin olvidar la indicación de bibliografía y jurisprudencia al respecto. Estos textos legales van precedidos de una valiosa introducción sobre los conceptos básicos del Derecho procesal en sendos capítulos titulados: Los principios fundamentales del proceso; El objeto de la litis (La pretensión procesal); Los actos procesales; Litigios patrimoniales y no patrimoniales; Clases de procesos; La interpretación del Derecho procesal; todo ello con indicación de la bibliografía más importante y la doctrina al respecto. La obra concluye con un minucioso índice de materias que permite la rápida localización de cualquiera de ellas.

Para terminar, sólo cabe subrayar de nuevo que todos los elogios se ven confirmados por la ahora ya duodécima edición de este valioso instrumento de trabajo para el jurista.

URSULA VESTWEBER

SANDROCK, *Handbuch der Internationalen Vertragsgestaltung*, en Schriftenreihe Recht der Internationalen Wirtschaft, Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft mbH, Heidelberg, 1980, 2 tomos, 1288 páginas.

La contratación internacional constituye no sólo un campo cada día más importante dentro del espectro económico de todos los países, sino que es, a la vez, fuente de innumerables problemas jurídicos en el ámbito del Derecho

Internacional Privado y, como no, de litigios entre partes de distintas nacionalidades. La significación que en este contexto corresponde atribuir a la correcta y previsible redacción de los correspondientes contratos es de capital importancia para el buen funcionamiento de las relaciones comerciales interestatales y, en definitiva, de la economía internacional.

Este problema ha sido magníficamente valorado en sus justas dimensiones por el autor y editor de la obra, el Dr. D. Otto SANDROCK que fue catedrático de la Universidad de Bochum y es ahora Director del Instituto de Derecho Civil y Económico Extranjero e Internacional de la Universidad de Munster, ambas en la República Federal de Alemania. Junto con cinco co-autores de probada competencia —los abogados Dr. D. Klaus F. BECKMANN, Dr. D. Harald JUNG, Dr. D. Udo KORNMAYER, Dr. D. Fritz-Peter STEINSCHULTE así como el Ayudante de Cátedra de la Universidad de Bochum Dr. D. Peter MÜLLER— ha escrito este valioso manual de la contratación internacional, cuyo subtítulo —Guía para la Conclusión de Contratos en las Relaciones Económicas Internacionales— nos da una idea de la finalidad que el autor/editor y sus colaboradores persiguen: presentar un libro de consulta, de eminente orientación práctica, para empresarios y sus Letrados asesores que tienen que intervenir en la contratación internacional.

A este objetivo se adapta también la división de la obra en dos tomos, cada uno con tres secciones que abarcan sendos capítulos. Los temas tratados son los siguientes: Tomo 1.º: Sección A (a cargo de los autores Sandrock y Steinschulte): Las cuestiones básicas del Derecho contractual internacional (Puntos de conexión en las normas de conflicto aplicables a las obligaciones contractuales); Sección B (a cargo de los autores Beckmann y Sandrock): La conclusión del contrato y el idioma del mismo (Relaciones precontractuales; El significado del silencio en la conclusión del contrato; Inclusión de Condiciones Generales de la Contratación; Regulación del idioma aplicable a las relaciones contractuales); Sección C (cuyo autor es D. Peter Müller): La Forma del contrato. Tomo 2.º: Sección D (a cargo de D. Peter Müller): Problemas del apodamiento; Sección E (a cargo de los autores Jung y Sandrock): Cláusulas de sumisión a fueros extranjeros; Sección F (a cargo de los autores Kornmeier y Sandrock): Cláusulas de arbitraje internacional.

Existe un Anexo con los textos legislativos pertinentes de la Comunidad Europea (leyes y proyectos de ley), de los Convenios bilaterales sobre reconocimiento y ejecución de sentencias, de los Convenios sobre arbitraje internacional y de los reglamentos arbitrales institucionales existentes, con la lista de países firmantes de dichos convenios, junto con un capítulo dedicado a la indicación de direcciones útiles (Cámaras de Comercio y otros organismos semejantes, editoriales de revistas especializadas, etc.). La obra concluye con una extensa indicación bibliográfica internacional y un índice detallado de materias.

Es especialmente de resaltar la clara y detallada estructuración de cada materia, indicada en la introducción a cada capítulo, con numeración al margen de las páginas, detalle que facilita enormemente la rápida localización de cada tema. Para mejorar aún más, si cabe, la utilización práctica de la obra, se ha incluido al término de la exposición de cada tema, un breve resumen de la materia, que, puesto en un recuadro, salta fácilmente a la vista del lector a quien pone así en condiciones de enjuiciar rápidamente el contenido y la importancia del tema tratado en las páginas anteriores. Y como esto fuera poco, añade el autor unas «Indicaciones prácticas» que, puestas asimismo en recuadro, representan la quintaesencia de muchos de los temas tratados, señalando las consecuencias prácticas de los mismos. En algunos casos, estas

«Indicaciones prácticas» contienen incluso propuestas para la formulación de las cláusulas contractuales.

En esta visión eminentemente práctica el autor no deja de incluir en sus consideraciones la opinión de la doctrina dominante y de la jurisprudencia, ni olvida tampoco los aspectos que de lege ferenda están necesitados de modificación.

El segundo tomo culmina con una «lista de chequeo» general y otra especial para la elaboración de los contratos internacionales e nconcreto.

La lista *general* remite a los correspondientes capítulos del libro y hace referencia a los aspectos jurídicos y jurisprudenciales a tener en cuenta desde el punto de vista del Derecho alemán.

La lista *especial* hace remisión asimismo a los capítulos del libro, pero orientando el enfoque hacia el Derecho extranjero de que en cada caso pueda tratarse y el que haya que tener en cuenta.

A este respecto hay que decir que el libro recoge la problemática contractual de 14 países con los que Alemania mantiene estrechas relaciones económicas, tales como Francia, Gran Bretaña e Irlanda, Italia, los países del Benelux, Dinamarca, Suiza, Austria, EE.UU., Canadá, Australia y Japón.

Y una vez más hemos de lamentar la ausencia de toda referencia al Derecho español, y muy probablemente no sea esto debido a la escasa incidencia del comercio hispano-alemán en la economía de la República Federal de Alemania, sino simplemente al desconocimiento generalizado de nuestro Ordenamiento jurídico allende nuestras fronteras, a la barrera del idioma y a la sólo incipiente integración de nuestro país en la Comunidad de las Naciones Europeas a nivel político y económico.

Desearíamos que con motivo de una nueva edición de esta magnífica obra, pudieran incorporarse al mismo también los correspondientes capítulos y referencias al Derecho español. Y no quisiéramos que esto se entendiese en modo alguno, como crítica a esta importante obra, sino solamente como una sugerencia para una posible nueva edición revisada que en el futuro se elabore y que, de esta forma, vería también ampliado el círculo potencial de sus lectores.

URSULA VESTWEBER
FISCHER-FISCHER, *Spanisches Handels- und Wirtschaftsrecht*, Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft mbH, Heidelberg, 1983, 300 páginas.

Ahora que España ha emprendido con paso firme el camino hacia la integración definitiva en los organismos europeos, y parece que también en el Mercado Común, nos encontramos con el extraño fenómeno de que el Derecho español es, fuera de nuestro país, un perfecto desconocido. Contados son los juristas conocedores de nuestro ordenamiento jurídico. Ello se debe, quizás, a la barrera del idioma, en clara desventaja frente al inglés y francés, o también a lo alejado que se encuentra nuestro país aún de todo lo que conforma el mundo centroeuropeo de la política, de la economía y del comercio y no por último, a la falta de literatura, de autores que se hayan preocupado de llevar nuestra cultura jurídica más allá de nuestras fronteras.

Loable labor, por tanto, la de los autores, abogados profesionalmente afincados en Madrid, quienes desde su privilegiada situación de profesionales bi-

lingües, han contribuido a la tarea de dar a conocer al mundo germanoparlante la esencia de nuestro Derecho mercantil y económico. En poco menos de 300 páginas se hace un perfecto repaso de la regulación de la totalidad de nuestras instituciones mercantiles, recogiendo también las modernas tendencias doctrinales con indicación de la legislación especial puesta al día. La obra refleja fielmente las opiniones de nuestros mejores tratadistas del Derecho mercantil y recoge una amplia bibliografía, con lo que este libro se convierte, a la vez, en una valiosa ayuda para el jurista alemán que, sin tener que superar esa barrera, al parecer tan difícil, que es el idioma castellano, podrá adentrarse en nuestras leyes mercantiles sin dificultades lingüísticas. Dicho sea de paso, que muy acertadamente, los autores indican también la terminología española allí donde es necesaria e imprescindible, lo que resulta de gran ayuda para el lector que, a mayor abundamiento, se encuentra con referencias al Derecho alemán en los casos en que es preciso destacar diferencias.

El libro se divide en trece capítulos, con apartados correlativamente numerados al margen y, en algunos casos, subdivididos en párrafos, según la amplitud del tema a tratar. Haciendo un repaso a los encabezamientos de los distintos capítulos, nos daremos cuenta que los autores han abarcado toda la temática mercantil y económica de forma admirablemente concisa y clara.

La obra se inicia con un primer capítulo dedicado al fundamento histórico y al concepto del Derecho Mercantil y Económico español, seguido de otro referente a las fuentes, para después pasar a la figura del empresario individual y, en el capítulo IV, al personal auxiliar y mediador. El capítulo V está dedicado a las sociedades en todas sus variantes, seguido de otro capítulo que se ocupa de la empresa, para luego abarcar el negocio jurídico mercantil en general y los distintos contratos mercantiles en especial. El capítulo IX está dedicado a los contratos de garantía, y en los últimos cuatro capítulos se describe la letra de cambio, el cheque, la regulación jurídica de la insolvencia, la normativa referente a las inversiones extranjeras en España, para terminar con un capítulo dedicado al Derecho Mercantil y Procesal Internacional.

Permitan los autores constatar solamente una pequeña «laguna» que no escapa al que desde una de las Autonomías históricas de España, está acostumbrado a ver el ordenamiento jurídico con ojos «autonómicos». Cataluña, país eminentemente industrial y comercial y tierra de gran arraigo para muchos empresarios y comerciantes alemanes, tiene leyes propias que pueden incidir en algunos temas tratados en este libro, como son los apartados dedicados al empresario casado y al cónyuge del empresario. Con ello no se pretende más que hacer una pequeña sugerencia precisamente para un libro que tan dignamente cumple el noble cometido de fomentar y ayudar al acercamiento entre los pueblos, a través del conocimiento de sus respectivas instituciones jurídicas.

URSULA VESTWEBER

CHIARLONI, Sergio, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Ed. Giuffrè, Milán, 1980, 255 páginas.

Con frecuencia, los medios tradicionales previstos para lograr la ejecución de sentencias civiles resultan inadecuados. Por ello, la doctrina ha fijado su atención en la posibilidad de utilizar otros instrumentos dirigidos a doblegar la resistencia que, en orden al cumplimiento de la sentencia, opone quien ha

sido condenado por ella. La presente monografía está dedicada al estudio de este tema, si bien se centra, fundamentalmente, en aquellos tipos de sentencias, cuales son las que contienen condenas de hacer o de no hacer, respecto de las que la cuestión indicada cobra mayor importancia.

El libro se compone de cuatro capítulos. El primero de ellos es de carácter introductorio; en él se lleva a cabo la delimitación del objeto de la investigación. En el segundo, se efectúa un profundo estudio acerca de la *condemnatio pecuniaria* del derecho romano clásico; asimismo, se analiza la evolución histórica del principio plasmado en la máxima *nemo praecise ad factum cogi potest*. El capítulo tercero está destinado a abordar, desde el punto de vista del derecho italiano vigente, la problemática referente a la aplicación de medidas coactivas de naturaleza personal en los casos de incumplimiento de sentencias de condena. En el último capítulo, se realiza una exposición de las conclusiones obtenidas por el autor en el curso de la investigación.

El eje en torno al cual gira el contenido de la obra radica en los riesgos que, a juicio del autor, derivan de la tendencia enderezada a intentar el ensayo de nuevas vías interpretativas que conducen al uso indiscriminado de mecanismos penales frente a comportamientos de incumplimiento de resoluciones judiciales. Se podría llegar así a una situación caracterizada por la asunción, por parte de los órganos judiciales, de funciones propias del poder legislativo. Este resultado pugna con el principio de la separación de poderes y abandona al arbitrio judicial una materia de tan extrema gravedad como la penal.

El autor propugna una solución de carácter legal que, además, no esté basada en generalizaciones, sino que contemple y regule individualmente los diversos supuestos que pueden surgir en la práctica.

Es ésta una obra enraizada en un plano marcadamente valorativo. A pesar de ello, tiene el mérito de llamar la atención sobre un tema estrechamente ligado con el de la eficacia del proceso civil, cuestión de candente y dolorosa actualidad. Su lectura puede ser muy provechosa, no sólo por la razón antes indicada, sino también por la originalidad de algunos de sus planteamientos.

MANUEL CACHON CADENAS

VARIOS, *Studi in memoria di Salvatore Satta*, Ed. CEDAM, Padua, 1982, 2 vols., 1912 páginas.

La presente obra está destinada, como claramente sugiere su título, a rendir un homenaje póstumo al gran procesalista italiano Salvatore Satta, fallecido el 19 de abril de 1975.

La compilación de los múltiples estudios (nada menos que setenta y uno) que integran la obra ha estado a cargo del profesor Carmine Punzi, figuraban los profesores Carnacini, Fazzalari, Micheli, Montesano, Raselli y Vocino. Por otra parte, todos los trabajos corresponden a autores italianos, a excepción del que lleva por título «El juicio jurisdiccional como perspectiva de las relaciones entre derecho y proceso», que pertenece al profesor Ramos Méndez.

Un somero análisis de cada uno de los índices que encabezan los dos volúmenes de que consta la publicación muestra que, entre los estudios recogidos en aquélla, predominan, en cuanto al número, los de carácter procesal, pero pone de manifiesto también que han sido incluidos otros relativos a las más diversas materias jurídicas. Bien pudiera decirse, por ello, que prácticamente

todas las ramas del conocimiento jurídico están representadas, en mayor o menor medida, en esta colección.

Algunos de los estudios aquí reunidos se ocupan específicamente de la personalidad y de la obra de Satta. En este aspecto, son de especial interés los siguientes trabajos: «Il valore di giustizia in Salvatore Satta criterio-guida dell'avvocato nel tempo presente», del que es autor Roberto Giovanni Aloisio; «L'uomo Satta», obra del profesor Giuseppe Bettio; «L'opera scientifica di Salvatore Satta», debido al Profesor Mandrioli; «Satta e la doppia novità della domanda in appello: analisi e prospettive», realizado por Antonio Nasi, y «Salvatore Satta e il fallimento ovvero il processualista stanco del processo?», elaborado por Piero Pajardi.

Asimismo, hay un dato que merece ser destacado, por tratarse de un signo patente, y encomiable, de nobleza científica. Me refiero al hecho de que, para lograr la realización de esta obra, han prestado su colaboración, aparte de autores que fueron discípulos de Satta, otros muchos, algunos de los cuales mantuvieron con aquél no sólo discrepancias y polémicas doctrinales, sino también enfrentamientos que casi rozaban la esfera de lo personal.

Únicamente resta señalar que estamos ante una obra digna de atención por parte de cualquier estudioso del derecho que pretenda formarse una idea cabal acerca del actual estado de una ciencia jurídica, cual es la italiana, que ha alcanzado un grado de desarrollo realmente extraordinario.

MANUEL CACHON CADENAS

BUNTE, Hermann-Josef, *Entscheidungssammlung zum AGB-Gesetz*, tomo I: 1977-1980, 924 págs., y tomo II: 1981, 755 págs., Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft mbH, Heidelberg.

Con fecha de primero de abril de 1977 entró en vigor la AGB-Gesetz (ley de las condiciones generales de contratación). Estas condiciones generales de contratación representan una tipificación del contenido de un contrato bancario, de un contrato de seguros o de las condiciones de la entrega, etc. En general, dichas condiciones regulan, el lugar del cumplimiento, del pago, así como su plazo. Además, a menudo determinan el modo de la entrega de la mercancía y la jurisdicción competente. Aparte de eso, las compañías, que utilizan estas condiciones generales (AGB), es decir, los vendedores, bancos, compañías de seguros, de electricidad, etc., aprovecharon las AGB para excluir en gran parte su responsabilidad respecto a daños eventuales.

La nueva ley AGB persigue aminorar los abusos más frecuentes. La ley se aplica, sobre todo, a las relaciones jurídicas entre particulares y comerciantes. El legislador alemán sostiene la opinión de que las relaciones entre comerciantes no necesitan la misma protección que las sostenidas entre los particulares, a menudo poco expertos, y los comerciantes. Por consiguiente, esta ley excluye en gran parte las relaciones entre comerciantes (art. 24).

En primer lugar, la ley AGB regula la forma de inclusión de las condiciones generales en el contrato. En segundo lugar establece regulaciones para controlar el contenido de estas cláusulas. El principio que debe regir en este tema de las condiciones generales es el de la buena fe.

En la tercera parte de la ley AGB se recogen como ejemplo una serie de modos de formular cláusulas contractuales, las cuales están prohibidas.

La importancia de esta ley es manifiesta, lo cual se muestra en el hecho, de que más de 100 sentencias del Tribunal Supremo Federal (BGH) entre 1977 y 1981 tratan sobre esta ley.

El mérito del profesor Bunte se halla en la realización de una colección amplia y muy completa de sentencias que afectan a esta ley. El primer tomo contiene más de 300 sentencias, entre ellas, 70 del Tribunal Supremo Federal y 100 de las Audiencias Territoriales (Oberlandesgerichte). El segundo tomo, abarca ca. 160 sentencias (33 del BGH y 55 de los Oberlandesgerichte).

La necesidad de tal colección de sentencias es obvia. Las disposiciones de esta ley ofrecen sólo el marco, en tanto que el relleno, es decir, la interpretación de las normas, está confiada a los tribunales. Por tal motivo, y para conseguir la unificación de la jurisprudencia en este ámbito, se ha instalado en el sede del Bundeskartellamt (servicio federal de defensa de la competencia) un registro de estas sentencias; pero este registro contiene sólo los fallos, no los considerandos. Además, adjunta las sentencias respectivas a cada artículo, y un registro separado que informa sobre la fecha, el juzgado y la referencia.

El tomo II abarca un registro adicional que permite observar el paso de los asuntos hasta su última instancia.

Para concluir puede decirse, que esta colección llena un vacío importante, siendo su única desventaja el hecho de que no se trate de libros de hojas cambiables, para poder adoptar su contenido a la actualidad.

WOLFGANG OEHLER

Frédéric EISEMANN, Rolf EBERTH, *Das Dokumenten-Akkreditiv im Internationalen Handelsverkehr*, Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft mbH Heidelberg, 1979, 2.ª edición, 263 páginas.

Los autores presentan en este libro los créditos documentarios, cuya importancia como instrumentos de pago en el mundo de la economía internacional es evidente. En general los créditos documentarios no están codificados en la legislación nacional de los países. Se trata más bien de normas elaboradas por la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y recomendadas por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL). Casi todos los países del mundo reconocen estas normas unificadas como de uso comercial.

No cabe duda, de que en el comercio internacional, en particular en el comercio intercontinental, los créditos documentarios juegan un papel decisivo. Estos ofrecen ventajas para las dos partes de una compraventa mercantil. El vendedor puede, en el supuesto de que haya cumplido determinadas formalidades al entregar las mercancías, cobrar el precio de la compraventa al instante. En general, como lugar de pago sirve un Banco del país donde reside la sede social del vendedor. De esta manera, los créditos documentarios comportan una función aseguradora con respecto al exportador del producto, que, por lo común, desconoce la solvencia del importador. Pero también el importador o comprador puede aprovecharse de los créditos documentarios. El pago será realizado tras la comprobación de los documentos por el Banco. Los documentos conceden una cierta seguridad al comprador respecto a que el vendedor ha cumplido sus deberes. Además, los créditos documentarios pue-

den ser, según su formación, un instrumento de crédito importante, tanto para el vendedor como para el comprador.

Los autores incluyen también en su estudio los «letters of credit» (L/C), que están en uso entre los países anglosajones, y cuya diferencia respecto de los créditos documentarios consiste en la aplicación de letras de cambio a favor del vendedor. Los autores ponen de relieve la absoluta abstracción entre los créditos documentarios y el negocio en que se basan. Las excepciones provenientes del contrato de base no pueden influir en el crédito documentario.

La revisión del año 1974 de las normas unificadas ha subrayado este principio. Es necesario, que el mandante (comprador) del crédito documentario de instrucciones completas y exactas a su Banco (lit.d de las normas). Si las instrucciones están incompletas, el Banco sólo puede informar al favorecido, sin ninguna obligación. El Banco no puede abrir, confirmar o avisar el crédito documentario. En contraposición a la redacción anterior, actualmente los Bancos no poseen casi ningún poder discrecional.

Hace falta que el mandante determine exactamente al favorecido; la fecha del vencimiento; e independiente de esto, un plazo dentro del cual deben presentarse los conocimientos para el pago, aceptación o negociación (arts. 37; 41,1). Aparte de eso el mandante tiene que indicar la suma del crédito documentario, la especie de la mercancía, su cantidad y su naturaleza, así como indicar las modalidades de la entrega y del transporte.

Los autores exponen completamente las diversas formas y los documentos necesarios para la entrega y el transporte, considerando nuevas formas para éste (p. ej., transporte combinado). Los documentos más importantes son, fundamentalmente, los de seguros, los conocimientos y la cuenta.

En la segunda parte de la obra los autores tratan con mucha claridad y extensión las distintas fases del crédito documentario. En cuanto a su apertura, los autores apoyan la tesis de que ésta siempre debe ser por escrito (salvo en caso urgente, que también podría ser por cable, telex, tenograma, art. 4 de las normas unificadas).

Respecto a la transmisibilidad del crédito documentario debe observarse que una transmisión sólo se puede realizar una vez, y que el Banco debe consentir la transmisión. La denominación del crédito documentario en su creación como «transferible» por sí mismo, no es suficiente; el Banco también debe consentir en la transmisión concreta (art. 46 de las normas unificadas).

En cuanto a su realización, los créditos documentarios se parecen mucho a las letras de cambio. En este sentido domina un rigor formalístico, ya que todas las partes implicadas se ocupan de documentos y no de mercancías (art. 8a de las normas unificadas). Por eso los documentos ofrecidos por el favorecido deben ser completos y correctos, tanto respecto a la forma como respecto al fondo.

Finalmente, los autores tratan las medidas provisionales con respecto a los créditos documentarios en numerosos sistemas jurídicos. Constatan, que sólo la jurisprudencia francesa concede estas medidas, generalmente en el supuesto de que la mercancía entregada no está conforme con las estipulaciones del contrato. Las otras jurisprudencias delimitan dichas medidas provisionales tan sólo al supuesto de la estafa.

En el anexo, los autores publican las reglas unificadas y los formularios más importantes estandarizados para créditos documentarios, en versión francés-inglés y alemán.

Concluyendo puede constatar que este libro otorga una clara y detallada explicación de los créditos documentarios sin perderse en detalles. Sólo cabe esperar que pronto se publique una nueva edición que tome en consideración la revisión del año 1983 de las normas unificadas.

Las modificaciones de esta revisión no son importantes. El nuevo reglamento acepta más documentos, condicionado por la revolución técnica en el sector de los transportes; facilita el uso de medidas modernas de telecomunicación y precisa, de alguna manera, la revisión de 1974.

WOLFGANG OEHLER

Giovanni TESORIERE, *Contributo allo studio delle preclusioni nel processo civile*, CEDAM, Padova, 1983, 184 páginas.

La reconstrucción de la evolución del concepto y del principio de preclusión tanto desde la vertiente doctrinal como desde la normativa es el objeto de la presente obra.

La primera parte está dedicada al concepto de preclusión. Estudia en el primer capítulo las distintas elaboraciones doctrinales sobre la preclusión. El segundo capítulo está destinado a la búsqueda de una noción nueva de preclusión que permita la armonización de las diversas posturas comprobando la validez del concepto mediante su contraposición con conceptos afines de derecho sustancial y de derecho procesal.

«El principio de preclusione e i vari regimi positivi» es el título de la segunda parte del estudio. Se examina el principio de preclusión en los distintos regímenes positivos que se han sucedido en el tiempo. El capítulo primero analiza la preclusión desde el código de 1865 al procedimiento de trabajo de 1973 y el capítulo segundo desde este último al proyecto Liebman para un nuevo código de procedimiento civil.

El método adoptado para la investigación, según indica el propio autor en la introducción, es el histórico-sistemático y el campo de observación se ha restringido intencionalmente para evitar una grave dispersión a un solo grupo de preclusiones, aquellas que hacen referencia al «ius variandi» y al «ius novorum» en el juicio de cognición en primera instancia y en apelación.

J. FRANCO

Feruccio TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza. Struttura e limiti della tutela anticipatoria*, CEDAM, Padova, 1983, XI-381 páginas.

El motivo inspirador de este libro, según señala el autor, es la conciencia de que el estudio de la tutela cautelar urgente debe buscar los criterios que contribuyan a establecer una correcta relación entre «anticipazione e giudizio di merito». La preocupación de que la tutela urgente se convierte en fuente de abusos desaparece a través de la individualización de reglas precisas que concurren a establecer cuáles serán los efectos de la sentencia de mérito anticipados con la providencia de urgencia.

La obra analiza, en primer lugar, la naturaleza del instituto. Investigación que obliga al Prof. TOMMASEO al estudio de los rasgos característicos de la tutela cautelar.

Tras la afirmación del carácter cautelar de las providencias de urgencia, el libro centra su atención en el contenido objetivo y en los límites de aplicación de las providencias de urgencia.

El capítulo cuarto estudia el carácter subsidiario de la tutela cautelar urgente y los presupuestos de admisibilidad de la misma. La relación de subsidiariedad no se resuelve pura y simplemente con la inadmisibilidad de la tutela urgente para situaciones respecto a las que estén previstas formas determinadas de cautela, sino que debe tender a transformarse en una relación de signo distinto en la que se utiliza la cautela urgente para colmar las lagunas de las figuras cautelares determinadas.

En el capítulo quinto se analiza el contenido y efectos de estas providencias. La determinación del contenido de la medida cautelar deberá estar relacionada con la demanda de la parte y, en particular, con sus elementos objetivos con referencia por un lado a la situación subjetiva cautelada, y por otro lado a los efectos de la futura sentencia de la que se solicita la anticipación.

El sexto y último capítulo examina la ejecución de las providencias de urgencia. Se analiza, entre otros, la ejecución de las providencias de urgencia de condena a una prestación pecuniaria, la ejecución de las providencias de urgencia que contienen una obligación de hacer, la imposición de cauciones con las providencias de urgencia y otros poderes oficiosos del Juez: en particular, la divulgación de la medida cautelar.

La obra concluye con un índice de los autores citados y con un índice analítico.

J. FRANCO

José I. CAFFERATA NORES, *Medidas de coerción en el proceso penal*, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, Argentina, 1983, 165 páginas.

El Prof. CAFFERATA ha realizado, en esta obra, una sistematización de las medidas de coerción, siguiendo las líneas directrices del Código Procesal Penal de Córdoba. Al hacerlo ha seguido el orden del programa de derecho procesal penal, vigente en las Universidades Nacional y Católica de Córdoba, con el propósito de que esta obra cumpla también una finalidad docente.

El libro está dividido en cuatro grandes apartados. El primero recoge, de forma breve, la noción, caracteres y clases de la coerción en el proceso penal. Los tres restantes estudian detalladamente los diferentes tipos de medidas existentes.

Las medidas que limitan la libertad física de la persona se examinan en el apartado segundo. Esta parte, que se dedica a la coerción personal, se divide en cuatro capítulos en los que se estudian: El concepto, reglamentación legal, caracteres y fines de la coerción personal; las medidas que suponen restricciones a la libertad analizadas en particular (detención, incomunicación, prisión preventiva, etc.); la presentación espontánea y la comparecencia por decisión judicial del imputado y la excarcelación.

El tercer apartado tiene por objeto el estudio de las medidas que limitan la libre disposición del patrimonio del imputado. Se analiza la noción de coerción real y los actos en que ésta puede exteriorizarse: secuestro, orden de presentación, embargo e inhibición.

La cuarta y última parte analiza las formas accesorias de coerción. El Prof. CAFFERATA las define como: «Procedimientos tendentes a facilitar la aplicación de las medidas de coerción real o personal que, por importar en sí mismas restricciones a derechos del imputado o de otras personas, tienen también carácter coercitivo». Entre otras figuras se estudian el registro domiciliario y la intervención de comunicaciones telefónicas.

Con esta obra, el Prof. CAFFERATA, aporta un nuevo e interesante estudio a la difícil materia de las medidas de coerción en el proceso penal.

J. FRANCO

José I. CAFFERATA NORES, *El imputado*, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, Argentina, 1982, 269 páginas.

El propósito de este libro, según señala su autor, es el de reunir en un solo ejemplar varios estudios que ha publicado en los últimos años sobre la situación del imputado en el proceso penal. De este modo se facilita su consulta.

Los artículos han sido actualizados a la vista de las posteriores reformas legislativas. Algunos de ellos se han enriquecido con nuevas reflexiones sobre la materia.

Los catorce estudios recogidos analizan los temas siguientes: La relación entre la adquisición de la calidad de imputado y la posibilidad de ser sometido a medidas coercitivas personales, la adquisición de la calidad de imputado por parte del sujeto convocado a declarar como «sospechoso» a tenor del art. 251 C.P.P., la configuración actual de la figura del «imputado no procesado», la peligrosidad del imputado y las restricciones a su libertad durante el proceso, la incomunicación del imputado, la presentación espontánea, la exención de prisión, las pautas reguladoras de la excarcelación en los C.P.P. de la Nación y de Córdoba, las restricciones injustificadas a la libertad del imputado, la coerción «automática» contra el imputado y la búsqueda obsesiva de su confesión como resabios inquisitivos, la confesión policial del imputado y su valor probatorio, la identidad de «causa petendi» y los delitos de acción privada, la prohibición de la reformatio in peius y el estudio de un caso de ejercicio de la acción civil en sede penal por un damnificado co-imputado.

Algunos de los artículos que componen esta obra han nacido de la cooperación entre el Prof. CAFFERATA y los Dres. GLARÍA OLMEDO (el décimo cuarto), MONTERO (el quinto) y PÉREZ SIERRA (el primero y el segundo). A ellos agradece el autor, al inicio del libro, el haberle permitido incluir estos trabajos en la obra que nos presenta.

J. FRANCO

ALFONSO PEREZ GORDO
(Montefrío - Granada, 10 agosto 1936 — Santa Eulalia
del Campo - Teruel, 2 enero 1984)

— Este día se cumplió el primer aniversario de la muerte de Alfonso Pérez Gordo. En esta ocasión se celebró una reunión en la que se repasó su vida y su obra. La reunión fue muy fructífera y se acordó publicar este artículo en esta revista.

— Víctima de un absurdo accidente de circulación falleció en el Km. 151,250 de la carretera N-234, a escasos kilómetros de Teruel, cuando se trasladaba a Zaragoza para reanudar sus actividades docentes tras un corto descanso navideño en la localidad de Burriana, nuestro compañero y amigo Alfonso Pérez Gordo, junto con su hijo de 13 años, Alfonso Pérez Daudí.

— Alfonso nos ha abandonado precisamente en el momento en que más esperábamos de él. Su artículo publicado en esta Revista constituye un claro ejemplo de madurez y preocupación por el reto que actualmente los procesalistas tenemos planteado: la superación de la crítica situación de nuestra Administración de Justicia que sitúa a nuestro país por debajo de los límites exigibles en un Estado de Derecho.

Conocí a Alfonso en 1960 cuando se incorporó, bajo la dirección del Maestro Don Miguel Fenech, a la cátedra de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de Barcelona como Profesor Ayudante. Se inició en aquel momento una continuada colaboración que se mantuvo incluso en los momentos en que servíamos en diversas Universidades, y que resulta difícil plasmar en unas sucintas notas. De ahí que me limitaré simplemente a destacar algunas de las múltiples aportaciones de Alfonso Pérez Gordo al Derecho Procesal.

En primer lugar conviene señalar su profunda vocación universitaria, que le llevó a superar sus limitaciones físicas y a abandonar su importante despacho profesional de Abogado en Barcelona para consagrarse de lleno a la Universidad, sin reparar en distancias ni en sacrificios. Profesor Ayudante en la Facultad de Derecho de Barcelona desde 1960; Profesor Adjunto Numerario desde 1 febrero 1973; Profesor Agregado de la Facultad de Derecho de Valencia desde 12 julio 1979; se traslada a la Facultad de Derecho de Zaragoza en 1980, accediendo a Catedrático en 1981. Al ocurrir su fallecimiento estaba pendiente de la solución de un concurso de traslado a la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, que, de haberse resuelto a su favor, habría significado la coronación de su carrera universitaria, y en cuyo traslado había puesto todas sus ilusiones. De su fructífero paso por la Universidad de Zaragoza fue claro exponente el sentido homenaje que le dedicó dicha Universidad el pasado día 6 febrero 1984.

Al repasar su producción monográfica forzoso es destacar dos notas significativas: su cantidad: ocho monografías y un volumen de estudios; y su novedad: casi todas ellas versaban sobre Instituciones procesales recientes. Hay que señalar además la laboriosidad mostrada durante su estancia en régimen

de dedicación exclusiva en la Universidad de Zaragoza. Desde 1981 hasta 1984 escribió siete libros, dos de ellos de próxima publicación. Dirigiendo además el volumen de estudios sobre «Constitución, Derecho y Proceso», publicados en memoria de los profesores HERCE y DUQUE (1983). Citaremos por orden cronológico sus obras *Suspensión del juicio ejecutivo*, Barcelona, 1971; *Ejecución provisional*, Barcelona, 1973; *Estudios de Derecho Procesal*, Zaragoza, 1981; *Los procesos matrimoniales*, Barcelona, 1981; *Prejudicialidad penal y constitucional*, Barcelona, 1982; *El Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Autónomas*, Barcelona, 1982; *El Tribunal Constitucional*, Barcelona, 1982; *La inadmisibilidad de la pretensión constitucional*, Barcelona, 1984 (en prensa); y *Derecho Procesal Constitucional*, 1984 (pendiente de revisión). Precisamente figuraban en su equipaje los originales de este último trabajo que se había llevado a Burriana para su corrección.

Destacan igualmente sus múltiples artículos sobre las materias más dispares, sólo parcialmente recogidos en sus *Estudios de Derecho Procesal*. Había colaborado en la «Revista de Derecho Procesal», «Revista Jurídica de Cataluña», «Revista General de Derecho», «La Ley», y en este mismo número iniciaba su colaboración con esta Revista «Justicia».

Además Alfonso estaba seriamente comprometido en la reforma, que no sustitución, de las leyes procesales. Asistente habitual a las reuniones de Profesores de Derecho Procesal que culminaron en la redacción de un Proyecto de *Corrección y Actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil* (1972 y 1974); había colaborado eficazmente en las labores de la Comisión de Cultura del Colegio de Abogados de Barcelona, principalmente en sus estudios sobre la prueba, parcialmente recogidos en la *Encuesta sobre la prueba civil* (Anuario de Sociología y Psicología Jurídicas), 1976, pp. 119 y ss.; y en el Proyecto de *Ley concursal*, en «Revista Jurídica de Cataluña», 1981, pp. 4 y ss. Y últimamente había realizado una muy interesante labor crítica del Proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, parcialmente recogida en un artículo recientemente publicado en «La Ley» (11 noviembre 1983).

Con ser muy extensa e interesante su obra escrita no se agota en ella la labor de Alfonso Pérez Gordo. Si tuviera que destacar una de sus múltiples cualidades sin duda alguna me quedaría con su fidelidad a sus amigos. El prólogo de sus «Estudios» es un catálogo de agradecimientos. Quienes teníamos la suerte de figurar en su larga lista de amigos podemos dar fe de sus inquietudes. No vacilaba Alfonso en desplazarse de Zaragoza a Valencia, pasando por Barcelona, simplemente para consultar cualquier tema o hacernos partícipes de sus inquietudes. Constantemente recibíamos las primicias de sus publicaciones, muchas veces incluso los borradores de sus trabajos. Recientemente nos había remitido una ordenación sistemática de las múltiples enmiendas presentadas al proyecto de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La Universidad ha perdido un Maestro. El Derecho Procesal ha perdido un infatigable trabajador de las nuevas instituciones. Pero nosotros, sobre todo, hemos perdido un amigo. Nos queda, no obstante, su abundante y valiosa producción escrita y sobre todo el recuerdo de sus múltiples atenciones y desvelos, de los que podemos extraer valiosas enseñanzas.

MANUEL SERRA DOMINGUEZ
Catedrático Derecho Procesal

LA LEY ALEMANA DE 13 DE AGOSTO DE 1980 SOBRE AYUDA PARA LAS COSTAS PROCESALES

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

I. INTRODUCCIÓN

La Ley sobre Ayuda para las Costas Procesales, de 13 de agosto de 1980¹, que entró en vigor en la República Federal de Alemania el 1 de enero de 1981, ha modificado varias disposiciones además de la Ley Procesal Civil (ZPO; §§ 114 a 127,a, fundamentalmente, reguladores del antiguo beneficio de pobreza —*Armenrecht*—, pero también los §§ 78,b, 78,c, 349, 516, 552, 569, 620,a, 621,a, 624, 625 y 794), concretamente², la Ley sobre Costas Judiciales (GKG; §§ 16, 58 y 65), la Ley sobre Costas (*KostO*; § 8), la Ley sobre Costas de los Ejecutores Judiciales (*GVKostG*; §§ 5 y 7), la Ley Federal sobre Tasas para Abogados (*BRAGO*; §§ 3, 10, 37, 51, 121, 122, 123, 124, 126, 127, 128 y 129), la Ley de Patentes (*PatG*; §§ 11,a, 14, 18, 46,a, 46,b, 46,c, 46,d, 46,e, 46,f, 46,g, 46,h, 46,i y 46,k), la Ley sobre Modelos

¹ Para la realización de un trabajo en el *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*, de Friburgo de Brisgovia, sobre el acceso a los Tribunales de Justicia de las personas con escasos medios económicos en la República Federal de Alemania, se nos ha concedido una Beca para Doctores, de dos meses de duración (octubre y noviembre de 1983), por el *Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD)*. Quisiéramos, por tanto, agradecer a su Presidente, Prof. Dr. HANSGERD SCHULTE, y al Referent para Sudeuropa, Dr. WERNER KÜPPER, su concesión. Nos ha parecido conveniente, pues, antes de partir para Alemania e iniciar allí el estudio del tema becado, traducir la Ley alemana que, recientemente, ha modificado de forma sustancial el antiguo beneficio de pobreza. Naturalmente, también debemos expresar nuestro agradecimiento a Herr WALTER PERRON, Doctorando en el Instituto *Max-Planck*, citado, por la supervisión que ha efectuado de esta traducción.

² Vide BIRKL, N., *Prozesskosten- und Beratungshilfe. Kommentar mit Einführung und Gesetztexten*, 2.ª ed., Ed. Franz Rehm, München, 1981, pp. 18 y ss.

Registrados (*GebrMG*; § 12) la Ley de Protección Montaria (*Sortenschutzgesetz*; §§ 44 y 46), la Ley sobre satisfacción de Tasas del Representante designado en los asuntos de Patentes, Modelos Registrados y Protección Monetaria (*Gesetz über die Erstattung von Gebühren des beigeordneten Vertreters in Patent-, Gebrauchsmuster- und Sortenschutzsachen*; §§ 1, 2, 3, 3,a, 4, 5, 6, 7, 8 y 9), la Ley sobre Designación de Abogados Especialistas en materia de Patentes en caso de Ayuda para Costas Procesales (*Gesetz über die Beiordnung von Patentanwälten bei Prozesskostenhilfe*; §§ 1 y 2), la Ley de Introducción a la Ley Orgánica de los Tribunales (*EGGVG*; § 29), la Ley del Personal Jurisdiccional Alemán (*DRiG*; § 5,b), la Ley sobre el Rechtspfleger (*RPfIG*; §§ 20 y 23), la Ley Federal del Notariado (*BNotO*; § 17), la Ley Federal de la Abogacía (*BRAO*; § 48), la Ley Procesal Penal (*StPO*; §§ 172, 379, 379,a y 396), la Ley sobre Actos de Jurisdicción Voluntaria (*FGG*; § 14), la Ley de Tribunales Laborales (*ArbGG*; § 11,a), la Ley de Tribunales Sociales (*SGG*; §§ 72, 73,a y 167), la Ley de Tribunales Administrativos (*VwGO*; §§ 122 y 166), la Ley de Tribunales Fiscales (*FinGO*; §§ 113 y 142), la Ley sobre Recaudación de Costas Judiciales (*JustizbeitreibungsO*; § 1), la Ley sobre el Matrimonio (*EheG*; § 20), además de otras de menor importancia³, teniendo asimismo cinco disposiciones transitorias.

Dado que los §§ 114 a 127,a ZPO, constituyen la normativa básica a la que se remiten la mayoría de las disposiciones citadas, debiendo decirse además que son aplicables en lo penal en los casos autorizados por remisión expresa de los parágrafos citados de la *StPO*, vamos a insertar la traducción de dichos parágrafos, consignando a continuación de cada uno de ellos el texto anterior en cursiva, con el fin de que pueda compararse mejor el gran alcance de la modificación que la Ley de 13 de agosto de 1980 ha supuesto⁴.

³ BIRKL, *op. cit.*, p. 99.

⁴ La traducción de los textos vigente y derogado la hemos realizado directamente del original alemán. Sin embargo, es nuestra obligación decir que para el texto derogado hemos tenido en cuenta la traducción realizada por PRIETO-CASTRO, como Apéndice al libro de GOLDSCHMIDT, J., *Derecho Procesal Civil*, Ed. Labor, Barcelona, 1936, pp. 788 a 790; y la traducción de BANZHAF, también en Apéndice al libro de WACH, A., *Manual de Derecho Procesal Civil*, t. I, Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1977, págs. 438 a 440, realizada en base a un texto legal anterior al que tradujo PRIETO-CASTRO, si bien ambas traducciones no son ya totalmente válidas al haber existido varias modificaciones posteriores de los §§ 114 y ss. ZPO. En cuanto al texto vigente, la hemos realizado directamente de la edición actualizada de la conocida obra legislativa de H. SCHÖNFELDER, *Deutsche Gesetze-Textsammlung*, 59.ª ed., Ed. C. H. Beck'sche Verlagbuchhandlung, München, 1981, n.º 100, pp. 31 a 36. Agradecemos a dicha editorial la concesión del necesario permiso para la traducción de la ley, de los títulos de los parágrafos y de las notas de dicha obra.

II. §§ 114 A 127,a DE LA ZIVILPROZESSORDNUNG

La ayuda para el pago de las costas procesales se regula en el Título 7.º («Ayuda para Costas Procesales y Pago Adelantado de Costas Procesales»), del Apartado II («de las Partes»), del Libro I («Disposiciones Generales») de la ZPO (§§ 114 a 127,a), cuyo contenido es el siguiente:

SEPTIMO TITULO. AYUDA PARA COSTAS PROCESALES Y PAGO ADELANTADO DE COSTAS PROCESALES

§ 114 [Presupuestos]. La parte que, según sus circunstancias personales y económicas, no pueda pagar las costas que ocasione la realización del proceso, sólo en parte o sólo a plazos, obtendrá si lo solicitare la ayuda para costas procesales, siempre que la reclamación o defensa jurídicas que intentara hacer valer ofreciera suficientes perspectivas de éxito y no fuera temeraria. Respecto a la concesión de la ayuda para costas procesales se estará a lo establecido en las siguientes disposiciones y en la Tabla que se acompaña a esta Ley en el Anexo I⁵.

⁵ Anexo 1 al § 114:

Independientemente del número de instancias jurídicas, se pagarán como máximo 48 plazos mensuales según la Tabla siguiente:

	Ingresos Netos mensuales en cifras redondas, en marcos alemanes						Plazos mensuales
	En caso de prestación de alimentos en base a obligación legal de alimentos para						
	0	1	2	3	4	5 personas*	Marcos alemanes
Hasta	850	1300	1575	1850	2125	2400	0
	900	1350	1625	1900	2175	2450	40
	1000	1450	1725	2000	2275	2550	60
	1100	1550	1825	2100	2375	2650	90
	1200	1650	1925	2200	2475	2750	120
	1300	1750	2025	2300	2575	2850	150
	1400	1850	2125	2400	2675	2950	180
	1500	1950	2225	2500	2775	3050	210
	1600	2050	2325	2600	2875	3150	240
	1800	2250	2525	2800	3075	3350	300
	2000	2450	2725	3000	3275	3550	370
	2200	2650	2925	3200	3475	3750	440
	2400	2850	3125	3400	3675	3950	520

* En caso de prestaciones de alimentos para más de 5 personas, se aumentarán las cantidades mencionadas en esta columna en 275 DM para cada persona adicional.

SEPTIMO TITULO. BENEFICIO DE POBREZA

§ 114 [Presupuestos]. (1) A la parte que no pueda soportar las costas del proceso sin menoscabo de su necesario sustento y del de su familia, se le concederá, a su instancia, el beneficio de pobreza, siempre que la reclamación o defensa jurídicas que intentara hacer valer ofreciera suficientes perspectivas de éxito y no fuera temeraria. La reclamación será considerada temeraria cuando pueda suponerse que la parte que no disfrute del beneficio de pobreza, apreciándose todas las circunstancias, especialmente las expectativas que existan sobre la realización de la reclamación, no la deduciría o sólo demandaría por una parte de la reclamación.

(2) Los extranjeros sólo tendrán derecho al beneficio de pobreza si estuviere garantizada la reciprocidad. Se garantizará el beneficio de pobreza al apátrida si, como nacional, le estuviera garantizado.

(3) Se podrá conceder el beneficio de pobreza a la parte que lo sea por razón del cargo, en el caso de que se den los presupuestos mencionados en el apartado (1), si los medios necesarios para la realización del proceso no pudieran ser proporcionados por la masa patrimonial administrada, ni por los interesados económicamente en la realización del proceso.

(4) Se podrá conceder el beneficio de pobreza a la persona jurídica nacional, en el caso de que se den los presupuestos mencionados en el apartado (1), si los medios necesarios para la realización del proceso no pudieran ser proporcionados por ellos, ni por los interesados económicamente en la realización del proceso, y la omisión de la reclamación o de la defensa jurídicas fuera contraria a los intereses generales.

§ 115 [Ingresos y patrimonio disponibles]. (1) La cantidad de los ingresos que deba pagarse a plazos será la determinada en la Tabla⁶. Los ingresos estarán formados por todas las ganancias en dinero o valores en efectivo. Se aplicará analógicamente el § 76, apartado (2) de la Ley Federal sobre Ayuda Social⁷; de los ingresos se excluirán ulteriores cantidades, en tanto ello sea adecuado con la consideración de cargas extraordinarias. Las personas legitimadas para alimentos, que tengan ingresos propios, no serán tomadas en consideración, a menos que esto fuera injusto a causa de la escasa cuantía de sus ingresos.

⁶ Recogida en la nota anterior.

⁷ El § 76, apartado (2) de la Ley Federal sobre Ayuda Social, texto de 13 de febrero de 1976 (Boletín Oficial Federal, I, pág. 289), dispone:

§ 76 [Concepto de ingresos]. (2) De los ingresos se excluirán:

1. Los impuestos pagados con cargo a los ingresos.
2. Las cuotas obligatorias para la Seguridad Social, incluidas las del Seguro de Paro.
3. Las cuotas a Aseguradoras Públicas o Privadas o a Organizaciones similares, en tanto dichas cuotas estén prescritas legalmente o sean adecuadas según causa y cantidad.
4. Los gastos necesarios relacionados con la obtención de los ingresos.

(2) En tanto sea exigible, la parte dispondrá de su patrimonio para el pago de las costas; el § 88 de la Ley Federal sobre Ayuda Social se aplicará analógicamente⁸.

(3) No se concederá la ayuda para costas procesales cuando las costas, presumiblemente, no sobrepasen de cuatro plazos mensuales más los importes parciales a pagar del patrimonio.

(4) La parte cuyos ingresos sobrepasen los límites superiores establecidos en la Tabla, obtendrá la ayuda para costas procesales, si la carga que significa las costas de la realización del proceso perjudicara considerable-

⁸ El § 88 de la vigente Ley Federal sobre Ayuda Social dispone:

§ 88 [Patrimonio disponible; excepciones]. (1) Al patrimonio en el sentido de esta Ley pertenecerá la totalidad del patrimonio aprovechable.

(2) La Ayuda Social no podrá hacerse depender de la aplicación o del uso:

1. De un patrimonio que haya sido concedido por medios públicos para la construcción o aseguramiento de condiciones fundamentales de vida o para la constitución del mobiliario doméstico.

2. De cualquier otro patrimonio, si ha de ser aplicado inmediatamente a la construcción o aseguramiento de las condiciones fundamentales de vida convenientes, o a la constitución del mobiliario doméstico adecuado, o al necesario complemento de los enseres domésticos, así como de un patrimonio que esté determinado justificadamente a la compra o conservación de un solar destinado a la edificación de la vivienda, en el sentido del número 7, si esta finalidad se pusiera en peligro por la aplicación o el uso.

3. De los adecuados enseres domésticos; con ellos se tendrán en cuenta las circunstancias vitales, hasta la fecha, del solicitante de la ayuda.

4. De los objetos que sean indispensables para la admisión o continuación de los estudios de formación profesional o de la actividad profesional.

5. De los objetos familiares y hereditarios, cuya enajenación pudiera significar para el solicitante de la ayuda o su familia algo extraordinariamente duro.

6. De objetos que estén dedicados a satisfacer necesidades espirituales, económicas o artísticas, y cuya posesión no signifique un lujo.

7. De un pequeño solar destinado a la edificación de la vivienda, en particular del hogar familiar, si el solicitante de la ayuda habita en el mismo, total o parcialmente, sólo o con otros familiares, a los que deberá continuar sirviendo como vivienda después de su muerte.

8. De pequeñas cantidades en efectivo u otros valores pecuniarios; entre ellos se tendrá en cuenta la especial precariedad de la situación del solicitante de la ayuda.

(3) La Ayuda Social no podrá hacerse depender tampoco de la aplicación o del uso de un patrimonio, si ello significara, para quien ha dispuesto del patrimonio y para sus familiares con derecho a alimentos, algo excesivamente duro. Este será ante todo en caso de Ayuda en condiciones de vida especiales el supuesto, en tanto el adecuado modus vivendi o el mantenimiento del conveniente seguro de vejez lo impidiera esencialmente.

(4) El Ministro Federal para la Juventud, Familia y Salud, podrá determinar, por medio de Reglamento aprobado por el Senado, la cuantía de las cantidades en efectivo o de otros valores pecuniarios a que se refiere el apartado (2), número 8.

menté su adecuado sustento. Los plazos máximos establecidos en la Tabla se elevarán en este caso a la parte de los ingresos que sobrepase el límite superior.

§ 115 [Efectos del beneficio de pobreza]. (1) Concediéndose el beneficio de pobreza la parte obtendrá:

1. La exención provisional del pago de las costas judiciales devengadas y las que se causen en el futuro, incluidos los honorarios de los funcionarios, las indemnizaciones a testigos y peritos y de otros gastos.

2. La exención de la fianza para responder de las costas procesales.

3. El derecho a que se le designe gratuitamente un auxiliar de los Tribunales que se encargue de efectuar las notificaciones y los actos de ejecución, y si fuera necesaria la representación por medio de Abogado, un Abogado que defienda gratuitamente sus derechos, con exención provisional del pago de honorarios.

(2) Si la parte pudiera pagar parcialmente las costas procesales sin peligro de su sustento y del de su familia, se determinará que no tenga lugar la exención provisional del pago de las costas judiciales, honorarios del Abogado e indemnizaciones, en cuanto a esa parte; en su lugar, el Tribunal podrá exceptuar de la exención, total o parcialmente, determinadas tasas. En los casos del § 114, apartado (2), frase 2.ª, apartado (3) y (4), se aplicarán analógicamente estas disposiciones.

§ 116 [Parte por razón del cargo; personas jurídicas; asociaciones con capacidad para ser parte]. Solicitándolo, obtendrán la ayuda para costas procesales:

1. La parte por razón del cargo, si las costas no pudieran ser pagadas por la masa patrimonial administrada y no fuera exigible el pago de las costas a los interesados económicamente en el objeto del proceso.

2. Una persona jurídica nacional o asociación con capacidad para ser parte, si las costas no pudieran ser pagadas por ellas o por los interesados económicamente en el proceso, y si la omisión de la reclamación o de la defensa jurídicas fuera contraria a los intereses generales.

El § 114, frase 1.ª, último inciso, será aplicable. Si las costas pudieran pagarse sólo parcialmente o sólo en cantidades parciales, se pagarán las correspondientes cantidades.

§ 116 [Designación de un Abogado, de un Referendar o de un Funcionario Judicial]. (1) En tanto no sea necesaria la representación por medio de Abogado, designará el Tribunal de la causa a la parte que haya obtenido el beneficio de pobreza, a su instancia, un Abogado que provisionalmente defienda de forma gratuita sus derechos, si la representación por medio de Abogado aparece exigida.

(2) Si no se designara a la parte pobre un Abogado conforme al apartado (1), podrá designarse, a su instancia, un Referendar u otro Funcionario Judicial que provisionalmente defienda sus derechos de forma gratuita. Los gastos en metálico que por ello se produzcan serán sufragados por el Estado y se considerarán costas judiciales.

(3) Contra el auto que rechace la designación de Abogados cabrá queja. Quedará excluida la queja ulterior.

§ 116.a [Designación para la fecha de la práctica de las pruebas]. (1) Podrá el Tribunal de la causa designar a la parte que haya obte-

nido el beneficio de pobreza, y a la que conforme al § 115, apartado (1), número 3, o conforme al § 116, apartado (1), se haya designado Abogado, a su instancia, un Abogado especial que la defienda el día de la práctica de las pruebas ante el Juez requerido en auxilio judicial, o que medie en la comunicación con el Abogado encargado de la defensa ante el Tribunal de otro partido judicial, si ello viniera exigido por especiales circunstancias.

(2) Contra el auto que rechace la designación del Abogado especial cabrá queja; ello no regirá si el auto ha sido dictado por el Tribunal de apelación. Quedará excluida la queja ulterior.

§ 116.b [Elección del Abogado]. (1) En los casos del § 115, apartado (1), número 3 y del § 78.b, el Abogado designado será elegido por el Presidente del Tribunal de entre los Abogados admitidos ante el Tribunal de la causa; regirá analógicamente el § 78, apartado (1), frase 2.ª, segundo inciso. En el caso del § 116, apartado (1), designará el Juez si es posible al Abogado que esté admitido ante el Tribunal de la causa.

(2) En el caso del § 116.a, apartado (1), el Abogado será elegido a requerimiento del Amtsgericht en cuyo partido judicial deba tener lugar la práctica de las pruebas o donde viva la parte. Regirá analógicamente lo dispuesto en la frase 2.ª del apartado (1).

(3) Contra la disposición que se tome según los apartados (1) y (2), corresponderá a la parte y al Abogado la queja. También corresponderá al Abogado la queja cuando el Presidente del Tribunal rechace la solicitud de revocación de la designación (§ 48, apartado (2) de la Ley Federal de la Abogacía). No será admisible sin embargo la queja cuando el Presidente del Tribunal de apelación haya dictado la disposición. Quedará excluida la queja ulterior.

§ 117 [Solicitud]. (1) La solicitud de concesión de la ayuda para costas procesales se presentará ante el Tribunal de la causa; podrá ser presentada también ante la Oficina Judicial, levantándose acta. En la solicitud se harán constar el objeto del litigio y la indicación de los medios de prueba.

(2) Se acompañará a la solicitud la declaración de la parte acerca de sus circunstancias personales y económicas (circunstancias familiares, profesión, patrimonio, ingresos y cargas), así como los correspondientes justificantes.

(3) El Ministro Federal de Justicia quedará autorizado a establecer, con el fin de simplificar y unificar el procedimiento, formularios sobre la declaración, por medio de Reglamento aprobado por el Bundesrat.⁹

(4) La parte tendrá que utilizar el formulario para la declaración si está publicado.

§ 117 [Relación con la obligación de satisfacer las costas]. La concesión del beneficio de pobreza no tendrá influencia alguna respecto a la obligación de satisfacer las costas causadas por la parte contraria.

⁹ Reglamento sobre la Introducción de un Formulario para la Declaración sobre las Circunstancias Personales y Económicas, en caso de solicitud de Ayuda para Costas Procesales, de 24 de noviembre de 1980 (Boletín Oficial Federal, I, pág. 2.163).

§ 118 [Procedimiento para la concesión; acuerdo]. (1) Antes de la concesión de la ayuda para costas procesales, se dará oportunidad a la parte contraria para que manifieste su parecer, cuando ello no sea contraproducente por especiales motivos. El parecer podrá presentarse también ante la Oficina Judicial, levantándose acta. El Tribunal podrá invitar a las partes a una discusión oral, si es de esperar que exista acuerdo; sobre el acuerdo se levantará acta. No se satisfarán las costas causadas por la parte contraria. Los gastos causados por el interrogatorio de testigos y peritos según el apartado (2), frase 3.ª, correrán a cargo de la parte, en concepto de costas judiciales, a la que se impongan las costas del litigio.

(2) El Tribunal podrá exigir que el solicitante justifique sus declaraciones de hecho. Podrá practicar comprobaciones, en particular, ordenar la presentación de documentos y pedir informaciones. No se interrogará a testigos y peritos, salvo que no pueda aclararse de otra forma si la reclamación o la defensa jurídicas ofrecen suficientes perspectivas de éxito y no son temerarias; no se practicará juramento. Si el Tribunal no pudiera proporcionarse una certeza suficiente sobre las circunstancias económicas y patrimoniales del solicitante, podrá pedir información a las autoridades competentes.

(3) Las medidas descritas en los apartados (1) y (2) serán llevadas a cabo por el Presidente o por un miembro del Tribunal por él designado.

§ 118 [Solicitud del beneficio de pobreza]. (1) La petición del beneficio de pobreza se presentará ante el Tribunal de la causa; podrá ser formulada ante la Oficina Judicial, levantándose acta.

(2) A la petición se acompañará un certificado detallado expedido por las autoridades competentes en el que, con indicación del estado, profesión, circunstancias familiares y económicas de la parte, así como de la cantidad que satisfaga por impuestos directos, se acredite expresamente la falta de medios para satisfacer las costas procesales. Respecto a las personas que estén sometidas a tutela o curatela, el certificado podrá también expedirse por el Tribunal de tutelas o la Oficina de Protección de Menores. No se requerirá el certificado cuando la pretensión de alimentos quiera hacerse valer por un hijo menor de edad soltero; lo mismo regirá cuando un hijo menor de edad no matrimonial soltero solicite la investigación de la paternidad.

(3) En la petición se harán constar el objeto del litigio y la indicación de los medios de prueba.

§ 118.a [Procedimiento del beneficio de pobreza; acuerdo]. (1) El Tribunal podrá exigir que el solicitante justifique sus declaraciones de hecho. Deberá oír a la parte contraria antes de la concesión del beneficio de pobreza, cuando ello no sea contraproducente por especiales motivos. Podrá también, si ello no diere lugar a graves dilaciones, practicar informaciones, en particular, ordenar la presentación de documentos y pedir informaciones a las autoridades. Sólo se admitirá el interrogatorio de testigos y peritos, en tanto ello venga exigido para la resolución sobre la petición del beneficio de pobreza, cuando las circunstancias no puedan aclararse suficientemente de otra manera; no se practicará juramento.

(2) Las medidas descritas en el apartado (1) serán llevadas a cabo por el Presidente o por un miembro del Tribunal por él designado o por un Juez al que se haya requerido en auxilio judicial. La parte contraria podrá declarar también ante la Oficina Judicial, levantándose acta, del Tribunal de la causa o del Tribunal requerido en auxilio judicial.

(3) Si las partes, en la audiencia de la parte contraria sobre la pretensión litigiosa, llegaran a un acuerdo entre sí, se levantará acta judicial de dicho acuerdo.

(4) No tendrá lugar la satisfacción de las costas causadas a la parte contraria a causa de la audiencia a que se refiere el apartado (1), frase 2.ª. Los gastos causados por el interrogatorio de testigos y peritos conforme al apartado (1), frase 3.ª, correrán a cargo de la parte, en concepto de costas judiciales, a la que se impongan las costas del litigio.

§ 119 [Concesión para cada instancia]. La concesión de la ayuda para costas procesales tendrá lugar para cada instancia en particular. No se examinará en una instancia superior si la reclamación o defensa jurídicas ofrecen suficientes perspectivas de éxito o si son temerarias, cuando la parte contraria haya interpuesto el recurso.

§ 119 [Concesión]. (1) La concesión del beneficio de pobreza tendrá lugar para cada instancia en particular; el obtenido en la primera incluirá la ejecución.

(2) En la instancia superior no se requerirá justificar la falta de medios, cuando el beneficio de pobreza haya sido otorgado en la instancia anterior. Si la parte contraria hubiera interpuesto el recurso, no se examinará en la instancia superior si la reclamación o defensa jurídicas de la parte ofrecen suficientes perspectivas de éxito o si son temerarias.

§ 120 [Fijación de los plazos; suspensión provisional de los pagos]. (1) El Tribunal, al conceder la ayuda para costas procesales, fijará los plazos mensuales que deban pagarse y las cantidades que del patrimonio deban pagarse.

(2) Los pagos se harán al Land y al Estado si el proceso ha tenido lugar ante el Tribunal Supremo, cuando la ayuda para costas procesales no haya sido concedida en la instancia anterior.

(3) El Tribunal deberá determinar la suspensión provisional de los pagos:

1. Cuando sea de prever que los pagos de la parte cubren las costas.
2. Cuando la parte, el Abogado que le ha sido designado, el Estado o el Land, puedan reclamar las costas a otro interesado en el proceso.

§ 120 [Exención provisional de las costas de la parte contraria]. La concesión del beneficio de pobreza al demandante, al apelante o al recurrente en casación, tendrá como consecuencia al mismo tiempo la exención provisional de las costas a que se refiere el § 115, apartado (1), número 1.

§ 121 [Designación de Abogado]. (1) Estando ordenada la representación por medio de Abogados, se designará a la parte para que la represente el Abogado disponible que haya elegido; el § 78, apartado (1), frase 2.ª, segundo inciso, se aplicará analógicamente¹⁰.

¹⁰ El citado inciso segundo, frase 2.ª, apartado (1), del § 78 ZPO, dispone que: «Las partes podrán ser representadas en la primera instancia también por un Abogado admitido ante el Tribunal del Land superior».

(2) No estando ordenada la representación por medio de Abogados, se designará a la parte para que la represente el Abogado disponible que haya elegido, si la representación por medio de Abogado viniera necesaria o si la parte contraria estuviera representada por Abogado. Sólo podrá designarse a un Abogado que no esté admitido ante el Tribunal de la causa cuando ello no suponga costas adicionales.

(3) Cuando especiales circunstancias así lo exijan, podrá designarse a la parte, como representante, a su instancia, un Abogado disponible por ella elegido, que la defienda el día de la práctica de las pruebas ante el Juez requerido en auxilio judicial, o que medie en la comunicación con el Abogado encargado de la defensa ante el Tribunal de otro partido judicial.

(4) Si la parte no hubiera hallado ningún Abogado disponible que la represente, lo designará, si lo solicita, el Presidente.

§ 121 [Revocación del beneficio de pobreza]. *El beneficio de pobreza podrá ser revocado en cualquier momento, cuando resulte que un presupuesto de la concesión no existió o ya ha dejado de existir.*

§ 122 [Efectos de la ayuda para costas procesales]. (1) La concesión de la ayuda para costas procesales tendrá como efectos:

1. Que el Estado o el Land solamente puedan reclamar a la parte, según las disposiciones que el Tribunal acuerde:

a) Las costas procesales restantes, las causadas y las costas del ejecutor.
b) Las pretensiones de los Abogados designados, contra la parte, que a aquéllos hayan revertido.

2. Que la parte esté exenta de la obligación de prestar fianza para responder de las costas procesales.

3. Que los Abogados designados no puedan reclamar pretensiones sobre sus honorarios contra la parte.

(2) Si se hubiera concedido la ayuda para costas procesales al demandante, al apelante o al recurrente en casación, y no se hubiera determinado que los pagos se hicieran al Estado o al Land, tendrá ello como consecuencia la exención provisional de las costas mencionadas en el apartado (1), número 1, letra a), para la parte contraria.

§ 122 [Muerte de la parte pobre]. *El beneficio de pobreza se extinguirá por la muerte de la persona a la que se le haya concedido.*

§ 123 [Satisfacción de las costas]. La concesión de la ayuda para costas procesales no tendrá ninguna influencia respecto a la obligación de satisfacer las costas causadas por la parte contraria.

§ 123 [Cobro de las costas judiciales causadas por la parte contraria]. (1) *Las costas judiciales y las costas de la ejecución, de cuyo pago haya sido declarada exenta provisionalmente la parte pobre, podrán ser impuestas a la parte contraria condenada al pago de las costas procesales, según las disposiciones vigentes relativas al cobro de costas procesales atrasadas.*

(2) *Las costas judiciales, de cuyo pago haya sido declarada exenta provisionalmente la parte contraria a la parte declarada pobre, le serán impuestas si resultare condenada al pago de las costas procesales o si el litigio terminara sin sentencia sobre las costas.*

§ 124 [Revocación de la concesión]. El Tribunal podrá revocar la concesión de la ayuda para costas procesales:

1. Cuando la parte haya falseado los presupuestos determinantes de la concesión de la ayuda para costas procesales, a través de la incorrecta exposición del objeto del litigio.

2. Cuando la parte haya realizado intencionadamente, o con grave negligencia, declaraciones incorrectas sobre las circunstancias personales o económicas.

3. Cuando no se den los presupuestos personales o económicos necesarios para la ayuda para costas procesales; en este caso, quedará excluida la revocación si han transcurrido cuatro años desde la resolución firme o desde la terminación por otro modo del proceso.

4. Cuando la parte haya dejado de pagar con más de tres meses de retraso un plazo mensual, o cualquier otro importe.

§ 124 [Cobro de las costas del Abogado]. (1) *Los Abogados designados a la parte pobre estarán autorizados a cobrar sus honorarios y gastos de la parte contraria condenada al pago de las costas procesales.*

(2) *Solamente será admisible una excepción que esté fundada en la persona de la parte pobre, cuando se exija compensación de las costas que, según la resolución dictada sobre las costas en el mismo proceso, tengan que ser abonadas por aquélla.*

§ 125 [Cobro de las costas judiciales]. (1) Las costas judiciales y las costas del ejecutor sólo podrán cobrarse de la parte contraria, si ha sido condenada a las costas procesales con efectos de cosa juzgada.

(2) Las costas judiciales, de cuyo pago haya sido declarada exenta provisionalmente la parte contraria, le serán cobradas si es condenada a las costas procesales con efectos de cosa juzgada, o si el proceso terminara sin sentencia sobre las costas.

§ 125 [Pago]. (1) *La parte a la que se haya concedido el beneficio de pobreza, estará obligada al pago de las cantidades de cuyo pago se le eximió provisionalmente, tan pronto como pueda verificarlo sin menoscabo del sustento propio necesario y del de su familia.*

(2) *Lo mismo regirá respecto a las cantidades de cuyo pago se eximió provisionalmente a la parte contraria, si la parte pobre fuera condenada al pago de las costas procesales.*

§ 126 [Cobro de los honorarios del Abogado]. (1) Los Abogados designados a la parte estarán autorizados a cobrar sus honorarios y gastos, en nombre propio, de la parte contraria condenada al pago de las costas procesales.

(2) No será admisible una excepción que esté fundada en la persona de la parte pobre. La parte contraria podrá compensar las costas que, según la resolución dictada sobre las costas en el mismo proceso, tengan que ser abonadas por la parte.

§ 126 [Resoluciones en el proceso de pobreza]. (1) *Sobre la petición de concesión del beneficio de pobreza, sobre la revocación y sobre la obligación de pago de las cantidades, de cuyo pago haya quedado exenta provisionalmente la parte a la que se haya concedido el beneficio de pobreza o la parte contraria, se podrá decidir sin vista oral.*

(2) El auto que deniegue o revoque el beneficio de pobreza deberá, en tanto ello no pareciera indispensable o contraproducente, acompañarse de una breve motivación, en la que se apreciarán los fundamentos de derecho y de hecho decisivos para la resolución.

(3) Sobre la obligación de pago decidirá el Tribunal, de oficio o a instancia de la Federación o del Estado, o del Abogado designado; antes serán oídos la parte admitida al beneficio de pobreza, la Federación o el Estado y el Abogado designado. Si no se ordenara el pago en su totalidad o se concedieran pagos parciales, se expresará que se pagará a cada uno la mitad, a exigencia de la Federación o del Estado y a exigencia del Abogado designado.

§ 127 [Resoluciones; recursos]. (1) Las resoluciones en el proceso sobre ayuda para costas procesales se promulgarán sin vista oral. Será competente el Tribunal que conozca en primera instancia; si el proceso estuviera pendiente en una instancia superior, será competente el Tribunal que conozca de esa instancia.

(2) La concesión de la ayuda para costas procesales será inimpugnable. Respecto al resto, cabrá queja, salvo que la resolución la haya adoptado el Tribunal de apelación. Quedará excluida la queja ulterior.

§ 127 [Recursos]. El auto por el que se conceda el beneficio de pobreza será inimpugnable. Contra el auto que deniegue o revoque el beneficio de pobreza y contra el auto a que se refiere el § 126, apartado (3), cabrá queja; ello no regirá cuando el Tribunal de apelación haya promulgado el auto. Quedará excluida la queja ulterior.

§ 127^a [Pago adelantado de costas procesales en causas por alimentos]. (1) En una causa por alimentos podrá el Tribunal que conozca del proceso, a instancia de parte y por orden provisional, establecer la obligación de pagar por adelantado las costas procesales para ese litigio entre las partes.

(2) La resolución a que se refiere el apartado (1) será inimpugnable. En lo restante regirán analógicamente los §§ 620,a a 620,g.

¹¹ El § 127,a, fue añadido por la Ley de 14 de junio de 1976 (Boletín Oficial Federal, I, pág. 1.421).

INFORMACION

V CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL

A veces, y ésta es una de ellas, dar breve noticia de un congreso nacional de otro país, pone de manifiesto insuficiencias propias. En España hemos organizado magnas concentraciones, como el llamado Congreso Hispano-Luso-Americano y Filipino de Derecho Procesal, pero nos falta la labor continuada de los congresos más sencillos pero periódicos, aquellos que realmente van poniendo de manifiesto los logros de una disciplina científica.

No se trata ahora, con todo, de lamentarse sino de dar noticia del congreso nacional de un país que ha logrado, gracias a los esfuerzos del Dr. Devis Echandia, todo hay que decirlo, esa sencillez periódica.

Generalmente, lo hemos dicho en otra ocasión, los congresos son obra de la dedicación de una persona. El V Congreso Colombiano ha sido obra de un equipo, del Capítulo de Caldas. En Colombia, abandonando el centralismo organizador, se han establecido una serie de «capítulos», integrados en el Instituto Colombiano de Derecho Procesal, que teniendo vida propia, se encargan de las organizaciones. En el año 1983 correspondió la organización al Capítulo de Caldas.

En Manizales, pues, la capital de Caldas, durante los días 22 a 25 del mes de noviembre del pasado año de 1983, se ha celebrado el V Congreso Colombiano de Derecho Procesal.

Los actos se iniciaron con un discurso del Sr. Ministro de Justicia, Dr. Rodrigo Lara. En sus palabras puso claramente de manifiesto su conocimiento de los problemas de la justicia en Colombia y su voluntad política de resolverlos. Para un oyente, no diré extranjero, pues en Manizales a un español no le han dejado sentirse tal, pero sí no nacional, llama poderosamente la atención la similitud de problemas. El discurso del ministro colombiano podría haber sido pronunciado por un ministro español, por lo menos cuando encontremos uno con decisión política. Pero volvamos a la reseña del Congreso.

A continuación se iniciaron las ponencias, que versaron sobre:

- 1.º *Fundamentos y criterios para una reforma al Código de Procedimiento Penal*, por el Dr. Jaime Bernal Cuéllar, miembro de la comisión encargada de la reforma.
- 2.º *Estructura del proceso administrativo*, por el Dr. Hernando Morales Molina, ilustre procesalista de talla internacional.
- 3.º *Medidas cautelares en los procesos civiles y laborales*, por el Dr. Guillermo Salamanca Molano.
- 4.º *Procesos que surgen del contrato de arrendamiento*, por el Dr. César Gómez Estrada.
- 5.º *Colegiatura obligatoria*, por el Dr. Enrique Quintero Valencia. Ponencia de amplio debate, destacando la intervención del Dr. Hernando Morales Molina.

6.ª) *Trámites y pruebas ante la Registraduría del Estado Civil, por el Dr. Humberto de la Calle Lombana.*

No como ponentes sino como conferenciantes intervinieron el prof. Montero Aroca, que habló sobre *Evolución del Derecho Procesal en España*, y el magistrado argentino Dr. Adolfo Alvarado Velloso, que disertó sobre *Actitudes del demandado*.

Los actos académicos finalizaron con unas palabras del Dr. Hernando Devis Echandia que fueron un canto a la justicia. El Dr. Devis tiene la facultad, cuando conecta con el auditorio, de transmitir su pasión por la justicia. En esta ocasión lo logró, y sus palabras cerraron unos días presididos por la aspiración de servir a la justicia colombiana.

Junto a los actos antes citados, de contenido científico, hay que referirse muy especialmente a otro. Se trata de la presentación del Teatro Taller de la Universidad de Caldas, que ofreció lo que denominó «Experimentación Enseñanza Procedimiento Laboral». La escenificación de un proceso de despido, hecha con verismo y humor, tuvo un gran éxito entre el público.

Adición: Actividades del prof. Montero en América.

La asistencia del prof. Montero Aroca al V Congreso Colombiano de Derecho Procesal fue unida a otras actividades científicas. En primer lugar a su participación en el «Curso sobre los procesos ejecutivos». En la semana inmediatamente anterior al Congreso, el Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario y la Academia Colombiana de Jurisprudencia, organizaron en Bogotá un curso sobre la materia indicada. La coordinación corrió a cargo del Dr. Hernando Morales Molina, profesor de esa Universidad y presidente de la Academia. En ese curso el prof. Montero pronunció una lección programada sobre «El proceso ejecutivo en la legislación española». También intervino el magistrado argentino Dr. Adolfo Alvarado Velloso que habló sobre los «Procesos monitorios».

En los mismos días, e invitado por el Dr. Jairo Parra Quijano, profesor de la Universidad Nacional de Bogotá, el prof. Montero pronunció una conferencia en dicha Universidad.