

JUSTICIA

86

1986, número II

Director:

JUAN MONTERO AROCA

Consejo de Redacción:

JOSÉ ALMAGRO NOSETE
VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ
JOSÉ V. GIMENO SENDRA
FAUSTINO GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI
JOSÉ S. MARTÍN OSTOS
VÍCTOR M. MORENO CATENA
MANUEL P. ORTELLS RAMOS
FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ
MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ
JOSÉ L. VÁZQUEZ SOTELO



INDICE

	<i>Pág.</i>
Editorial	261
ARTICULOS	
<i>José Martín Ostos</i> , Funciones procesales del secretario judicial en la L.O.P.J.	263
<i>Alberto Montón Redondo</i> , Líneas generales y principios del futuro proceso concursal	293
<i>Luis Muñoz Sabaté</i> , Experimentación y concertación en la Administración de Justicia	317
<i>Blanca Pastor Borgoñón</i> , Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas	337
NOTAS	
<i>Roberto O. Berizonce</i> , Evaluación provisional de una investigación empírica trascendente para el mejoramiento del servicio de justicia	369
<i>José Vicente Gimeno Sendra</i> , El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas	395
<i>Faustino Gutiérrez Alviz y Conradi</i> , Tres sentencias extranjeras sobre el secreto periodístico	411
<i>Pedro Luis Serrera Contreras</i> , El proyecto de Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales	425
JURISPRUDENCIA	
Procesal penal, por <i>Alberto Montón Redondo</i>	439
Procesal administrativa, por <i>José Antonio Rodríguez Pedrero</i>	473
LEGISLACION	
Reseña legislativa procesal, por <i>Manuel Lozano Higuero</i>	507
BIBLIOGRAFIA	
Recensiones	523
INFORMACION	
Jornadas sobre el jurado, por <i>Arturo Alvarez Alarcón</i>	527
VIII Congreso Internacional de Derecho Procesal	541

JUSTICIA 86

NUMERO II

Director:

JUAN MONTERO AROCA

Consejo de Redacción:

JOSÉ ALMAGRO NOSETE

VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ

JOSÉ V. GIMENO SENDRA

FAUSTINO GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI

JOSÉ S. MARTÍN OSTOS

VÍCTOR M. MORENO CATENA

MANUEL P. ORTELLS RAMOS

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ

JOSÉ L. VÁZQUEZ SOTELO

«JUSTICIA 86» se publica trimestralmente.

ADMINISTRACION (suscripciones), Librería Bosch, Ronda Universidad, 11,
Barcelona 08007, Teléf. (93) 3.17.53.08.

DIRECCION (originales, libros para recensiones), Prof. Juan Montero Aroca,
Facultad de Derecho, Paseo Blasco Ibáñez, 24, 46071 Valencia, España.



1986

LIBRERIA BOSCH · Ronda Universidad, 11 · BARCELONA

UNA ASIGNATURA PENDIENTE

Antes se llevaban los empollones: Todo aprobado en junio y, si el con matrícula de honor, mejor. El pelotón de los torpes no tenía nada que hacer, más que intentar superar sus deficiencias en ulteriores convocatorias. Ultimamente, en cambio, está de moda tener asignaturas pendientes o haber estado entre rejas. Incluso es signo de progresismo y hace curriculum a la hora de ser tomado en consideración. Ser número 1 en determinados campos —repasemos en cuáles, por favor, para dejar las cosas en su sitio— casi cuenta como un handicap. ¿Será por culpa de esta filosofía contemporánea que se prodigan las asignaturas pendientes, casi como dejadas adrede para exhibir en sociedad en ocasión propicia?

La reflexión viene a cuento porque sigue pendiente la efectiva implantación de la LOPJ en cuanto al aspecto organizativo de la justicia, objetivo principal de dicha disposición. Ya en la ocasión de su promulgación hablamos de una reforma a plazos, fórmula válida a condición de que éstos se cumplieran. Ahora han corrido ya varias convocatorias y la asignatura sigue pendiente. ¡Con las prisas de la LO por entrar en vigor y que ahora sigamos con una vacatio legis de facto!

En el campo económico no honrar los plazos significa descrédito y puertas cerradas para ulteriores demandas pecuniarias. Pero parece que la justicia tiene asumido el papel de moroso y ya está acos-tumbrada a recibir portazos para sus necesidades económicas. Posiblemente entonces sea cierto que este campo ha sido invadido por el pasotismo de que algo quede para septiembre. Pero, aun así, ¿para septiembre de qué año?

Porque de verdad, no creemos que nadie se jacte o se vanaglorie de esta asignatura pendiente. Al menos, los propios principios que

Depósito Legal: Z. 1.271-81

ISSN: 0211-7754

consagra la LOPJ desmienten cualquier tentación de claudicar ante dicha moda. O ¿cómo se compagina el objetivo de tutela eficaz con la desorganización? ¿Por qué se programan unos órganos al servicio del ciudadano y siguen cerradas sus ventanillas? ¿No ha habido tiempo de poner en marcha la reforma aprobada parlamentariamente?

Si al menos a alguien se le ruborizase la cara, respiraríamos hondo. También no habríamos perdido la sensibilidad de mala conciencia respecto de determinadas asignaturas pendientes.

ARTICULOS

FUNCIONES PROCESALES DEL SECRETARIO JUDICIAL EN LA L.O.P.J.*

JOSÉ MARTÍN OSTOS
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Extremadura

SUMARIO:

I. Introducción. — II. Funciones procesales: A) Dación de cuenta. B) Actas. C) Notas. D) Diligencias: 1. De constancia; 2. De comunicación; 3. De ejecución; 4. De ordenamiento. E) Diligencias de ordenación: 1. Actividad del Secretario; 2. Naturaleza; 3. Objeto; 4. Forma; 5. Revisión. F) Propuestas de resolución: 1. Actividad del Secretario; 2. Extensión; 3. Forma; 4. Conformidad. — III. Valoración.

I. — INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio (B.O.E. de 2 de julio), del Poder Judicial, conforme al art. 122.1 de la Constitución de 1978, comprende al Secretario judicial dentro del personal al servicio de la Administración de Justicia. Así se desprende de los apartados I y VIII de su Exposición de Motivos, del Libro VI de la propia Ley, titulado «Del personal al servicio de la Administración de Justicia» y, más concretamente, de los arts. 454 y 473, dentro del citado Libro. Este último precepto explicita que los Secretarios judiciales asisten a los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con lo establecido en dicha Ley y en las leyes procesales.

* Ponencia presentada en las Segundas Jornadas Nacionales de Fe pública judicial (Alicante, abril de 1986).

A nuestro juicio, como veremos más adelante, la figura del Secretario judicial resulta realzada por el tratamiento que recibe en la nueva LOPJ, en líneas generales, a pesar de que —comparativamente con Jueces y Magistrados— no disfrute de la suficiente atención. Creemos que se ha dado un importante paso hacia una mayor presencia e intervención procesal, al mismo tiempo que no compartimos, en absoluto, cualquier intento de equiparación con Oficiales, Auxiliares y Agentes, dignos Cuerpos sin duda, pero, con tareas muy diferentes a las que ocupan al primero. Por ello, su ubicación, a efectos orgánicos, en el Libro VI de la LOPJ, no nos parece la más adecuada (1).

II. — FUNCIONES PROCESALES

Las funciones del Secretario judicial, en la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, están especialmente reguladas en el Título IV del Libro III. También, el Libro VI contiene repetidas referencias.

Aspectos tales como asistencia al reparto (art. 167), ropaje y altura en estrados (art. 187), consideración de autoridad (arts. 191, 281 y 449), facilitar información a los interesados (art. 234), conservación y custodia de autos (art. 287), deber de abstención (art. 461), etc., no constituyen el objeto de las consideraciones que siguen. Tampoco lo son aquellas importantes materias, como el carácter de fedatario judicial (arts. 281 y 473) o la facultad de documentación (también, arts. 281 y 473), que requieren de por sí intervenciones específicas en estas Jornadas. Nos limitaremos, pues, a las restantes funciones del Secretario judicial en el proceso.

A) Dación de cuentas

Como dice el Prof. PRIETO-CASTRO, el Secretario cumple, al dar cuenta, una misión técnica de cooperación, muy útil y provechosa para los Tribunales de Justicia, que no es desdeñable, dada la formación jurídica, sobre todo procesalista, del primero (2).

La LOPJ regula la dación de cuenta en los arts. 284, 285 y 286.

(1) Igualmente, para FAIRÉN GUILLÉN dicha figura está sistemáticamente mal colocada; no es una simple persona al servicio de la Administración de Justicia —afirma—, lo que, de otro lado, no quiere decir nada en concreto, ya que los primeros que están al servicio de la misma son los Jueces y Tribunales, sino un 'cooperador' (Colofón a un Comentario de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1.º de julio de 1985, Revista de Derecho Procesal, 1985, 3, página 628).

(2) *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1952, I, p. 365.

Lo primero que destaca es el carácter imperativo que para el Secretario supone, siendo éste el sujeto activo y constituyendo una actividad personal y no delegable. El pasivo es la Sala, el ponente o el Juez, según el caso.

El objeto de dicha dación es variado: puede versar sobre escritos y documentos presentados en Secretaría (en este caso, se ha de informar de ello al órgano en el mismo día de su presentación o al siguiente hábil); puede tratarse de actas autorizadas fuera de la presencia judicial (por el propio Secretario, ya que en tal caso no es posible la habilitación a un Oficial; la dación se ha de efectuar, igualmente, en el mismo día de su extensión o al siguiente hábil); también, puede referirse al transcurso de plazos procesales y a los autos que hubieren tomado estado para cualquier resolución (en estos casos, el Secretario se limita a exhibir al juzgador —aun debidamente instruido al respecto— el escrito, documento o acta en cuestión, sino que le informa, al siguiente día hábil, sobre la influencia del tiempo en el desarrollo del proceso, a fin de que dicte la resolución oportuna; se entiende que el siguiente día hábil se refiere a una vez transcurrido el plazo de que se trate).

Los dos primeros supuestos no son complejos y se refieren a la dación de cuenta sobre documentos escritos (no se nos escapa la acertada distinción entre los aspectos formal y material de la citada dación). Ello está en armonía con lo prescrito en la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 315: de palabra; en el mismo día y, si no es posible, en el siguiente) y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 206: en síntesis, lo mismo). Por el contrario, la dación de cuenta relativa al transcurso de plazos, concede al Secretario un mayor protagonismo en el trámite, aunque sea meramente como vigilante y denunciante. También, coincide con lo ordenado en la LEC (art. 413: habla textualmente de «obligación del Secretario», respecto a la caducidad de la instancia) y en la LECrim. (art. 214: se refiere, igualmente, a la obligación del Secretario de poner, sin la menor demora, en conocimiento del Juez o Tribunal el vencimiento de los términos judiciales).

Cuando se trata de una diligencia de ordenación, en que el acto de trámite corresponde al Secretario, pensamos que, una vez dictada ésta, el colaborador judicial está obligado a la correspondiente dación de cuenta al Juez. De lo contrario, ¿cómo conocerá éste tal dictado y podrá proceder, en su caso, a la revisión de oficio? El artículo 285 excluye de la dación al supuesto en que los autos hubieren tomado estado para resolución y ésta correspondiere al Secretario; pero ello no significa que, una vez dictada la pertinente diligencia de ordenación, es decir, siempre a posteriori, éste no deba dar cuen-

ta de la misma al Juez. Consta un nuevo acto en los autos y el Juez debe conocerlo (3).

En cuanto a la forma, el art. 286 señala que la dación de cuenta se hará oralmente. Perdería casi toda su eficacia si ésta fuera por escrito, ya que lo más destacable de ello es la estrecha y diaria relación Secretario-Juez, en la que no sólo el primero informa de los documentos que han entrado y de los plazos que han transcurrido, sino que se produce entre ambos una fructífera comunicación en orden al trámite procesal.

Señala la Ley que en esta dación se ha de respetar el orden de presentación de los escritos o el de toma de estado de los autos, salvo los urgentes o de reconocida preferencia, que se antepondrán.

Cuando proceda, se documentará mediante diligencia y, en los supuestos previstos en el art. 290, el Secretario acompañará propuesta de resolución.

B) Actas

Entre las distintas actuaciones de los Secretarios en el curso de los procedimientos judiciales, la LOPJ menciona, en primer lugar, las actas (art. 279.1). Más adelante, las define: tienen por objeto dejar constancia de la realización de un acto procesal o de un hecho con trascendencia procesal (art. 280.1).

Esta actuación escrita del Secretario, en la que actúa como único fedatario público judicial, versa sobre actuaciones procesales de terceros. Actuaciones colectivas, como aertadamente destaca TOMÉ PAULE (4), en las que alguno de los intervinientes formulan peticiones, dictan resoluciones o emiten declaraciones. Quedan excluidas, pues, aquellas situaciones —incluso, colectivas— en que la Ley obliga al Secretario a que extienda diligencia, firmando sólo él, como mera prueba de la realización del acto (por ejemplo: art. 1600 LEC, ejecución de la sentencia de desahucio; reclamación por el inquilino como de su propiedad de labores, plantíos, etc.; también art. 499 LEC: el Secretario extiende diligencia de la exhibición de cosa mueble y la manifestación por el actor de ser la misma que se propone demandar).

El acta corresponde, pues, a aquellas situaciones en las que no sólo hay que acreditar que acontecieron, sino que, además, han de

(3) En contra: Siro Francisco GARCÍA PÉREZ y Francisco Javier GÓMEZ DE LIAÑO Y BOTELLA (*Ley Orgánica del Poder Judicial, con comentarios*, Madrid, 1985, p. 204).

(4) *La fe pública judicial y las funciones del Secretario en la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial* (con Ricardo Sánchez Sánchez), Madrid, 1985, p. 55.

constar las declaraciones, manifestaciones o peticiones que tuvieron lugar entonces y que es necesario documentar a los efectos oportunos (por ejemplo: en la LEC, art. 730 —juicio verbal, comparecencia, acta firmada por todos los concurrentes y testigos—, art. 634 —prueba de reconocimiento judicial, acta firmada por todos los recurrentes, con consignación expresa de las observaciones pertinentes de las partes y las declaraciones de los prácticos—, entre otros; LECrim.: art. 743 —juicio oral, acta de cada sesión que se celebre, extendida por el Secretario del Tribunal, haciendo constar lo más importante ocurrido, con posterior lectura y rectificación en su caso, y firmadas por los miembros del Tribunal, el Fiscal y los defensores de las partes—, art. 569 —registro domiciliario—, art. 709 —preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes al testigo; recurso de casación en su día; importancia de la consignación literal—, etc.).

Aun recordando una vez más que el tema de la fe pública judicial constituye el objeto de una intervención específica en estas Jornadas, siquiera someramente, hemos de aludir al art. 281, apartados 1 y 2, de la LOPJ. En efecto, el Secretario extiende acta de las situaciones descritas más arriba y da fe plenamente de lo acontecido y de las firmas de los concurrentes.

Sin embargo, en determinados supuestos, la Ley permite que el Secretario habilite a uno o más Oficiales para que autoricen las actas. Ha de tratarse, necesariamente, de actas realizadas a presencia judicial y con la particularidad de que la responsabilidad de la autenticidad de los hechos recaerá sobre el Oficial autorizante (artículo 282) (5).

Finalmente, como vimos con anterioridad, el Secretario ha de dar cuenta al Juez o Tribunal, en el mismo día o al siguiente día hábil, de las actas autorizadas fuera de la presencia judicial (art. 284.2).

C) Notas

A ellas se refiere la LOPJ en el último apartado del art. 280. Nos dice que podrán ser de referencia, de resumen de los autos y de examen del trámite a que se refieran.

Indudablemente, representan la actuación de menor importancia de los Secretarios en el curso de los procedimientos judiciales. En la práctica, se hace uso de algunas de ellas con carácter más bien de funcionamiento interno. Por supuesto, son escritas.

(5) Como afirman GARCÍA PÉREZ y GÓMEZ DE LIAÑO Y BOTELLA, la seguridad jurídica respecto a tal declaración hará conveniente la existencia de expedientes individuales, así como que el Oficial haga constar su condición de habilitado en la antefirma correspondiente, donde además expresará con claridad su nombre y apellidos (op. cit., p. 203).

Sin embargo, como destaca TOMÉ PAULE (6), la nueva Ley concede una mayor amplitud a este simple acto procesal al asignarle una triple función.

Así, las notas de referencia suponen la remisión de un escrito o de una actuación a otra, y se producen cuando en un determinado supuesto hay que tener presente actuaciones realizadas en otro momento. Equivalen a modo de recordatorio, a poner en relación diversas actuaciones procesales producidas en diferente ocasión.

Las notas de resumen de los autos, por su parte, expresan mejor su contenido. Implican una tarea para el Secretario, consistente en un resumen o extracto de los autos que ha de poner a disposición del juzgador. En este sentido, se pronunciaba la anterior redacción del art. 872 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil que, en la apelación del juicio de mayor cuantía y antes de la vista, ordenaba al Secretario que redactase nota suficientemente expresiva del asunto, de la cual había que distribuir copias, con la antelación necesaria, a los Magistrados y a las partes personadas; este precepto ha sido modificado por Ley 34/1984, de 6 de agosto. También, el art. 1740 LEC, derogado en la misma fecha, preveía la formación de una nota de resumen de los autos por parte del Secretario, en el recurso de casación por infracción de ley.

En la actualidad, el art. 318 LEC ordena que los Jueces y Magistrados verán por sí mismos los pleitos y actuaciones para dictar autos y sentencias (se acaba, de este modo, con la distinción anterior del mismo precepto entre Jueces de primera instancia y Magistrados de Audiencias y del Tribunal Supremo; para los primeros se exigía que vieran por sí mismos los pleitos y actuaciones para resolver, mientras que para los segundos se establecía la correspondiente nota de resumen del Secretario). Sin embargo, aún subsiste, cuando la ley no disponga otra cosa, que las vistas empezarán con una relación sucinta hecha por el Secretario de los antecedentes que den a conocer la cuestión a enjuiciar (art. 330 LEC, reformado por Ley 34/1984, suprimiendo del texto el apuntamiento).

En el proceso penal, interpuesto recurso de casación y transcurrido el término del emplazamiento, se dispondrá que el Secretario forme nota autorizada del recurso, con el contenido señalado en el art. 880 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Finalmente, las notas de examen del trámite aluden al estudio que ha de hacer el Secretario sobre el trámite a seguir en un proceso. Señala TOMÉ PAULE que éstas tuvieron importancia en nuestro derecho, sobre todo en los recursos de apelación, en los que el Secreta-

(6) Op. cit., p. 63.

rio tenía que estudiar que se habían cumplido los trámites procesales en la primera instancia (7). Entre otras situaciones, hoy día pueden servir, tras el examen de un trámite, para anotar que se ha detectado la falta de un requisito exigido y, en consecuencia, proceder a su subsanación.

D) Diligencias

La LOPJ de 1985 se refiere al contenido de las diligencias y expresa que éstas podrán ser de constancia, de ordenación, de comunicación o de ejecución (art. 280.2). En el comentario que sigue, contemplaremos en último lugar las de ordenación, debido a la especial importancia de las mismas.

1) De constancia

Como dice TOMÉ PAULE (8), las diligencias de constancia tienen como finalidad acreditar documentalmente un hecho o acto de trascendencia procesal.

El art. 283, refiriéndose exclusivamente a la presentación de escritos, ordena que los Secretarios pondrán diligencias para hacer constar día y hora de presentación de las demandas, de los escritos de iniciación del procedimiento y de cualesquiera otros cuya presentación esté sujeta a un plazo perentorio (como contestaciones a la demanda, recursos, etc.) (9). En todo caso —añade el citado precepto—, es decir, siempre, trátase de escritos cuya presentación esté o no sujeta a un plazo de este tipo, se dará a la parte recibo de los escritos y documentos que presenten, con expresión de la fecha y hora de presentación.

El legislador no persigue solamente que en la diligencia conste que el escrito ha sido presentado en horas hábiles (desde las ocho de la mañana a las ocho de la tarde, en la nueva regulación del art. 182.1, en términos generales), sino dejar constancia del orden de presentación de los distintos escritos dentro de un mismo día. Hay, incluso, quien se plantea la posibilidad de que los futuros reglamentos orgánicos obliguen a las Secretarías a llevar un libro-registro de entrada, semejante a lo establecido para el Registro de la Propiedad, al objeto de que el él se asiente, por riguroso orden de

(7) Op. cit., p. 63.

(8) Op. cit., p. 55.

(9) El art. 250 LEC habla de 'nota'; también, el art. 206.2.º LECrim. y el art. 38 LPL. Por el contrario, el art. 22 LPL contiene la expresión 'diligencia de presentación'.

entrada, la presentación de los correspondientes escritos (10). A este respecto, es preciso llamar la atención sobre la previsión de la LOPJ de autorizar el establecimiento de servicios de Registro General para la presentación de escritos o documentos dirigidos a órganos jurisdiccionales (art. 282.3).

En cuanto al recibo al que se refiere el segundo apartado del art. 283, resulta clara la intención legisladora de proveer a la parte del correspondiente justificante de la presentación de sus escritos, así como de los documentos que a veces acompañan a los primeros, con expresión de día y hora, a efectos de posible reclamación ulterior. La referencia «en todo caso» no admite excepciones; parece aludir a que siempre se ha de dar recibo de la presentación de un escrito en una oficina judicial; va más allá del correspondiente recibo, fotocopia o copia simple, fechada y firmada o sellada, de la oficina administrativa, a instancia de parte (art. 69.2 LPA). Cosa distinta, es que, en la práctica y por razones que no son del caso, no se expida este recibo salvo a quien lo solicite. La LEC (art. 250) habla de «siempre que la parte lo reclame»; en el mismo sentido, la LECrim. (art. 206, in fine: «al interesado que lo pidiere») y la LPL (art. 38: «si les fuera solicitado»). Sin embargo, la redacción comentada de la LOPJ no contiene la menor referencia a solicitud de la parte ni a que ésta condicione su entrega. Con ello, pensamos, se evitan también posibles corruptelas en orden a la presentación de escritos, resultando al mismo tiempo, de enorme importancia respecto a los documentos (11).

Cabría, tal vez, interpretar que la Ley lo que persigue exclusivamente es no establecer diferencias en orden a la entrega de recibo entre los escritos sujetos a un plazo perentorio de presentación y los que no lo están. Admitiendo la oscuridad de la letra de dicho precepto, estimamos que, de haber perseguido sólo esto, lo hubiera recogido así; además, seguiría sin exigirse expresamente la petición de parte.

Ya en 1928, en la Propuesta presentada en la Asamblea Nacional por el asambleísta D. Juan B. GUERRA el día 10 de enero, en la Base novena, segundo párrafo, se explicitaba que «en el momento de reci-

(10) José Ramón JURADO POUSIBET, *Diligencias y propuestas de resolución en la Ley Orgánica del Poder Judicial* (en prensa, cedido amablemente por el autor).

(11) Aunque es tradicional, conocida y constante la fidelidad de los Secretarios judiciales y de su personal colaborador en orden a la custodia y conservación de los variados documentos presentados a diario por las partes en las distintas Secretarías de los numerosos Juzgados y Tribunales de España, no resulta ocioso destacar esta obligación, a nuestro juicio, altamente positiva.

bir un escrito, el Secretario dará recibo a la parte que lo haya presentado, aunque sta no lo reclame» (12).

Amén de la constancia de día y hora de presentación, estas diligencias deberán ir firmadas por el Secretario u Oficial habilitado al efecto, según autoriza el apartado primero del art. 282. Posteriormente, el Secretario procederá a la dación de cuenta de los escritos y documentos presentados (art. 284.1). Como es lógico, la LOPJ (artículo 270) no recoge la necesidad de que las diligencias de este tipo se notifiquen a las partes.

Señala TOMÉ PAULE (13) cómo, aparte de los supuestos citados de constatación de la presentación e incorporación de documentos al proceso, por medio de las diligencias de constancia documenta el Secretario determinadas actitudes negativas de las partes o de los terceros llamados al proceso; así, da fe de que ha transcurrido el plazo concedido al demandado sin comparecer (art. 527 LEC), la incomparecencia de la parte para confesar (art. 583 LEC), etc. Incluso, cuando no proceda la extensión de un acta, sirven para acreditar la realización de actos procesales colectivos.

2) De comunicación

Además del apartado segundo del art. 280, que menciona las diligencias de comunicación entre las diversas actuaciones de los Secretarios en el curso de los procedimientos judiciales, el apartado tercero del artículo 279 de la misma LOPJ expresa que corresponde a estos funcionarios la práctica de las notificaciones y demás actos de comunicación (citaciones, emplazamientos y requerimientos) y de operación judicial.

Por medio de estas diligencias, el Secretario constata por escrito los actos de comunicación entre el órgano jurisdiccional y las partes. Siguiendo a TOMÉ PAULE (14), podemos afirmar que están incluidas dentro de las diligencias de comunicación las notificaciones, los actos de auxilio judicial y los llamamientos a personas indeterminadas con interés en los resultados de un proceso o en una actuación determinada.

La notificación persigue informar al interesado del contenido de una resolución específica. El art. 270 ordena a quiénes se han de notificar las diligencias de ordenación, providencias, autos y sentencias; el art. 271 se refiere a la utilización de diversos medios para la prác-

(12) *Bases para la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1929.

(13) Op. cit., p. 56.

(14) Op. cit., p. 60.

tica de las notificaciones (correo, telégrafo...), mientras que el artículo 272 lo hace respecto a la instauración de un servicio común de notificaciones en determinadas poblaciones, tanto para la práctica como para la recepción; en síntesis, lo que se persigue es facilitar la notificación con el uso de modernas técnicas y la instauración de procedimientos más racionales, satisfaciendo siempre el derecho de los interesados a esta comunicación.

En materia de notificaciones, se tendrá presente lo establecido en los textos procesales vigentes en cuanto no contradiga lo ordenado en la LOPJ (LEC: arts. 260 y ss.; LECrim: arts. 166 y ss.; LPL: arts. 25 y ss.). En este sentido, resulta innovador lo preceptuado en el apartado cuarto, del art. 248, ordenando que al notificarse la resolución a las partes se indicará si la misma es o no firme y, en su caso, los recursos que procedan, órgano ante el que deben interponerse y plazo para ello (15). Tal prescripción resulta a todas luces positiva y se halla en clara línea con el art. 24 de la Constitución tendente a evitar la indefensión. Cabe plantear la cuestión de dónde deben contar las referencias aludidas, si en la diligencia de comunicación, esto es, en la notificación, o, por el contrario, en la resolución notificada. A nuestro juicio, la letra de la ley es terminante al referirse al momento de notificación de la resolución a las partes e, incluso, al regular esta exigencia una vez explicada la forma de las resoluciones, como un requisito exclusivo de la notificación (16). Por supuesto que las referencias citadas en orden a la información sobre recursos deben constar en las copias entregadas a todos los que se notifiquen, conforme al artículo 270, al objeto de lograr el efecto perseguido.

Ahora bien, la obligación citada en orden a la comunicación de la firmeza de la resolución y a los recursos y plazos correspondientes, hay que entenderla razonablemente. De este modo, no hay razón alguna para comunicar al interesado, que ha sido absuelto sin paliativos por la sentencia penal, o que se le han estimado absolutamente todas sus pretensiones en el proceso civil, los recursos pertinentes, el órgano ad quem y el plazo para interponerlo. Por supuesto que la información sobre recursos, órgano y plazo procederá sólo en el supuesto de que la resolución no sea firme; caso contrario, bastará con la indicación de que éstos no proceden. Sin embargo, cuando en la práctica se notifica a todos los interesados exactamente el mismo

(15) El art. 93 LPL ordena que en el fallo de la sentencia se advierta a las partes de los recursos que caben contra ella y plazo para ejercitarlos.

(16) Aunque se hace en la notificación, algunos autores no excluyen, por aconsejable, que se haga también en la propia resolución (así: GARCÍA PÉREZ y GÓMEZ LIAÑO Y BOTELLA, op. cit., p. 188).

contenido, entonces se producen estas anómalas situaciones apuntadas.

Respecto a la posible nulidad de estas notificaciones, hay que estar a lo dispuesto en los arts. 238 y siguientes. En este terreno, merece especial mención la problemática derivada del error contenido en la notificación en orden a la comentada exigencia de información sobre recursos (17). Para JURADO POUSIBET, es trasladable el esquema de soluciones del campo administrativo; es aplicable a lo jurisdiccional la doctrina del error inducido y, en consecuencia, el error en la notificación no puede perjudicar al justiciable y sí favorecerle (18).

Como hemos afirmado más arriba, además de las notificaciones, citaciones, emplazamientos y requerimientos, se incluyen dentro de las diligencias de comunicación los actos de auxilio judicial y los llamamientos a personas indeterminadas que puedan tener interés en los resultados de un proceso o en una actuación determinada.

Sobre los primeros, hay que tener presente el mandato de la LOPJ (art. 273) relativo a que los Jueces y Tribunales cooperen y se auxilien entre sí en el ejercicio de la función jurisdiccional. La práctica de estos actos corresponde al Secretario (art. 279.3), en la forma que determinen las leyes (art. 274 y ss.).

Respecto a los segundos, el art. 236 establece que la publicidad de los edictos se entenderá cumplida mediante la inserción, según proceda, en los Boletines Oficiales que señalen las leyes procesales. No obstante, se permite la publicación en cualquier otro medio, pero, a petición y a costa de la parte que lo solicite. La innovación no satisface a todos (19).

(17) Ver: art. 179 LPL.

(18) En síntesis: 1. La notificación defectuosa se subsana por la interposición del recurso procedente o por la manifestación expresa del interesado de la existencia del defecto en cuestión. — 2. La notificación personal al interesado, sin expresión de recursos, sana transcurridos seis meses sin que el notificado haya hecho protesta formal del defecto. — 3. Si la notificación no contiene el texto íntegro del acto o no ha sido practicada personalmente, la convalidación puede producirse por el transcurso de las circunstancias que sobrevengan. — 4. Si se expresan erróneamente los recursos, se convalida el error al interponer los oportunos; si se interponen los erróneamente indicados, el auto del Tribunal subsanará el error. — 5. Si error en la indicación del órgano «ad quem», puede el notificado dirigirse al oportuno; si se dirige al erróneo, éste remitirá los autos al competente. — 6. Si se indica plazo diferente al legal, se computa el más largo (op. cit.).

(19) Así, TOMÉ PAULE afirma que hubiera sido preferible eliminar de una vez esos largos y farragosos edictos que siguen siendo caros y sustituirlos por anuncios por palabras mucho más económicos y de mayor efectividad, al poder ser insertados en medios de comunicación más difundidos y, por tanto, más eficaces (op. cit., p. 61).

En todas las diligencias de comunicación, sin excepción, corresponde al Secretario determinar su práctica; sin embargo, éste puede habilitar a uno o más Oficiales para que las autoricen, recayendo en ese caso la responsabilidad de los actos acreditados en el Oficial correspondiente (art. 282).

Con la atribución al Secretario judicial de toda la ordenación del proceso, que indudablemente comprende la actividad de comunicación procesal, señala SEOANE CACHARRÓN que es dicho componente del órgano jurisdiccional quien determina en cada caso cómo han de ejecutarse las comunicaciones judiciales. El mismo autor, después de incidir en la distinción entre el sujeto emisor y el sujeto ejecutor de estas diligencias, manifiesta su preocupación por el posible abuso de los medios modernos de transmisión a estos efectos (20).

3) De ejecución

Por medio de éstas, el Secretario extiende documentalmente el cumplimiento de lo ordenado por el juzgador. El art. 282 no las menciona expresamente entre las diligencias delegables en un Oficial habilitado —como hace con las de constancia y las de comunicación—, por lo que hay que entender que son exclusivas y propias del Secretario.

Deben ir más allá de reflejar el libramiento de despachos; así, caben —por ejemplo— para formar los ramos de prueba, con la ventaja de que no han de notificarse a las partes, pues es suficiente con la notificación de la resolución en que se acuerda el recibimiento a prueba (21).

Después de las innovaciones de la LOPJ sobre las diligencias de ordenación y sobre las propuestas de resolución, las funciones del Secretario judicial en la ejecución procesal deben revestir mayor importancia. Como es sabido, hay autores que se pronuncian porque a este funcionario se le atribuya toda la labor de ejecución, limitándose el Juez solamente a la tarea decisoria, de forma que actos como el embargo, subasta, licitaciones, etc., se realicen con la exclusiva intervención del primero, reservándose el segundo para resolver los incidentes que pudieran plantearse (22).

(20) *El Secretario como sujeto activo de los actos de comunicación*, comunicación a las Jornadas sobre la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1985, pp. 321 y siguientes.

(21) Coincidimos con JURADO POUSIBET (op. cit.).

(22) Entre otros, TOMÉ PAULE (op. cit., p. 62).

También, PRIETO-CASTRO afirma que es preciso conferir al funcionario secretarial las necesarias facultades para que pueda decidir «in situ» sobre las cuestiones que surgen en la ejecución singular, sin necesidad siempre de sus-

4) De ordenación

Constituyen una de las innovaciones más importantes y trascendentales de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985. Representan una muestra evidente de la nueva concepción del Secretario judicial que se va abriendo camino en nuestro ordenamiento jurídico. Su importancia exige un tratamiento más detallado.

E) Diligencias de ordenación

El Capítulo III del Título IV, dentro del Libro III de la LOPJ, dedica sus dos primeros preceptos a la regulación específica de estas diligencias; también, en otros lugares del citado cuerpo legal se alude a las mismas (por ejemplo, arts. 270 y 290).

En los debates, durante la fase parlamentaria del PLOPJ, de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso, se abogó por algún diputado a favor del empleo del término «providencia» en lugar del de «diligencia», aplicado a la nueva facultad de ordenación del Secretario en el proceso. Sus palabras no fueron atendidas y, a pesar de la debilidad de los argumentos que se opusieron, la enmienda fue desestimada (23). Más tarde, defendida de nuevo por el mismo autor en el Pleno del Congreso, tampoco fue aprobada (24).

1) Actividad del Secretario

Frente a las providencias de ordenación material, del Juez o Tribunal, el dictado de las diligencias de ordenación formal correspon-

der esta (lo que puede originar —dice— consecuencias catastróficas) para recabar la decisión del Juez; más valdría a la inversa: que contra el acto ordenado por el Secretario, y sin suspensión, el agraviado acuda urgentemente al Juez (*Temas de Derecho actual y su práctica*, Salamanca, 1979, p. 428).

(23) «Difícilmente se puede decir en Derecho que sea una diligencia de ordenación aquella resolución que mantenga una declaración de voluntad, puesto que diligencia, en sentido técnico y procesal, no puede contener esta declaración de voluntad, ni siquiera una manifestación de voluntad, sino que simplemente se establece para acreditar hechos o participar, en todo caso, en un evento». «Por tanto, por razones puramente técnicas, los Secretarios judiciales... deben estar provistos de esta facultad de dictar resoluciones con el carácter de providencia...». También dijo: «Porque técnicamente una decisión de un miembro del órgano jurisdiccional no puede tomar nunca la forma procesal de diligencia, sino de la providencia». *Enmienda del Sr. Urizarri Murillo del Grupo Parlamentario Popular*, Comisión de Justicia e Interior, Sesión de 7 de marzo de 1985, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, 1985, núm. 275, p. 8643 y 8649.

(24) *Diario de Sesiones*, 1985, núm. 196, p. 8974.

de al Secretario, sin distinción de categorías. Cabe, pues, en todo proceso e instancia, así como en todo orden jurisdiccional.

Además, nadie puede suplir su inactividad. Es una función que le corresponde en exclusiva a él. El especial carácter de este tipo de diligencias impide que el Secretario sea sustituido por un Oficial habilitado, como para otros supuestos autoriza el apartado primero del art. 282. Es una función personalísima y no delegable.

El juzgador adopta aquí, inicialmente, una actitud pasiva. Se limita a esperar los correspondientes dictados. Posteriormente, puede proceder o no a su revisión.

El sentido imperativo de la Ley es terminante, estableciendo que «corresponderá» a los Secretarios dictar tales diligencias. Queda eliminado todo carácter discrecional o compartido. Es una obligación cuyo incumplimiento lleva aparejada la correspondiente responsabilidad; la dejación de su exigencia por los Jueces y Magistrados se considerará falta grave (art. 418, apartado tercero); la inspección de Juzgados y Tribunales comprenderá el examen del cumplimiento de los deberes del personal judicial, atendiendo especialmente a las exigencias de una pronta y eficaz tramitación de todos los asuntos (artículo 176.1).

Actividad, por tanto, preceptiva para el Secretario, al mismo tiempo que exclusiva y personalísima de éste, cuya importancia procedimental estará en función de la consideración que se tenga de su naturaleza.

2) Naturaleza

Según el art. 288, el Secretario dicta las diligencias comentadas. En este caso, el término dictar resulta inconfundible; equivale a pronunciar, expedir, promulgar. Significa que emite algo y que ello es una resolución, esto es, un pronunciamiento de voluntad.

No se limita sólo a constatar o comunicar unos hechos, con trascendencia procesal, de las partes o del órgano, o a ejecutar lo ordenado por este último, sino que ordena algo por sí, decidiendo él mismo, en función de unos trámites procesales, eso sí, pero, sin esperar a que el órgano juzgador decida al respecto. Es, pues, una potestad independiente, sometida únicamente a la ley.

Esta clase de resolución, obviamente, no está recogida en el artículo 245, referente exclusivamente a los pronunciamientos de Jueces y Tribunales que tengan carácter jurisdiccional, pero es una resolución en definitiva. Así lo entiende el art. 270 al ordenar que las diligencias de ordenación —junto con las providencias, autos y sentencias— habrán de notificarse a todos los que sean parte en el plei-

to o la causa, y también a quienes se refieran o puedan parar perjuicios, cuando así se disponga expresamente en aquellas resoluciones, de conformidad con la ley. La LOPJ no contiene distingo alguno en orden a las citadas notificaciones.

Lógicamente, antes de dictarlas, al igual que hace el juzgador respecto de cualquier resolución, el Secretario debe examinar las circunstancias procesales que generan su nacimiento y los efectos posteriores a su dictado.

3) Objeto

Este queda definido en el comentado art. 288: dar a los autos el curso ordenado por la Ley e impulsar formalmente el procedimiento en sus distintos trámites, de conformidad con las leyes procesales.

El art. 237 de la LOPJ ordena que, salvo que la ley disponga otra cosa, el órgano jurisdiccional dará de oficio al proceso el curso que corresponda, dictando al efecto los proveídos necesarios (con idéntica redacción el art. 307 LEC). Resulta clara la destacada colaboración del Secretario en esta tarea, por medio de las diligencias en cuestión. En este sentido, el art. 285 se refiere a aquellos supuestos en que al Secretario le corresponda la ordenación del trámite.

A los fines expuestos deben difigirse las diligencias de ordenación, tendentes a ordenar e impulsar formalmente el procedimiento; una actividad puramente procedimental, en modo alguno juzgadora. Unas diligencias que, como se ha señalado por los autores, coinciden con las antiguas providencias de mera tramitación.

Precisamente, de las anteriores providencias de mera tramitación —dictadas por los Jueces de primera instancia (art. 376 LEC, antes de la reforma de agosto de 1984) y por las Audiencias (incomprendiblemente, el art. 401 LEC conserva en la actualidad dicha denominación)—, a las actuales diligencias de ordenación, dictadas por los Secretarios judiciales, no hay prácticamente diferencia, salvo por lo que respecta al órgano emisor, naturalmente.

Si por diligencias de ordenación entendemos —de acuerdo con TOMÉ PAULE y otros— las resoluciones del Secretario judicial tendentes a dar al procedimiento los trámites marcados por la ley en el momento señalado para ello, no hay duda que en tal concepto entran, tanto los actos de ordenación propiamente dichos, como los actos de impulso. Actos que, por supuesto, en sus diversos trámites, han de acomodarse con escrupuloso respeto a las leyes procesales.

Aun reconociendo que no es posible proporcionar reglas fijas y que el Secretario ha de decidir en cada caso según la índole del procedimiento, algún autor, partiendo del concepto que de las diligen-

cias de ordenación proporciona la LOPJ, recoge, a modo de lista no exhaustiva, los supuestos en que proceden (25).

En resumen, lo equivalente a las anteriores providencias de mera tramitación encaja perfectamente en estas diligencias. Por el contrario, quedan excluidos aquellos actos que desbordan el cumplimiento del mero precepto procesal en orden al trámite, que van más allá de la simple ordenación mecánica o del impulso automático de oficio, y que requieren una cierta valoración, decisión o interpretación; estos últimos supuestos (los que podríamos denominar providencias de no mera tramitación) encajan más bien dentro de las propuestas de resolución de la vigente LOPJ. Propuestas de resolución judicial, pues ya no se trata de sencillas resoluciones de ordenación e impulso, sino de estrictas resoluciones judiciales, esto es, pronunciamientos concretos sobre determinadas situaciones en las que son posibles a priori varias opciones.

La función del Secretario en esta materia, aparentemente, puede parecer casi irrelevante; se ha de ceñir a ordenar e impulsar, procedimentalmente, lo que la ley regula previamente. Sin embargo, sobre todo en orden a la agilidad y celeridad, su tarea es meritoria. La tutela judicial efectiva, que consagra y persigue nuestro texto constitucional, no sólo se obtiene con una impartición de justicia independiente e imparcial, sino, también, rápida, ágil y sencilla en su tramitación. En esta dirección, las comentadas diligencias de ordenación tienen un importante papel que desarrollar.

4) Forma

Se limitarán a la expresión de lo que se disponga con el nombre del Secretario que la dicte, la fecha y la firma de aquél.

En suma, los requisitos formales son los mínimos, a efectos de identificación (funcionario y fecha).

Al ser una resolución exclusiva de este funcionario, no es posible la intervención delegada de un Oficial habilitado. Tampoco cabe mo-

(25) Así, Arturo MAJADA (*Ley Orgánica del Poder Judicial, con comentarios*, Barcelona, 1985, pp. 28 y 29): traslados a las partes, formación de autos, expedición de copias certificadas o testimonios de actuaciones judiciales, pasar actuaciones a informe del Ministerio Fiscal, Colegios de Abogados, etc., señalamientos para comparecencias, vistas y prácticas de pruebas (estas últimas, previamente, admitidas por el Juez o Tribunal), dar vista de actuaciones, escritos y documentos presentados y, en síntesis, en general, impulsar formalmente los trámites procesales previstos en la Ley, en los supuestos en que no quepa en ellos el arbitrio judicial; tampoco, si el adoptarlos o dejar de hacerlo signifique acceder a la petición de una parte en detrimento de la otra, o una alteración implícita de la posición jurídica de alguna de ellas.

tivación, prevista en la LOPJ solamente para las resoluciones judiciales que tengan carácter jurisdiccional (art. 248).

Han de ser notificadas a todos los que sean parte en el pleito o la causa, y también a quienes se refieran o puedan parar perjuicios, cuando así se disponga expresamente en las mismas (art. 270), y han de indicarse en la notificación los recursos que procedan, órgano ante el que deben interponerse y plazo para ello (art. 248.4).

Respecto a la posibilidad de extenderla conjuntamente con la diligencia de constancia, constituyendo una resolución única, aunque es cierto que la de ordenación exige unos requisitos que no son necesarios en la primera (firma del Secretario, notificación, etc.), estimamos que, si ésta se adapta a la más exigente, a veces, dicha unión es posible (26). El argumento de que a la de constancia ha de seguir la dación de cuenta no es del todo completo, pues, también, una vez dictada la diligencia de ordenación, el Secretario debe dar cuenta al Juez.

Hay quien distingue dos clases de diligencias de ordenación, en cuanto a la forma: las que mandan a un tercero hacer alguna cosa (en este caso, la redacción se parecerá a la providencia a la que ha sustituido) y las que ordenan algo cuya ejecución corresponde a la propia Secretaría (la redacción corresponderá más a la diligencia tradicional, ya que mandato y ejecución se confunden) (27).

5) Revisión

El comentado carácter de resolución que corresponde a las diligencias de ordenación permite que las mismas sean revisadas, lo que no acontece con las restantes modalidades de diligencias. Como no han sido dictadas por el Juez o Tribunal, cabe, paradójicamente, incluso la revisión de oficio.

Lógicamente, la revisión es encomendada al elemento juzgador. Si se trata de órgano unipersonal, corresponderá al Juez el conocimiento de la posible revisión; si se trata de Tribunal colegiado, la LOPJ atribuye esta función al Magistrado ponente. Tradicionalmente, el ponente vela por el cumplimiento de los trámites legales, por la forma exigida en los escritos y por los posibles abusos en la sustanciación del juicio; en su caso, llama la atención de la Sala para que ésta acuerde lo conveniente (por ejemplo: art. 337 LEC). Sin embargo, ahora parece encomendarse directamente al ponente la revisión de las diligencias de ordenación; no obstante, hemos de tener

(26) Participa de la misma opinión TOMÉ PAULE (op. cit., p. 57); en contra, JURADO POUSIBET (op. cit.).

(27) Así: GARCÍA PÉREZ y GÓMEZ DE LIAÑO y BOTELLA (op. cit., p. 448).

presente que el art. 289, in fine, explicita «en los casos y forma previstos en las leyes procesales». A este respecto, entre las funciones que corresponden al ponente, en la LOPJ, se encuentran las del despacho ordinario y cuidado de la tramitación en los pleitos y causas (art. 205.1).

La revisión puede acontecer en cualquier instancia u orden jurisdiccional, pudiendo ser de oficio o a instancia de parte (hay que entender, también, del M.F.).

En la dación de cuenta, el Secretario informará oralmente de la diligencia de ordenación dictada y, en su caso, del recurso presentado contra ella.

Nada dice la LOPJ respecto al plazo (28) y recurso a utilizar para la revisión. Por ello, hay que acudir, mientras no se regule de otro modo en las leyes procesales (conforme señala el art. 289), a lo vigente tanto en la LOPJ como en los correspondientes textos procesales.

Hay que distinguir dos supuestos, según sea de oficio o a instancia de parte.

En el primer caso, estimamos aplicable lo dispuesto en la LOPJ respecto a la aclaración de determinadas resoluciones (art. 267). La revisión ha de hacerse dentro del día hábil siguiente a aquél en que el órgano jurisdiccional tuvo conocimiento de tal diligencia de ordenación.

Cuando la revisión se pretenda a instancia de parte, hay que distinguir, a su vez, entre órganos unipersonales o colegiados. En los Juzgados, en razón de cierta analogía —relativa, desde luego, ya que estas diligencias las dicta el Secretario y las providencias de mera tramitación las dictaba el Juez—, el recurso oportuno será el de reposición o reforma, según se trate, en los plazos establecidos para su planteamientos y resolución (LEC: arts. 376 y siguientes; LECrim.: arts. 216 y siguientes). En las Audiencias, cabe recurso de súplica —por similares razones—, también en los plazos señalados en las leyes procesales. Debe darse traslado a los demás litigantes, conforme al principio de contradicción.

Debido a la escasa importancia de la diligencia de ordenación, en comparación con otras resoluciones, los recursos previstos pertenecen a la categoría de los no devolutivos.

La revisión consistirá en la confirmación, modificación de la dictada o sustitución por una nueva; los dos últimos supuestos acontecerán cuando se estime que lo dictado por el Secretario no se ajusta a lo prescrito en las leyes procesales.

(28) El Anteproyecto de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su art. 311 (equivalente al actual art. 289), establece que las diligencias de ordenación son revisables dentro del día siguiente al de su notificación.

La resolución revisando o confirmando la diligencia de ordenación adoptará forma de providencia y podrá ser sucintamente motivada (art. 248.1). No es posible, por razones evidentes, que el Secretario redacte en este caso propuesta de resolución (art. 290). Contra dicha providencia, a su vez, cabe recurso de reposición (arts. 376 y ss. LEC) o de reforma (arts. 216 y ss. LECrim.), según proceda.

F) *Propuestas de resolución*

Reguladas en los arts. 290 y 291, principalmente (también, el artículo 246 se refiere a ellas), las propuestas de resolución representan una prueba más de la confirmación de lo afirmado en la Exposición de Motivos de la nueva LOPJ referente a que en dicho cuerpo legal se refuerzan las funciones del Secretario judicial.

Efectivamente, en dichos preceptos se contempla la atribución exclusiva para el Secretario de la propuesta de determinadas resoluciones al juzgador, con los requisitos de forma generales.

Estas propuestas —como, acertadamente, señala JURADO POUSET— formaban ya parte de la práctica administrativa (por ejemplo: arts. 53.5 y 91 LPA).

1) *Actividad del Secretariado*

El autor de la propuesta de resolución es el Secretario; mejor aquí, el actuario, por su patente carácter activo. A él le corresponde determinar el momento procesal adecuado para la propuesta y la clase de resolución procedente (providencia o auto); decisiones éstas que, en buena lógica, han de adecuarse a lo establecido por la ley para cada supuesto.

La letra de la LOPJ tiene un claro sentido imperativo: «corresponderá» (art. 290); en otro lugar, se habla de «los casos en que la ley ordena al Secretario formular propuesta de resolución» art. 246). Evidentemente, ello no impide la posibilidad de que una parte se dirija al Secretario en solicitud de la correspondiente propuesta de resolución. En todo caso, la exclusividad de tal atribución resulta inquestionable.

El incumplimiento de esta obligación implica la exigencia de la pertinente responsabilidad. El Juez o Magistrado que dejare de promoverla incurrirá en falta grave (art. 418.3.º). A este respecto, téngase presente el impulso procesal de oficio, consagrado una vez más en la nueva Ley (art. 237).

La propuesta se dirige al Juez o Tribunal en cuestión, sin distinción por razón de proceso, instancia u orden jurisdiccional, que esté conociendo del asunto, ya que es él quien ha de dictar la resolución.

2) Extensión

La propuesta consiste en la resolución que, conforme a ley, proceda en ese momento procesal y ha de tener el contenido que, a juicio del Secretario proponente, sea el adecuado.

Este debe proponer toda resolución que haya de revestir forma de providencia o auto, incluidos los autos definitivos en los asuntos de jurisdicción voluntaria, mientras no se suscite contienda. No obstante, quedan excluidas aquellas resoluciones que, por corresponder a la esfera propia del juzgador, considera el legislador —sin duda, acertadamente— que no pueden, ni siquiera como propuestas, dejarse a iniciativa del Secretario judicial; lo contrario desbordaría por completo su cometido y favorecería el desempeño de una función que no le corresponde. Igualmente, se exceptúan las diligencias de ordenación, contempladas anteriormente, que pertenecen en exclusiva al Secretario judicial, aunque con la posibilidad, eso sí, como también vimos, de ser revocadas por la autoridad judicial.

Por lo tanto, las propuestas de resolución tienen dos límites: a) aquellas resoluciones que son exclusivas del propio Secretario, esto es, las diligencias de ordenación, que son resoluciones plenas, no proyectos ni propuestas, dirigidas a ordenar e impulsar el procedimiento con arreglo a las leyes procesales y en las que, lógicamente, no cabe propuesta alguna ya que es el propio Secretario quien las dicta; y, b) otra serie de resoluciones de exclusiva incumbencia y competencia, tanto en su pronunciamiento como en su contenido, del juzgador, y en las que no es posible la propuesta por funcionario técnico ajeno a la función decisoria (29).

Entre las últimas, hay que incluir a unas expresamente mencionadas en la LOPJ y a otras que, a pesar del silencio legal, gozan de similares características; así:

— Providencias: en primer lugar, la LOPJ cita las revisorias de diligencias de ordenación; si ha sido el Secretario el que las ha dictado, parece razonable que, si se revisan por el órgano decisor, no

(29) El Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial, en su art. 312 (equivalente al actual art. 290) exceptúa de las propuestas de resolución, solamente, las providencias en que se revisen las diligencias de ordenación y los autos decisorios de cuestiones incidentales o resolutorias de recursos. Más tarde, en el informe emitido, sobre dicho Anteproyecto, por el Consejo General del Poder Judicial se propuso añadir, por obvias razones, los Autos que deban dictarse en el proceso penal, especialmente el de procesamiento o los limitativos de derechos (Boletín de información del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1984, marzo, número extraordinario, p. 182).

sea el mismo Secretario el que redacte y proponga precisamente la resolución que revisa la suya anterior.

Igualmente, aunque no incluidas en la breve relación del art. 290, hay que mencionar a las providencias para mejor proveer (arts. 340 y siguientes de la LEC). El carácter de plena potestad discrecional que suponen estas medidas para Jueces y Tribunales que, en determinado momento procesal, quedan autorizados por ley para ordenar la práctica de una diligencia de este tipo, impide por completo que su iniciativa y, menos aún, su contenido puedan quedar expuestos a la propuesta del Secretario (30).

— Autos: autos definitivos en asuntos contenciosos, decisorios de cuestiones incidentales, resolutorios de recursos, decisorios de procesamiento o limitativos de derechos. En realidad el art. 290 LOPJ excluye, con buen acierto, de la propuesta de resolución del Secretario, aquellos autos que ponen fin a una contienda, a un recurso, resuelven un proceso incidental, deciden sobre algo trascendental (como es el procesamiento, en el proceso penal) para la persona, o limitan uno de sus derechos o libertades fundamentales, es decir, aquellas materias que deben corresponder exclusivamente al juzgador, no sólo en su contenido, sino, incluso, en la oportunidad de la decisión. Son funciones difícilmente compartidas —menos aún, delegables— que conforman la verdadera naturaleza juzgadora del Juez o Tribunal y en las que, precisamente por la esencia de su carácter, la ley no se limita a regular meramente un determinado momento procesal para su promulgación automática, sino que, por el contrario, deja un amplio margen de discrecionalidad al juzgador, con una necesaria operación de valoración, para decidir en consecuencia. Si se permitiera que el Secretario pudiera, por ejemplo, proponer un auto de procesamiento, se le estaría dando entrada en la labor juzgadora, tarea muy distinta a la que le corresponde de ordenador del trámite e impulsor del procedimiento. Por ello, estas resoluciones corresponden, en exclusiva, al Juez o Tribunal.

La referencia a los autos limitativos de derechos, parece entenderse en el sentido de que se alude a los que pueden afectar a derechos materiales de índole fundamental (como la libertad, inviolabilidad de domicilio, secreto de correspondencia, etc.), de clara protección constitucional y para cuya limitación se requiere —también, con buen acierto— la directa resolución de la autoridad judicial. Entre éstos, pueden citarse: los autos acordando o denegando pedir la extradición, sobre detención y registro de la correspondencia, entrada

(30) Ver, nuestra obra: *Las diligencias para mejor proveer en el proceso civil*, Madrid, 1981.

y registro domiciliarios, incomunicación, etc. (LECrím.: arts. 830, 583, 550 y 408, respectivamente; en el mismo sentido, la Ley de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona —art. 3.2, secuestro de publicación—, Ley reguladora del procedimiento de «habeas corpus» —art. 8, relativo a la libertad del detenido—, etc.).

Pero, a nuestro juicio, no sólo estas resoluciones, que pueden limitar directamente los derechos fundamentales de los ciudadanos, han de ser dictadas, sin propuesta alguna, por el juzgador. Existen, además, otros autos —principalmente, en el proceso penal— cuyo dictado obedece a un proceso de valoración mental íntimo, exclusivo del juzgador, propio de su labor decisoria, respecto de los cuales es difícil —procesalmente, hablando— admitir la posibilidad de la commendada propuesta. Nos referimos, entre otros, al auto de conclusión del sumario (art. 622), al confirmatorio o revocatorio del anterior (art. 630), al de sobreseimiento (art. 634), al de admisión o rechazo de pruebas propuestas para el juicio oral (art. 659), etc.; resoluciones todas ellas previstas en el texto procesal criminal y que, aunque no de modo tan directo como las mencionadas con anterioridad, afectan gravemente al inculpado. En los casos citados, y en otros muchos que se podrían traer a colación, es difícil admitir la participación del Secretario judicial en la propuesta de la resolución concreta. No se trataría de favorecer la ordenación y el impulso del procedimiento; estaríamos ante una clara ingerencia en unos supuestos de auténtica operación valorativa, es decir, de pura labor juzgadora. La relación exceptuada por la LOPJ (art. 290) indica a todas luces que no ha sido ésta la intención del legislador, al menos, en la letra.

Sin ánimo exhaustivo, consideramos igualmente excluido el supuesto en que, conforme al art. 5.º LOPJ (apartados segundo y tercero), un órgano judicial estime, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, puede ser contraria a la Constitución y, por tanto, haya de plantear la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

— Sentencias: gran parte de lo afirmado al comentar los autos es aplicable a este tipo de resolución. Sin embargo, como señala TOMÉ PAULE, la LOPJ sí recoge la propuesta de resolución cuando se trata de autos definitivos en asuntos de jurisdicción voluntaria, siendo éstas equiparables a la sentencia. A nuestro juicio, la diferencia principal se halla no en el hecho de poner término a un procedimiento sino de dilucidar una cuestión controvertida. Obsérvese que el legislador incide en este matiz, además del comentado de restricción

de derechos. En suma, se persigue facilitar la agilización procedimental, pero, no alterar los presupuestos básicos del enjuiciamiento.

Lo mismo se puede afirmar de aquellas resoluciones, que no son propiamente ninguna de las comentadas, pero, que son dictadas por el juzgador en determinados casos (por ejemplo: repeler de oficio preguntas en la prueba de confesión —art. 581 LEC—, admisión de las pertinentes en la prueba de testigos —art. 639 LEC—, juicio verbal en los alimentos provisionales —art. 1611 LEC—, entre otros) y que implican, necesariamente, una valoración, una decisión, una opción, etc., según los casos, del Juez. No puede darse en ellas participación al Secretario.

Entonces, a la vista de lo expuesto, cabe preguntarse ¿cuál es, pues, el ámbito propio del deber de propuesta del Secretario? La respuesta ha sido dada en la señalización de los límites anteriores. Por un lado, las diligencias de ordenación, equivalentes a las antiguas providencias de mera tramitación, que facilitan la ordenación señalada por la ley e impulsan formalmente el procedimiento en sus distintos trámites de acuerdo, también, con las leyes procesales. En ellas no se necesita en absoluto la intervención judicial, aunque se le resarva —con buen criterio— una labor de control. Por el otro, aquellas resoluciones que conforman en puridad la función juzgadora de Jueces y Tribunales, que atienden al fondo más que a la forma, que resuelven aspectos cruciales de la cuestión controvertida y no problemas de procedimiento, y que, si no constituyen siempre la resolución definitiva, colaboran eficazmente a su consecución.

Comprendemos que en algunos supuestos no son precisas las líneas definidoras. La práctica y, sobre todo, la jurisprudencia facilitarán su desarrollo legal.

3) Forma

Dentro del plazo señalado por las leyes procesales, en cada momento procesal, para dictar una resolución concreta y, en su defecto, tan pronto como sea posible —con arreglo al impulso procesal de oficio—, el Secretario deberá presentar, por escrito, propuesta de la resolución que debe dictar el Juez o Tribunal. Esta presentación es preceptiva, debiéndose entender que la omisión de dicho trámite faculta a las partes para recurrir la resolución dictada sin el cumplimiento previo de este requisito.

La propuesta, en todo caso, ha de ir suscrita por el Secretario. En ella, la forma de la resolución que se propone ha de ajustarse a lo prescrito en la LOPJ para cada resolución. De este modo, la fórmula de la providencia se limitará a la determinación de lo mandado, así como del Juez o Tribunal que la disponga, sin más fundamento ni

adiciones que la fecha en que se acuerde, la firma o rúbrica del Juez o Presidente y la firma del Secretario proponente (art. 248.1); no obstante, cuando se estime conveniente (queda a juicio del Secretario la oportunidad), puede ser sucintamente motivada, pero, sin sujeción a requisito alguno. Por cierto que TOMÉ PAULE, frente a SEOANE CACHARRÓN y PEDRAZ PENALVA, entre otros, partidarios de que el nombre de providencia se reserve para las resoluciones secretariales, aboga desde hace tiempo porque sea el término «actuaciones» el que se aplique como más adecuado (31).

En cuanto al auto, éste será siempre fundado y contendrá en párrafos separados y numerados los hechos y los razonamientos jurídicos y, por último, la parte dispositiva. Será firmado por el Juez, Magistrado o Magistrados que lo dicten (art. 248.2).

La eventual motivación —sucinta, eso sí— de la providencia y, especialmente, los razonamientos jurídicos del auto, a cargo del Secretario, acentúan a todas luces el importante papel de este funcionario en el proceso, con una concepción legal positivamente superadora de las figuras del mero escribano y del fedatario judicial.

Respecto a su documentación, la comentada propuesta, tanto en el caso de que sea conformada como cuando sea modificada o sustituida por otra, debe quedar en los autos.

Una vez conformada por el Juez o Tribunal, no antes, adquiere plenos efectos de resolución y debe ser notificada de acuerdo con el art. 270. Contra el auto o providencia caben los correspondientes recursos establecidos en las distintas leyes procesales.

4) Conformidad

Si el Juez o Tribunal (el art. 246 habla solamente del primero) está de acuerdo con la propuesta, adoptará la modalidad de «conforme»; caso contrario, dictará la resolución que proceda, es decir, una providencia o auto con otro contenido. La discrepancia puede sobrevenir, pues, por la clase de resolución y por el contenido de ésta, pudiendo, a su vez, modificar en parte o sustituir completamente la presentada por el Secretario.

Aunque el citado precepto utiliza el término «podrá» referido al juzgador, con carácter potestativo, ha de tenerse presente que la no conformidad (que no debe fundamentarse) debe referirse siempre a aspectos propios del juzgador y de su resolución (de la que el Secretario presenta una simple propuesta); en modo alguno, la discrepancia y correspondiente negativa de conformidad pueden fundarse en

atribuciones exclusivas del Secretario, salvo que en su uso se infrinja el ordenamiento procesal, caso este último en que lo potestativo revierte en preceptivo para el Juez o Tribunal.

Contra el hecho de no concederse la conformidad y procederse al dictado de una resolución diferente, modificadora en todo o en parte de la que se ha propuesto, no cabe recurso alguno. Establecerlo significaría considerar como idénticas lo que son distintas funciones. No debe olvidarse que el Secretario realiza una propuesta, actividad que implica de por sí el sometimiento a la decisión del órgano receptor. Sin embargo, a estos efectos, es importante que la declaración de voluntad del Secretario se una a los autos; en la misma o en diferente instancia, en su día, podría servir como interesante material tanto a las partes como al Juez o Tribunal.

III. — VALORACIÓN

Hasta aquí nuestras modestas observaciones en torno al comentario de unos preceptos de la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, en lo relativo a algunas de las funciones procesales del Secretario judicial. La constancia previa de que prestigiosas intervenciones en estas Jornadas versarían, monográficamente, sobre aspectos tales como la fe pública judicial, la documentación, etc., nos ha impedido el tratamiento a fondo de dichos temas sin que, al mismo tiempo, ello signifique haberlos eludido por completo. La contemplación de las actuaciones de los Secretarios en el curso de los procedimientos judiciales, nos ha obligado —al menos, someramente— a abrir nuestro ángulo de visión.

En la preparación de esta intervención, leyendo interesantes artículos y trabajos sobre este personaje de nuestra Administración de Justicia, hemos llegado, inicial y provisionalmente, a la triste conclusión —personal, eso sí— de que en ellos había un cierto aire de desencanto, de insatisfacción. Nos hemos preguntado por este sabor de amargura que impregnaba algunos de los ensayos estudiados y nos ha parecido percibir detrás de ellos un gran sentido profesional en pro de la dignificación de esta figura, en opinión de los autores, no adecuadamente reconocida.

La respuesta a la pregunta que tal sentimiento nos generaba, la hemos hallado en el contraste entre la formación de dicho funcionario y la tarea a realizar en la Administración de Justicia, unido todo ello a la constantemente criticada situación de esta última en nuestra patria.

(31) Op. cit., p. 48.

En opinión de muchos, la alta cualificación exigida a los Secretarios judiciales no se corresponde con la posterior función. Se considera un lujoso derroche —impropio de las actuales circunstancias de lugar y tiempo— la existencia de un selecto Cuerpo de funcionarios al que no se le saca el debido provecho social. Y esto, cuando menos, produce, como hemos indicado, un cierto sentimiento de positiva crítica. Crítica que, al ser constructiva, aboga por una mayor participación del Secretario judicial en el proceso, en línea con sus dignos antecedentes históricos y con las atractivas pautas de referencia del Derecho comparado.

Por cierto que no hemos incurrido en el estudio del Derecho histórico español y del vigente en otros países, en lo relativo a las funciones de este personaje procesal. Han sido numerosos los estudiosos que han abordado estos aspectos, así como la contemplación de lo puramente orgánico. Desde el inolvidable Profesor HERCE QUEMADA —no hace demasiados años— (32), hasta el presente, sin olvidar la inagotable cantera procedimentalista española de siglos pasados, el tema ha sido suficientemente atendido y es difícil de superar (33).

Tampoco nos hemos ceñido a un planteamiento de lege ferenda. Por el contrario, la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 está ahí y a ella hay que ajustarse en primer lugar. No se descarta, obviamente, la posibilidad —y la necesidad, en ocasiones— de reformas futuras; pero, como elemento básico de trabajo, resulta incuestionable su estudio.

Pues bien, como hemos dicho, la insatisfacción provenía del escaso relieve alcanzado por este profesional en nuestro proceso. En este sentido, cabe preguntarse ¿ha colmado la nueva Ley todas las expectativas? Al principio de estas notas adelantamos que en la materia estudiada la reforma ha sido positiva; efectivamente, así lo creemos. las facultades-deberes concedidas al Secretario judicial en la ordenación e impulso del proceso representan, a todas luces, un considerable avance. Se mantienen las funciones tradicionales, al mismo tiempo que se produce una verdadera innovación en otros aspectos.

Ya no le corresponde sólo la fe pública judicial, la dación de cuenta, la comunicación, etc., que, además, experimentan una paten-

(32) *El Secretario Judicial. Su carácter e intervención en el proceso*, Madrid, 1949.

(33) Entre otros: Manuel DOMÍNGUEZ MORENO (en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1976, núms. 2-3, pp. 423 y ss.), Mariano FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO (en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1976, núm. 1, pp. 99 y ss.), Jesús SEOANE CACHARRÓN (en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1978, núms. 2-3, pp. 573 y ss.) y José Luis VÁZQUEZ SOTELO (en *Primeras Jornadas sobre la Fe pública judicial*, Sitges, 1985, pp. 73 y ss.).

te mejora en su regulación legal. A partir de la LOPJ, también, se le atribuye la citada ordenación e impulso, de modo que —como dice la Exposición de Motivos— se ven «reforzadas sus funciones de dirección procesal» (apartado VIII).

Especialmente, el dictado y la propuesta de resoluciones, según los casos, representan una consideración del Secretario, por parte del legislador, bastante diferente de la que se ha tenido en otros tiempos. La concepción de éste como miembro integrante del órgano jurisdiccional, si a alguien aún le quedaba duda, es definitiva. No entorpece la labor del juzgador; por el contrario, coopera plenamente con él (34).

¿Que la letra y el fondo de la Ley contienen defectos? Evidentemente; muchos. Por un lado, la cerrazón de algunos políticos, negándose a admitir razonables enmiendas, cuyo rechazo no está explicado salvo por la primacía en esos momentos de la pasión sobre la razón; por otro lado, el posible temor a una reforma demasiado grande; ambos factores, unidos quizá a la falta de colaboración —es posible que sin solicitud previa— de ciertos organismos, con la aportación de valiosos puntos de vista, han producido errores de terminología, falta de técnica, contradicciones, etc.

Sobre ello, es obligada la alusión al término «diligencia» aplicado a la resolución de ordenación, así como a su revisión de oficio (35). El mero hecho de la propuesta de resolución levanta críticas (36). ¿Por qué propuesta y no resolución directamente, también, en manos del Secretario? En cuanto a los límites, se podría haber aprovechado la nueva Ley para ir más lejos aún. Concretamente, en materia de ejecución, tal vez, se haya desatendido una gran ocasión, aunque no de forma irremediable, naturalmente. Tampoco es acertada la ubicación de dicho funcionario en el nuevo texto legal. Hubiera merecido —orgánicamente— un tratamiento más detallado y claramente diferenciado del resto del personal del Juzgado; por algo la Ley precisa

(34) Como afirma VÁZQUEZ SOTELO, no se trata de disminuir la figura preeminente del Juez ni de restarle poderes jurisdiccionales, sino de compartir con él el trabajo (*La intervención del Secretario judicial en el proceso*, en *Primeras Jornadas sobre la Fe pública...*, op. cit., pág. 92).

(35) La impropia terminología empleada en las 'diligencias de ordenación' en vez de 'providencias de ordenación', así como la posibilidad de su revisión de oficio, son cuestiones muy criticadas por los comentaristas desde que fue conocido el Anteproyecto de Ley; entre otros: SEOANE CACHARRÓN (*Ampliación de las funciones del Secretario en la actividad de ordenación*, en *Primeras Jornadas sobre...*, op. cit., p. 68).

(36) Sin embargo, para FERNÁNDEZ DE VELASCO (*Las funciones del Secretario judicial: una panorámica general*, en *Primeras Jornadas...*, op. cit., p. 110) esta facultad integra adecuadamente la función de dación de cuenta.

sus funciones procesales y las potencias; no es un colaborador administrativo, ni un mero auxiliar técnico, es un cooperador. En fin, la reforma ha sido desafortunada en ciertos aspectos y se ha quedado corta en otros. Sin embargo, a pesar de todo, en nuestra opinión, el balance es positivo (37).

La valoración general la hacemos por lo que concierne al Juez o Tribunal (que resulta descargado de trabajo, al mismo tiempo que se acentúa la cooperación del Secretario), a las partes (indicación de recurso en las notificaciones y recibo, en todo caso, de los escritos y documentos presentados, entre otras mejoras) y, lo que es más importante, a la Administración de Justicia en sí (se tiende a la agilidad y a la sencillez en la tramitación).

¿Que lo expuesto no constituye el estado ideal? Esto es evidente. Tan claro como que no es sólo fruto de un momento político concreto ni de una situación determinada, sino la culminación de un largo proceso de inquietudes, de trabajo científico, de vida forense, de análisis comparativo, de planteamiento de necesidades y de dudas, en el que han colaborado distintas personas, organismos e instituciones (38). Se ha dado un paso adelante, irreversible en lo que tiene de aprovechable, pero, provisional en aquello que es mejorable. Los nuevos textos procesales anunciados (Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Ley de Procedimiento Laboral, Juzgados de Menores, etc.) deberán tener presentes las novedosas reformas de la LOPJ en la materia que nos ocupa (39).

Hay quien apunta que, con las atribuciones conferidas al Secretario en las propuestas de resolución, se produce la entrada en un camino que, debidamente construido, con toda clase de prudencias, pudiera conducir al 'Rechtspfleger' (40). A nosotros nos asalta la duda sobre el acierto de tal afirmación y, primordialmente, sobre el acierto de tal afirmación y, primordialmente, sobre el encaje de dicha

(37) Como dice FERNÁNDEZ DE VELASCO, parece evidente que el Secretario judicial que diseña básicamente esta Ley es algo muy distinto de lo que las leyes hasta ahora permitían que fuese (op. cit., p. 108).

(38) Estamos de acuerdo plenamente con RAMOS GONZÁLEZ en que el conferir la ordenación procesal al Secretario es una reivindicación latente en el movimiento científico desde hace años (en Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, 1976, núm. 4, p. 973).

(39) Nos identificamos con SEOANE CACHARRÓN en esperar que en las nuevas Leyes Orgánicas y Procesales se atribuya al Secretario judicial toda la ordenación del proceso, con facultades para realizar todos los actos procesales encaminados al normal desarrollo del proceso, reservando al Juez la resolución definitiva y de los incidentes que se planteen durante su tramitación (El Secretario en la ordenación de los procesos concursales, en Jornadas de Derecho Procesal, C.G.P.J., Madrid, 1984, p. 180).

(40) Víctor FAIRÉN GUILLÉN, *Colofón a...*, op. cit., p. 628.

figura en nuestro ordenamiento procesal. La prudencia, como bien se ha dicho, debe ser la principal protagonista de esta cuestión, en la que el magisterio del Profesor PRIETO-CASTRO debe estar presente; éste afirma que «parece que ha llegado la hora de meditar sobre si los servicios de los Secretarios de la Administración de Justicia deberían ser mejor orientados, para coadyuvar y desgravar al Juez en la importante medida que la formación doctrinal y profesional del Secretario permite. No se trataría de hacer del Secretario el 'Vice-Juez' que se puede considerar que es el 'Rechtspfleger' como funcionario especial» (41).

El problema más difícil consiste —coincidimos con VÁZQUEZ SOTELLO en el planteamiento— en delimitar la atribución de funciones al Secretario, sin que desmerezca el papel del Juez en el proceso. Para este autor, los mínimos intransferibles, que deben permanecer en manos del Juez, son la función de juzgar y resolver la controversia y la previa de recibir las pruebas, contrastando y verificando las afirmaciones de las partes; el resto puede transferirse al Secretario. Por supuesto, al juzgador le ha de quedar el poder de controlar o fiscalizar por vía de recurso lo hecho o resuelto por éste (42).

Desiderata aparte, lo cierto es que en la nueva LOPJ el Secretario recibe un tratamiento bien diferente del que hasta el momento era usual. Caben, y son necesarias, las críticas; los preceptos en cuestión son perfeccionables. Pero, la base de partida ya es otra para el Secretario judicial; en palabras de PUGNAIRE HERNÁNDEZ, «...esta figura que todos amamos, quizá porque también nos produce sinsabores». Toda una filosofía (43).

(41) Añade: «pero sí de liberarlo de una serie de cometidos que no exigen elevada formación jurídica, entre los que figura como más inadecuado el de liquidación de Tasas Judiciales (mientras subsistan) y vigilancia de la satisfacción de las inexplicables gabelas que se agolpan en torno al justiciable español (mientras se permitan), para asignarle más útiles funciones» (El 'Rechtspfleger', en Libro homenaje a Jaime Guasp, Granada, 1984, p. 491).

(42) *La intervención...*, op. cit., pp. 93 y 94.

(43) En comunicación presentada a las Primeras Jornadas sobre la Fe pública judicial (Sitges, 1985, p. 133).

LINEAS GENERALES Y PRINCIPIOS DEL FUTURO PROCESO CONCURSAL *

ALBERTO MONTÓN REDONDO
Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad de Salamanca

Cuando a mediados del siglo XVII Salgado de Somoza publica su «*Labrinthus creditorum...*» (1) lo hace con intención de ordenar una materia esencialmente compleja. Quizás fue esa complejidad la que le inspiró la utilización del sustantivo «lamerinto» para encabezar su obra; quizás fue un cierto acre sentido medieval del humor. Pero su evidente acierto ha hecho que sea profusamente utilizado, cuando pretende hacerse referencia a los intrincados vericuetos, de no siempre fácil salida, en los que se introducen tanto deudor como acreedores cuando aquel no puede hacer frente con sus bienes a una multiplicidad de deudas; e incluso cuando gráficamente se quiere destacar algo esencialmente complicado, difícil o confuso (2).

Aquel laberinto originario fue multiplicando sus caminos y rinco-

* Este trabajo ha sido remitido al Libro en homenaje al Prof. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO.

(1) SALGADO DE SOMOZA: *Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem comunem inter illos causatam*, Valladolid, 1646. (O Paris, 1651? Existen dudas acerca del lugar y fecha de su primera edición).

(2) Así por ejemplo PRIETO CASTRO lo utiliza en el título de uno de sus trabajos, bajo el primero de sus aspectos señalados: *Deberes ineludibles e inaplazables (El laberinto de la quiebra y de la jurisdicción voluntaria y el formalismo de la casación)*, en *Rev. de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1969, p. 7; su segundo sentido en designación de algo complejo lo encontramos en OLIVA SANTOS, A. de la: *El Labyrinthus procesal de los partidos políticos*, en *Rev. de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1979, p. 559.

nes en el tiempo, a través de múltiples disposiciones legales (3) que lo configuran con particular fisonomía al ser aquéllas tanto sustantivas como procesales, determinantes consecuentemente de su participación en la naturaleza de ambas. Esto viene determinando la conformación de una rama jurídica que, por su objeto y peculiares características adquiere, cada vez con mayor fuerza, el calificativo de Derecho concursal (4).

(3) La confusión legislativa sobre la materia es verdaderamente considerable. Basta con hacer referencia a las más importantes disposiciones reguladoras de la misma para darse cuenta de su alcance.

Así, en el momento actual regulan la institución concursal entre otras normas: El Código de Comercio de 30 de mayo de 1829 (arts. 1.017 a 1.022; 1.025 (que hay que entender sustituido por los arts. 876 y 877 del Código vigente); 1.028; 1.031; 1.032; 1.034 (sustituido por el 885 del Código actual); 1.038 (equivalente al 879 del Código vigente); 1.039; 1.040 (cabe entenderlos sustituidos por el 880 del Código actual); 1.041 (se corresponde con el 881); 1.044; 1.045 a 1.048; 1.060; 1.061; 1.062 (reformado por Ley 30 julio 1878); 1.063; 1.068 a 1.070 (reformados por la misma Ley); 1.079 a 1.081; 1.084 a 1.089; 1.101 a 1.105; 1.138; 1.140; 1.142; 1.143; 1.147 (reformado por Ley 30 julio 1878, equivale al 898 del Código vigente); 1.152; 1.157 (tiene su equivalente en los arts. 902 y 903 actuales); 1.158; 1.159 y 1.173). El Código de Comercio de 22 de agosto 1885 (arts. 13-2; 376; 870 a 941). Ley 12 de noviembre de 1869 (Quiebras de compañías de Ferrocarriles, Canales y Obras públicas). Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 febrero 1881 (artículos 63, reglas 8 y 9; 1.053; 1.130 a 1.396). Código Civil 24 julio de 1889 (arts. 1.442; 1.912 a 1.920). Ley de setiembre 1896 (Convenios entre las Compañías de Ferrocarriles y sus acreedores). Ley 9 abril 1904 (Convenios de suspensión de pagos y quiebras de las sociedades o empresas concesionarias de obras públicas). Ley 2 enero 1915 (Suspensiones de pagos de Compañías de Ferrocarriles y demás obras de servicio público). Ley 22 julio de 1922 (Sobre suspensión de pagos). Ley de 17 julio 1951 (Régimen jurídico de las Sociedades Anónimas: arts. 150 in fine y 170). Ley 17 julio de 1953 (Régimen jurídico de las Sociedades de responsabilidad limitada: último párrafo, art. 30). Ley 17 julio 1965 (Venta de bienes muebles a plazos: art. 19, párrafo segundo) Decreto Ley 20 octubre 1969 (Sobre administración judicial de fincas embargadas), etc.

Tan complicada y dispersa es la legislación aplicable que el Anteproyecto de Ley Concursal, cuyo estudio nos ocupa, no se limita tan sólo a establecer una relación de disposiciones que expresamente quedarían derogadas (Disposición Final primera) sino que incluye una Disposición Adicional con el contenido siguiente: «En el plazo máximo de un año desde la entrada en vigor de la presente Ley, el Gobierno por medio de Decreto aprobará la tabla de las disposiciones derogadas por oposición a lo dispuesto en esta Ley, así como la nueva redacción de los preceptos afectados por ella». Es decir, no se atreve a realizar la normal declaración de considerarse derogadas todas las disposiciones que se opongan al contenido de la Ley, por cuanto existe la consciencia de las tremendas dificultades prácticas que ello podría conllevar.

(4) El Derecho concursal responde no sólo a un nuevo calificativo, sino a una inquietud largamente sentida (el propio Anteproyecto de 1983, y otros que le han precedido se mueven en esta línea —ver cita siguiente—), que de manera más o menos clara tiende a su configuración como rama jurídica autónoma. Así, en este sentido pueden verse, por ejemplo: VACAS MEDINA, L.: *La autonomía del Derecho concursal*, en Rev. de Derecho Procesal Iberoame-

Nos encontramos, pues, ante una parte del ordenamiento jurídico que tanto para el estudioso como para el profesional, ofrece muy serios problemas en su estudio y en su aplicación forense. Ello deriva esencialmente de esa tan criticada dispersión legislativa que hace absolutamente necesaria una profunda reforma, no sólo sistematizadora de ese conjunto de normas, sino que sea capaz de adaptar su espíritu a las necesidades modernas, superando todas las desventajas e inconvenientes demostrados a lo largo de su aplicación; y sobre todo estructurando los esquemas básicos, naturaleza y principios de esa rama del Derecho que calificamos concursal (5).

ricana, 1957, p. 335; fue publicado bajo el título *L'autonomia del diritto concursuale*, en la Rev. «Il diritto fallimentare e delle società commerciali», 1957, p. 161; GONZÁLEZ DELEITO, N.: *Separación y actualización del Derecho concursal y de la jurisdicción voluntaria*, en Rev. de Derecho Procesal Iberoamericana, 1981, p. 609.

Incluso ha llegado ya a proponerse una definición del Derecho concursal: «Conjunto de normas jurídicas que establecen y regulan todas aquellas instituciones que, para satisfacción de unos acreedores, tienen por objeto la actitud, jurisdiccionalmente encauzada y controlada, relativa a la conservación o liquidación de un patrimonio en operación y en estado de crisis por haber sobreseído su titular en el pago corriente de sus obligaciones» (OLIVA SANTOS, A. de la; CUESTA RUTE, J. M.: *Algunas orientaciones para la reforma del Derecho concursal*, en Rev. de Derecho Procesal Iberoamericana, 1977, p. 643).

(5) El confusionismo normativo en nuestras instituciones concursales (ver cita 3) ha sido calificado por algún autor como «impropio de un Estado de Derecho» (PRIETO CASTRO, L.: *El Derecho concursal español y extranjero. La ley desacredita a la ley*, en Rev. de Derecho Procesal Iberoamericana, 1977, p. 341). Sin llegar a manifestaciones tremendistas, puede considerarse, no obstante, opinión generalizada la necesidad de una profunda reforma en la materia. Una reforma que conoce sus primeros intentos serios en 1953, cuando la Sección de Justicia del Instituto de Estudios Políticos, comienza la preparación de un Anteproyecto de Ley sobre quiebra, concurso de acreedores y suspensión de pagos que, en 1959 ve la luz como «Anteproyecto de ley de concurso de acreedores» (El texto del mismo puede estudiarse en «La nueva ley concursal española», Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México, 1959, p. 67). Con él se pretenden combatir los graves problemas derivados de la complejidad y dispersión normativa que, de acuerdo con su Preámbulo «no estaba en armonía con las necesidades sociales, económicas y técnicas del momento». Comentarios y opiniones sobre este Anteproyecto pueden verse en: VACAS MEDINA, L.: *La nueva Ley concursal española*, en Rev. Jurídica de Cataluña, 1959, p. 615 y ss.; TORRES DE CRUELLS, J. L.: *Nota crítica a un Anteproyecto de Ley concursal*, en Rev. Jurídica de Cataluña, 1959, p. 747; OLIVENCIA RUIZ, M.: *El movimiento de reforma en el Derecho concursal español* (Conferencia pronunciada en el Instituto de Derecho Comparado italo-iberoamericano de Bolonia). Recogida su referencia por VERDERA TUELLES, en *Tres mercantilistas españoles en Bolonia*, Rev. de Derecho Mercantil, 1962, II, p. 99; ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.: *Notas para la reforma de la legislación concursal*, en Rev. de Derecho Mercantil, 1975, p. 513; ILLESCAS ORTIZ, R.: *Apuntes para una reforma del Derecho concursal*, en Boletín del I. Colegio de Abogados de Sevilla,

Y esto es, esencialmente, lo que pretende el que se conoce como Anteproyecto de Ley concursal de 27 de junio de 1983 que a lo largo de 398 artículos, tres Disposiciones Finales y una Adicional «se propone satisfacer una aspiración largamente sentida: la modernización del Derecho concursal español» tal y como se nos dice en las prime-

1977, enero/abril, p. 6; OLIVA SANTOS, A. de la; CUESTA RUTE, J. M.: *Algunas orientaciones para la reforma del Derecho concursal...*, ob. cit. (cita 5).

Esta iniciativa queda, no obstante, en situación de olvido y el paso del tiempo determina que se considere «envejecida irremediablemente» de forma tal que «su contenido no pueda valer ya como punto de partida para la necesaria reforma del Derecho concursal español» (en este sentido se manifestaba JIMÉNEZ SÁNCHEZ en 1978: *Ante una posible reforma del Derecho concursal español*, Discurso de apertura del Curso Académico 1978-79 en la Universidad de Sevilla, p. 25). Y evidentemente era éste un sentir generalizado, como lo manifiesta la creación en 1977 en la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión de Codificación del Ministerio de Justicia un Grupo de trabajo sobre «Revisión de la legislación concursal», cuyo objetivo inicial era precisamente revisar el Anteproyecto de 1959, a efectos de «introducir soluciones más acordes con las modernas orientaciones publicistas en materia concursal...» (Memoria de la Comisión). Cuestiones de índole político (esencialmente cambios en el Gobierno) determinaron el estancamiento de los trabajos de aquella Comisión, que adquieren nueva vigencia con la creación de una Ponencia especial para la redacción de un Anteproyecto de Ley concursal, en virtud de Ordenes del Ministerio de Justicia de 17 de mayo de 1978. De tal forma, se redactan unas Bases que, una vez aprobadas, determinan la configuración del actual Anteproyecto de ley concursal de 27 de junio de 1983. (Un estudio sobre el contenido de aquellas Bases puede encontrarse en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.: *Ante una posible reforma del Derecho concursal español...*, ob. cit. (en esta misma cita), pp. 28-29, 40-42; VICENT CHULIA, F.: *El contenido de nuestras instituciones concursales y las actuales perspectivas de reforma*, en Rev. Jurídica de Cataluña, 1979, p. 670).

Junto a este intento de reforma de carácter «oficial» se producen algunas iniciativas de orden privado, como fue la promoción en 1979 por el I. Colegio de Abogados de Barcelona de un Proyecto de Ley concursal, redactado por su Sección de Derecho Fiscal, Mercantil y Procesal de la Comisión de Cultura, que no pasó de ser una simple inquietud a pesar de su minuciosa elaboración. Puede verse el texto en la Rev. Jurídica de Cataluña, 1981, p. 7.

Igual suerte que ese Proyecto corrieron los esfuerzos del colectivo de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades españolas, que trataron el tema de la necesaria reforma, en profundidad, a lo largo de tres Reuniones. La primera en la Universidad de Sevilla en 1975, cuyas conclusiones las recoge PRIETO CASTRO en su trabajo *El Derecho concursal español y extranjero: la ley desacredita a la ley*, Ob. cit. (en esta misma cita), p. 297, que precisamente constituyó la Ponencia General para la siguiente Reunión de 1976, en Las Palmas. En ella se acuerda el nombramiento de una Comisión para el estudio y redacción de un Proyecto de Ley concursal, que sería discutido en la Reunión siguiente (este acuerdo y las correspondientes conclusiones se encuentran recogidos en la Rev. de Derecho Procesal Iberoamericana, 1976, p. 755). En Granada tiene lugar la tercera Reunión en 1977 constituyendo su objeto el estudio de la Ponencia General compuesta por aquella Comisión (se integraba por PRIETO CASTRO, con la colaboración de FENECH NAVARRO, OLIVA SAN-

ras líneas de su Exposición de Motivos, ofreciendo para ello, de acuerdo con la misma: «el marco adecuado para la solución justa de la crisis económica del deudor común».

Se trata, no cabe duda, de una prometedora declaración de intenciones (buenas intenciones) del equipo integrador de la Ponencia especial que redactó el Anteproyecto (6) y confiamos que tan importante trabajo se vea, en su momento, convertido en esa deseada Ley que venga a sacarnos del «labyrinth».

Ahora bien, el estudio de un conjunto normativo de las características como el que nos ocupa, pendiente de largos trámites parlamentarios (y, en este momento, sin la absoluta seguridad de que llegue a ellos) creemos que no debe realizarse de forma pormenorizada sino exclusivamente en sus líneas maestras y con un sentido esencialmente expositivo, intentando extraer aquellos principios ins-

TOS, TOMÉ PAULE y ORTIZ NAVACERRADA) «Ley reguladora de situaciones de anormalidad patrimonial de deudores con pluralidad de acreedores concurrentes». Sus conclusiones fueron asimismo publicadas por la precitada Revista, p. 781 de 1977. El resultado de estos trabajos fue, por supuesto, ignorado (aunque conocido) por el legislativo a pesar de su evidente seriedad y cientificidad.

Independientemente de los proyectos anteriores, la necesidad de una profunda reforma, y la seria crítica a las instituciones vigentes es un generalizado sentir doctrinal. A este respecto pueden, por ejemplo, verse: VACAS MEDINA, L.: *Notas críticas sobre el vigente Derecho de quiebras español*, en Información Jurídica, 1956, p. 529; TORRES DE CRUELLES, J.: *Aportaciones de nuevas ideas para una nueva y futura ley de quiebras*, en Rev. Jurídica de Cataluña, 1974, p. 710; OLIVENCIA RUIZ: *El movimiento de reforma en el Derecho concursal español...* Ob. cit. (en esta misma cita); ROJO FERNÁNDEZ-RÍO: *Notas para la reforma de la legislación concursal*, ob. cit. (en esta misma cita); COMELLAS SALMERÓN: *Consideraciones sobre la reforma del Derecho de quiebras*, en Rev. de Derecho Procesal Iberoamericana, 1977, p. 39; ILLESCAS ORTIZ, R.: *Apuntes para una reforma del Derecho concursal español*, ob. cit. (en esta misma cita); OLIVA SANTOS, A. de la; CUESTA RUTE, J.: *Algunas orientaciones para la reforma del Derecho concursal*, ob. cit. (cita 5); JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.: *Ante una posible reforma del Derecho concursal español...*, ob. cit. (en esta misma cita); POLO, A.: *Reflexiones sobre la reforma del ordenamiento jurídico mercantil. La unidad del nuevo ordenamiento concursal*, en Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a R. Uría, Madrid, 1978, p. 632; VICENT CHULIA, F.: *En visperas de la reforma del Derecho concursal español*, en Rev. Jurídica de Cataluña, 1978, p. 919; VICENT CHULIA, F.: *El contenido de nuestras instituciones concursales y las actuales perspectivas de reforma...*, ob. cit. (en esta misma cita); OLIVENCIA RUIZ, M.: *El Derecho concursal. Modernas orientaciones y perspectivas de reforma*, en Jornadas sobre la reforma de la legislación concursal, Madrid, 1979, p. 320; URÍA GONZÁLEZ, R.: *En torno a la reforma de nuestro Derecho concursal*, en «Reforma del derecho de quiebra» (Jornadas sobre la reforma del Derecho concursal español), Madrid, 1982, p. 411.

(6) La Ponencia que redactó el Anteproyecto estaba integrada por: CARRERAS LLANBANA, J.; ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.; OLIVENCIA RUIZ, M.; VACAS MEDINA, L.

piradores que son los que van a configurar su definitiva estructuración de fondo y forma, al responder a las modernas tendencias doctrinales sobre la materia y a las auténticas necesidades del tráfico jurídico.

Y hay que hacer una puntualización más. El Anteproyecto lleva consigo, tal y como se ha dicho, la regulación unificada en un mismo Cuerpo legal de toda la normativa concursal, pero sin que ello suponga alterar la diferenciación entre preceptos esencialmente sustantivos y esencialmente procesales. Evidentemente no es fácil (ni ahora, ni aun cuando el Anteproyecto se convierta en ley) distinguir entre unos y otros, sobre todo a los efectos de su estudio por las Disciplinas de las que constituye objeto en estos momentos: Derecho Mercantil y Derecho Procesal. No obstante, puede intentarse esa diferenciación, aun cuando solamente sea a efectos teóricos tal y como viene haciéndose, en ocasiones con criterios poco claros o convincentes. Y esto es, en resumidas cuentas, lo que intentamos hacer nosotros (quizás también con criterios poco convenientes) en el estudio de estas nuevas normas. Lo hacemos así, por cuanto creemos que nuestra especialización profesional a ello nos obliga; y porque también creemos que el fenómeno concursal ofrece aspectos indiscutiblemente procesales, sin que rubiera sido necesario, tal y como hacen los artífices del Anteproyecto, hablar de «Normas procesales comunes» en su Título X. Ello supone que ahora aparecen unas normas procesales a las que se denomina comunes, unas específicas, que se sobreentienden para cada actuación concreta y unas, lógicamente de carácter sustantivo que serían todas las demás cuya naturaleza apareciera suficientemente clara en tal sentido, lo que no siempre ocurre (7). Es decir, no solamente son procesales las normas del Título X del Anteproyecto, sino otras muchas que hay que buscar a lo largo del mismo.

Vamos pues a intentar, en lo posible, el examen de este nuevo anuncio de conjunto normativo bajo un prisma que pretende ser

(7) El tema de la distinción entre normas sustantivas y procesales lo encontramos correctamente tratado en PRIETO CASTRO: *Normas procesales y normas sustantivas*, en «Estudios y Comentarios para la teoría y la práctica procesal civil», Madrid, 1950, vol. I, p. 5. Puede asimismo verse: SÁNCHEZ GAMAZO: *Normas procesales*, en Rev. de Derecho Procesal Iberoamericana, 1957, p. 998; OLIVA SANTOS, A. de la: *Algunas peculiaridades de las normas procesales*, en Rev. de Derecho Procesal Iberoamericana, 1974, p. 243; CLARÍA OLMEDO, J.: *Teoría de la norma procesal*, en Libro homenaje a Luis Loreto, Caracas, 1975, p. 179; DENI, V.: *Intorno alla relatività della distinzione tra norma sostanziali e norma processuali*, en Riv. di Diritto Processuale, 1964, p. 64, y *La relatività della distinzione tra norma sostanziali e norme processuali*, en Dall'azione al giudicato, Padova, 1983, p. 3.

esencialmente procesal y, una vez más lo decimos, en unas líneas generales que no pretenden ser críticas sino expositivas, buscando la configuración de lo que puede ser el futuro proceso concursal (8).

(8) El Anteproyecto de Ley concursal de 1983 ha sido criticado y examinado desde muy distintos puntos de vista. Por ello entendemos han de tenerse en consideración aquellas obras en que así se ha realizado.

Debe examinarse, sobre todo, el número monográfico publicado por la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, en marzo de 1985, bajo el título genérico «Estudios sobre el Anteproyecto de Ley concursal». De los trabajos que en él se contienen destacamos por su especial interés el de ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.: *Las opciones del Anteproyecto de Ley concursal de 1983*, que además de estudiar las motivaciones del mismo y su contenido, estudia por ejemplo, los antecedentes y gestación del mismo (esencialmente p. 91 y cita 3). Otros estudios que en la Revista citada se contienen son GONDRA ROMERO, J. M.: *Reflexiones en torno a la «funcionalidad» del sistema concursal proyectado*, p. 145; VERDERA Y TUELLS: *Aspectos económicos y jurídicos de la reforma del Derecho concursal: la supervivencia de las empresas en crisis*, p. 179; GARCÍA VILLAVARDE: *Instituciones concursales y paraconcursales: el ámbito de una reforma*, p. 189; GONZÁLEZ CAMPOS, J.: *Competencia judicial de los Tribunales españoles para declarar el concurso del deudor y eficacia en España del concurso declarado en el extranjero* (Observación sobre el Título XI del Anteproyecto de Ley concursal), p. 211.

Fuera de la precitada Revista pueden verse, además: JIMÉNEZ DE PARGA, R.: *Rasgos esenciales del Anteproyecto de la Ley reguladora del régimen concursal*, en «Documentación Jurídica», 1981, p. 15; VACAS MEDINA, L.: *La reforma de nuestro Derecho concursal*, en la Rev. «Poder Judicial», 1982, núm. 5, p. 53 y 1983, núm. 6, p. 71 (es un interesante estudio al examinarse las líneas generales del Anteproyecto, así como las circunstancias que rodearon su gestación y sus antecedentes; no olvidemos que es uno de los coautores del Anteproyecto); VACAS MEDINA, L.: *En torno al Anteproyecto de Ley concursal*, en Rev. Jurídica española «La Ley», 1983, vol. 4; ALONSO ROYANO: *Algunas consideraciones sobre el Anteproyecto de Ley concursal*, en Rev. Jurídica española «La Ley», 1984, núm. 1.037; VACAS MEDINA, L.: *Crítica a los procesos concursales vigentes*, en Jornadas de Derecho Procesal (Consejo General del Poder Judicial), Madrid, 1984, y Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 1984, núm. 1.344, p. 3 (estudia, como otros trabajos del autor, ya citados, las orientaciones esenciales del Anteproyecto); GIRÓN TENA, J.: *Las instituciones concursales en el Anteproyecto de Ley concursal: sus funciones y relaciones*, en Rev. Jurídica española «La Ley», vol. 2, 1984, p. 1.227; PINEL LÓPEZ, E.: *El Anteproyecto de Ley concursal desde la perspectiva bancaria*, en Rev. de Derecho Bancario y Bursátil, 1984, p. 575, y en *Crisis económica y Derecho concursal* (Consejo General de Colegios de Economistas de España), Madrid, 1984, p. 157; CHILLÓN LOARTE, P.: *Aspectos jurídicos del Anteproyecto de Ley concursal*, en *Crisis económica...* (cit.), p. 201; PORTILLO SANZ, J.: *Una visión económica del Anteproyecto de Ley concursal*, en *Crisis económica...* (cit.), p. 129; CONSEJO SUPERIOR BANCARIO: *Informe sobre el Anteproyecto de Ley concursal*, en Rev. de Derecho Bancario y Bursátil, 1984, p. 639; RÍOS SALMERÓN, B.: *El Anteproyecto de Ley concursal de 27 de junio de 1983*, en «Los privilegios del crédito salarial», Madrid, 1984, p. 175; SAGRERA TIZÓN, J. M.: *Una grave laguna en el Anteproyecto de Ley concursal: la imposible inclusión de los acreedores obligacionistas*, en Rev. General de Derecho, 1984, p. 1.239; SBOA-

1. La primera novedad que introduce el Anteproyecto ya la hemos mencionado: unidad legal, al recoger en un mismo contexto legislativo todas las disposiciones reguladoras de la institución concursal. No obstante, quedan expresamente excluidas de su ámbito las situaciones de tal índole por las que pudieran verse afectadas entidades de Derecho público (art. 1.º).

2. Un segundo aspecto peculiar nos lo ofrece asimismo la unificación de las dos clásicas modalidades en que se divide el instituto y los procedimientos que del mismo pudieran derivarse en función del carácter de comerciante o no del deudor. Es decir, la quiebra y el concurso de acreedores.

Se instituye pues, conceptualmente, como figura única la del concurso de acreedores, sin distinción del carácter mercantil o no de su sujeto pasivo.

3. Se suprimen los procedimientos preventivos en los que, en teoría, tendía a evitarse un proceso concursal: la quita y espera y la suspensión de pagos.

Ello se produce como consecuencia del sustancial cambio en la propia naturaleza de la institución concursal. Se propone que los procesos concursales no sean ya de «ejecución general» tal y como actualmente se vienen conociendo. Es decir, ya no se trata de un proceso cuya estructura responde al esencial desarrollo de una actividad ejecutiva dirigida a obtener la liquidación del patrimonio del deudor y su reparto entre una multiplicidad de acreedores; fundamentada esencialmente en una resolución judicial (auto de declaración en estado de concurso o quiebra) que, en el momento en que adquiere firmeza, se configura como auténtico título de ejecución determinante de que toda la actividad ulterior tienda a la realización forzosa de los bienes del deudor y pago a los acreedores.

La experiencia acumulada acerca de la efectividad de la ejecución general (más correctamente: ineffectividad) y la agudizada situación de crisis económica son importantes factores tenidos en consideración por el Anteproyecto para el cambio en la naturaleza de la institución concursal, manifestando en la desaparición del carácter sancionatorio y coercitivo que la ejecución general presupone, y su sustitución por un carácter esencialmente sanatorio. Se intenta que quien se encuentra en la peculiar situación patrimonial y deudora que le califica como concursado no sufra ese, en muchas ocasiones inútil, desmantelamiento de su patrimonio en favor de los acre-

NE CACHARRÓN, J.: *Breve crítica sobre la posición e intervención del Secretario en el Anteproyecto de Ley concursal de 27 de junio de 1983.* (Epígrafe de El Secretario en la ordenación de los procesos concursales), en *Jornadas de Derecho Procesal (Consejo General del Poder Judicial)*, Madrid, 1984, p. 183.

dores (que, en muy contados casos, ven totalmente satisfechos sus créditos) sino que a través del concurso se llegue, como objetivo primordial, a la consecución de un convenio (9).

Se establece incluso la posibilidad de una figura, a la que se denomina gestión controlada, determinante de que la administración de la empresa pase del deudor a una Comisión Interventora constituida, sino sólo por quienes pueden tener interés en el cobro de sus créditos, sino en el mantenimiento de la misma empresa o su puesto de trabajo.

Con el concurso se intenta, pues, salvar de la crisis a una empresa o unidad de producción, mejorando sus rendimientos y con ello la situación de los acreedores. Sólo para el caso en que ello no fuera posible se prevé la liquidación de su patrimonio.

4. Se produce una importante alteración en los presupuestos determinantes del concurso. Ya no se habla, como en la normativa vigente, de insolvencia, entendida como desequilibrio negativo entre el activo y el pasivo; ni de iliquidez patrimonial, determinante en la actualidad de que pueda intentarse la celebración de un convenio por vía del procedimiento de quita y espera o suspensión de pagos (10). En el Anteproyecto se utiliza un criterio multicompre-

(9) Actualmente, para que pueda llegarse a una situación de convenio entre deudor y acreedores se precisa: o bien que la situación patrimonial del primero sea la de simple iliquidez (es decir, que su activo sea cuanto menos igual a su pasivo) que le va a permitir (no teniendo la condición de comerciante) la solicitud de quita y espera, en los términos del artículo 1.130 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil, e interpretación en sentido contrario del 1.913 del Código Civil; o la solicitud del estado de suspensión de pagos (teniendo el carácter de comerciante), con la peculiarísima indiferencia que, en orden a su situación patrimonial, introdujo lamentable y vergonzosamente la denostada Ley de 26 de junio de 1922.

También puede intentarse el convenio, incluso una vez planteado el concurso de acreedores o la quiebra. Ello supone, no obstante, una serie de condicionamientos: previo examen y reconocimiento de los créditos (art. 1.303 Ley de Enjuiciamiento Civil), y que no se haya realizado la petición de declaración del concurso como fraudulento, ya que hecha ésta no podrá pactarse convenio alguno, mientras tal calificación no sea desestimada por sentencia firme (artículo 1.305 de la LECiv). En cuanto al posible convenio en la quiebra hay que estar al artículo 898 del vigente Código de Comercio: «En cualquier estado del juicio, terminado el reconocimiento de créditos y hecha la calificación de la quiebra, el quebrado y sus acreedores podrán hacer los convenios que estimen oportunos».

«No gozarán de este derecho los quebrados fraudulentos, ni los que se fugaren durante el juicio de quiebra».

(10) Hay que tener en consideración que tras la Ley de suspensión de pagos de 26 de julio de 1922, la situación patrimonial del deudor es indiferente a los efectos de la solicitud en tal estado; sin más consecuencias, en caso de auténtica insolvencia que su configuración como una velada quiebra

cual es el de la situación de crisis económica (arts. 1 y 9), entendida como aquella que pone en grave peligro «los intereses de los acreedores en el cobro ordenado y puntual de sus créditos», según nos manifiesta su Exposición de Motivos.

Ahora bien, se es consciente en cuanto a que el concepto de crisis económica es de notoria ambigüedad y, dada la trascendencia que puede llevar consigo, se establecen una serie de situaciones cuya concurrencia la presumen. Desde la de que sea el propio deudor quien proceda a la solicitud del concurso (en cuyo caso se presupone la crisis, art. 10) hasta una serie de supuestos preestablecidos, aunque no de forma exhaustiva, de forma tal que, junto a ellos, pueda darse entrada a situaciones no previstas expresamente. Con ello se deja a criterio judicial la posibilidad de que sobre éstas pueda considerarse la declaración en concurso. Así, y a mero título de ejemplo se prevén expresamente la cesación en los pagos (sobresimiento, utilizando la terminología clásica de nuestro ordenamiento vigente) que afecten a las cuotas de la Seguridad Social en el año anterior; el impago de salarios durante dos mensualidades; la existencia de embargos que afecten de manera general el patrimonio del deudor, etc. (artículo 9).

Hemos hecho referencia casuística a algunos de los supuestos de índole objetivo, y concretamente a éstos, para una mejor comprensión de la intencionalidad del Anteproyecto sobre este punto y, al mismo tiempo, de una cierta ingenuidad en sus previsiones que precisarán, caso de llegar a convertirse en Derecho positivo aplicable, una muy cuidadosa interpretación por parte del juzgador, so pena de declarar a un elevadísimo porcentaje de empresas en estado permanente de concurso (piénsese en el momento actual, el número de empresarios grandes o pequeños que están realmente al corriente en sus pagos a la Seguridad Social, o incluso en el pago de sus salarios). 5. Desaparece la distinción, por lo menos formalmente, entre concurso voluntario y concurso necesario, en función de que sea el deudor o los acreedores quienes soliciten la declaración en tal estado, tal y como actualmente se establece. Ello no impide que la solicitud pueda hacerse, al igual que ahora, tanto por uno como por los otros (art. 7).

Al mismo tiempo, se mantienen unos plazos perentorios en función de las circunstancias, como en la actualidad, para que el deudor pueda efectuar aquella solicitud (art. 10).

(«quiebra abreviada» ha venido a denominarse) suponiendo la apertura de una incidencia para la calificación y exigencia de responsabilidades produciéndose, asimismo, una retroacción casi idéntica a la de la quiebra (arts. 20 y 21 Ley de suspensión de pagos).

6. Se generaliza la posibilidad de que el Juez pueda, de oficio (o como novedad a instancia del Ministerio Fiscal) adoptar medidas cautelares urgentes (11) para la preservación del patrimonio de aquel deudor en el que se aprecien circunstancias que hagan pensar en una situación de crisis económica, factor determinante del concurso. No obstante, y al igual que en la actualidad, la apertura formal del proceso queda condicionada por lógica aplicación del principio dispositivo, a la petición de parte (arts. 88 a 91).

7. La competencia para el conocimiento del proceso de concurso, se determina sin posibilidad de alteración por voluntad de las partes. Así, se atribuye al Juez de Primera Instancia del domicilio del deudor (arts. 17 y 20), y si éste lo tuviera fuera del territorio nacional, al del lugar donde radique el centro efectivo de sus actividades, o en su defecto, y a elección del solicitante, el de cualquier lugar donde aquél tuviera bienes (art. 383). En cualquier caso, el Juez podrá examinar, de oficio, su propia competencia.

Desaparece, pues, la posibilidad de sumisión, que no aparece expresamente proscrita en la actualidad; así como la peculiar circunstancia de determinación de la competencia territorial en base a que sea el deudor o los acreedores quienes soliciten el concurso o la quiebra (art. 63, reglas 8 y 9 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), aun cuando se mantiene el carácter prevalente del fuero del domicilio (12).

8. Se exige la postulación con carácter preceptivo, siempre y cuando se trate de actuaciones de naturaleza eminentemente procesal: recursos, solicitudes e impugnaciones. Tal preceptividad desa-

(11) En la situación vigente sólo se prevé para la quiebra, en los términos del artículo 877 del Código de Comercio: «En el caso de fuga u ocultación de un comerciante, acompañada del cerramiento de sus escritorios, almacenes o dependencias, sin haber dejado persona que en su representación los dirija y cumpla sus obligaciones, bastará para la declaración de quiebra a instancia de acreedor, que éste justifique su título y pruebe aquellos hechos por información que ofrezca al Juez o Tribunal».

«Los Jueces procederán de oficio, además, en caso de fuga notoria o de que tuvieren noticia exacta, a la ocupación de los establecimientos del fugado, y prescribirán las medidas que exija su conservación, entretanto que los acreedores usen de su derecho sobre la declaración de quiebra».

(12) Artículo 63 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Regla 8.ª: «En los concursos de acreedores y en las quiebras cuando fuere voluntaria la presentación del deudor en este estado, será Juez competente el del domicilio del mismo».

Regla 9.ª: «En los concursos o quiebras promovidos por los acreedores, el de cualquiera de los lugares en que se esté conociendo de las ejecuciones».

«Será entre ellos preferido el del domicilio del deudor, si éste o el mayor número de acreedores lo reclamaren. En otro caso, lo será aquel en que antes se decretase el concurso o la quiebra».

parece, no obstante, en cuanto a otras actuaciones: comparecencia en Juntas, insinuación de créditos, en las que dada su índole se considera que la comparecencia puede efectuarse de manera personal (art. 342, art. 65).

Esto por lo que se refiere al deudor y los acreedores, ya que en cuanto a los terceros que pretendan comparecer en el concurso en base a interés legítimo, se prevé que deban hacerlo por medio de Abogado y Procurador. Ello parece dar a entender que la postulación adopta carácter preceptivo en cualquier supuesto, desde el momento en que se le otorgue un tratamiento independiente a las normas anteriores sobre la materia (art. 342, último párrafo).

Se mantienen, pues, las líneas generales de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con este punto, establecidas por el número 3.º del artículo 4.º (Innecesariedad de Procurador en «Los juicios universales, cuando se limite la comparecencia a la presentación de los títulos de crédito o derechos o para concurrir a las Juntas») y 4.º del artículo 10 (Innecesariedad de Letrado en «Los escritos que tengan por objeto personarse en el juicio, pedir la suspensión de vistas y cualquier otro de mera tramitación»).

9. Como peculiaridad introducida por el Anteproyecto, la declaración de concurso habrá de efectuarse por medio de sentencia (artículo 13) —actualmente esta resolución adopta la forma de auto— que podrá ir precedida (13) de un incidente contradictorio (de naturaleza similar a la oposición del deudor prevista por los artículos 1.162 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto al concurso de acreedores y 1.326 y ss. por lo que se refiere a la quiebra) en caso de que la solicitud hubiera sido realizada por los acreedores (art. 107 y ss.) o por el propio deudor, si la declaración de concurso «debe extenderse a otras personas que no se hayan adherido expresamente a la solicitud» (art. 96). Incluso se permite que, quienes no hubieran intervenido en el incidente, puedan pedir la reposición de la sentencia estimatoria del concurso en la forma que se establece y regula por los artículos 122 a 127.

Si la sentencia tuviera carácter estimatorio de la solicitud presupone estimar la existencia de crisis económica y la consecuente adopción de las medidas cautelares necesarias para la preservación del patrimonio concursal; asimismo da entrada, a partir de ese momento, a los distintos créditos pendientes contra el deudor a través de la figura, de nueva factura, que se conoce como insinuación de créditos (art. 198 y ss.).

(13) Esto supone, como novedad, el cambio estructural del incidente, que en la situación actual es posterior a la declaración de concurso o quiebra. (Art. 1.162 y ss. LECiv. para el concurso, 1.326 y ss. en cuanto a la quiebra).

Si, por el contrario, la sentencia fuera desestimatoria de la situación de concurso, supone el reconocimiento de una situación económica en el deudor, por lo menos tolerable, y la consecuente inadmisión de aquella solicitud. Con las consecuencias que en esta materia de costas e indemnización de perjuicios se prevén por los artículos 116 y 117 del Anteproyecto (14).

Contra esta resolución se concede, en cualquier caso, recurso de apelación (en un solo efecto, si fuera estimatoria del concurso) y el de casación (que tampoco tendrá efecto suspensivo, en el mismo supuesto anterior). No obstante, y como excepción, no se concede recurso alguno, si se hubiera dictado sin mediar el incidente contradictorio de oposición al que nos hemos referido con anterioridad (15) (art. 118 y ss.).

10. Una vez firme la declaración en estado de concurso, la actividad subsiguiente va dirigida esencialmente a la determinación de la masa pasiva (16) (en este sentido es coincidente con la situación

(14) De nuevo se manifiesta, en este punto, el espíritu simplificador del Anteproyecto. En él la posible indemnización de daños y perjuicios se configura como un pronunciamiento de la sentencia desestimatoria del concurso, de manera tal que «su existencia y cuantía se determinarán en ejecución de la propia sentencia» (art. 117). En la situación vigente, tal reclamación habría de sustanciarse por la vía del procedimiento de mayor cuantía (arts. 1.167 y 1.332 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

(15) Actualmente, y de acuerdo con el artículo 1.160 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, contra la resolución estimatoria del concurso no existe posibilidad de recurso alguno, aunque sí de impugnación; lo mismo cabe decir con respecto a la quiebra (argumento que hay que deducir de los artículos 1.325 y 1.326). Contra la desestimatoria, se concede apelación en ambos efectos (art. 1.160, respecto al concurso, y también la quiebra al no estar expresamente previsto para ella, pero regir los preceptos del concurso con carácter supletorio, de acuerdo con el art. 1.319, todos ellos de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y si nos atenemos al art. 1.687 en ningún supuesto cabría la casación.

(16) De acuerdo con el Anteproyecto la declaración de concurso lleva consigo también una serie de consecuencias, que se traducen en la adopción de medidas de índole cautelar con la finalidad, como en la situación actual, de garantizar los intereses de la masa concursal: intervención de las comunicaciones del deudor, imposición de deber de residencia, control de su actividad patrimonial, etc. (arts. 136 a 149).

Como más interesantes novedades pueden mencionarse: A) Ya no se produce, con carácter general, la inhabilitación del deudor para la administración de sus bienes (establecida y regulada por los arts. 1.914 del Código Civil, 878 del Código de Comercio y 1.161 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), sino la simple intervención de su actividad jurídico-patrimonial por la Sindicatura (arts. 140 y 145). Ahora bien, se deja abierta la posibilidad de inhabilitación en el art. 142 en consideración a especiales circunstancias; lo que asimismo cabe deducir del propio contexto del Anteproyecto que, en diversos preceptos, nos habla precisamente de la inhabilitación del concursado para la adminis-

actual), es decir, la relación de deudas y acreedores, que será aprobada por el Juez sobre la relación presentada por el Síndico a tal efecto —un solo Síndico— (17). La confección de la misma es presu-

tración de sus bienes (por ejemplo, art. 148, art. 29 y esencialmente art. 31). B) Desaparece, por lo menos formalmente, ese anacronismo histórico que viene suponiendo el arresto del quebrado, y que regulan los artículos 1.044 del Código de Comercio de 1829 y 1.335 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Sin embargo, no se cierra totalmente la puerta a medidas similares en el momento en que el artículo 142 del Anteproyecto permite, en consideración a especiales circunstancias, la adopción de «medidas especiales sobre la persona del deudor».

(17) Actualmente el número de Síndicos es precisamente de tres, excepto en el caso de que todos los acreedores concurrentes en la Junta para su nombramiento convengan, por unanimidad, en que sean uno o dos (art. 1.210 Ley de Enjuiciamiento Civil).

El Síndico se configura, pues, como representante-garante único de los intereses de la masa concursal, pasando a asumir funciones que actualmente se atribuyen tanto a la Sindicatura como a órganos que son: el Depositario (arts. 1.044, 1.048 y 1.058 del Código de Comercio de 1829, 1.173,2 y 1.179 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil), el Comisario (sólo en la quiebra, arts. 1.044 y 1.045 Código de Comercio de 1829, 1.333 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) e Interventores (en la suspensión de pagos, art. 4 de la Ley 26 de julio 1922) que desaparecen con el Anteproyecto.

Se mantiene, pues, la Sindicatura, pero como novedad (además de su número) se le otorga carácter profesional como regla general, siempre que se trate de situaciones que presupongan una cierta complejidad o importancia económica, dado que en otros casos el nombramiento de Síndico podría recaer en personas ajenas a la Sindicatura profesional (incluso si tal profesional no existiera o no aceptara el nombramiento) (art. 36).

En cualquier caso, hay que hacer notar que el Síndico es ajeno al concurso, a diferencia de la situación vigente, en que ha de ser precisamente un acreedor (art. 1.215 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 1.070 del Código de Comercio de 1829). También hacemos notar que esa pretendida profesionalidad de los Síndicos deberá perfilarse adecuadamente, en cuanto a sus requisitos y forma de accesión a la misma, ya que el Anteproyecto no lo regula.

Se simplifica, asimismo, el sistema para el nombramiento del Síndico, que actualmente exige Junta de acreedores para ello, con la consiguiente necesidad del Depositario hasta que tenga lugar (art. 1.181, 1.194, 1.346 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 1.044 del Código de Comercio de 1829). El Anteproyecto, incrementando los poderes directivos del Juez, determina que sea quien efectúe directamente el nombramiento (arts. 36, 46 y 47) pudiendo hacer su designación incluso antes de la declaración formal en estado de concurso (arts. 46 y 47) aun cuando su nombramiento haya de ser coetáneo a aquélla.

La figura y carácter del Síndico se estudia lógicamente en todas las obras y tratados sobre concurso o quiebra. El tema puede, no obstante, verse tratado monográficamente, por si pudiera interesar en: ASENSIO: *Capacidad para ser Síndico en las quiebras*, en Rev. de los Tribunales, 1928, p. 165; TORRES DE CRUELLS: *Consideración procesal de los Síndicos de la quiebra*, en Rev. General de Derecho, 1958, núm. 162, p. 280, y 163, p. 379; VACAS MEDINA, L.: *Sobre la administración de las masas concursales*, en Rev. de Derecho Privado, 1958, p. 329; CARRERAS LLANSANA, J.: *El Juez y la Sindicatura del concurso*, en La

puesto necesario para la posible solicitud del convenio, tanto por el deudor, la Sindicatura o los propios acreedores.

Sólo si la propuesta de convenio no se realiza por ninguno de los legitimados para ello; si hecha la propuesta no es aprobada; o si se declara su nulidad o incumplimiento (art. 241) se entra en la segunda de las que se conocen como «modalidades del concurso» (18) de naturaleza esencialmente ejecutiva y que supone la liquidación del patrimonio del deudor, debiendo acordarse por medio de auto que constituirá auténtico título de ejecución (art. 242).

Se prevé, no obstante, un nuevo intento de evitar la liquidación acordada, estableciéndose la posibilidad de solicitud de la que se denomina «gestión controlada» por parte no solo ya de los acreedores o la Sindicatura, sino de la misma Administración Pública, e incluso de los propios trabajadores de la empresa en crisis (siempre que representen un tercio de su plantilla fija). Para ello habrá de presentarse un plan de reorganización del patrimonio del concursado, que habrá de ser admitido por el Juez y aprobado por la Junta de acreedores, lo que, en su caso, supondrá el nombramiento de una Comisión interventora durante el tiempo que se estime oportuna la duración de la gestión —no podrá exceder de seis años— (art. 247 y ss.).

11. En materia de costas se establece un criterio mixto entre la gratuidad y la onerosidad de las actuaciones. Así, se determina la gratuidad, con carácter general, de las comunicaciones efectuadas por correo o telégrafo, y las que se publique en periódicos oficiales, o a través de emisoras de radio y televisión (art. 381).

El resto de gastos adquieren la condición de prededucibles, es decir, tienen carácter prioritario con respecto a otros créditos. Hay que hacer notar, no obstante, que se está haciendo referencia a gastos estrictamente judiciales. Con ello parece que sólo se comprenderían los de carácter público, dado que en ningún precepto se hace referencia a los privados (arts. 374 y 375).

reforma del derecho de quiebra (Jornadas sobre la reforma del Derecho concursal español), Madrid, 1982, p. 256.

Sobre la opción acerca de la profesionalización de la Sindicatura, conviene ver a ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.: *Las opciones del Anteproyecto de Ley concursal de 1983...*, ob cit. (cita 8), p. 103 y ss. y sus citas.

(18) Artículo 210 del Anteproyecto:

«Constituyen modalidades del concurso:

1.º El convenio entre el concursado y sus acreedores.

2.º La liquidación del patrimonio del concursado.

3.º La gestión controlada.»

Sobre la introducción de esta última «modalidad» debe verse ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.: *Las opciones del Anteproyecto de Ley concursal de 1983...*, ob. cit. (cita 8), p. 121 y esencialmente cita 29.

12. Se permite que el concursado, y en consideración a su especial situación patrimonial, pueda gozar de los beneficios de la justicia gratuita en todas las actuaciones derivadas del concurso que precisen de su intervención, y las que vengan referidas al ejercicio de acciones personalísimas o relativas a su patrimonio inembargable (art. 378).

Esto viene a suponer la introducción de un nuevo criterio para la concesión de ayuda judicial gratuita, junto a los generales de la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 13, de acuerdo con la modificación de 6 agosto de 1984) (19); es decir, la situación declarada de concurso presupone la automática concesión de sus beneficios, aun cuando solamente lo sea para los supuestos antedichos. En los otros casos en que el deudor tuviera que actuar ante los Tribunales, fuera de los anteriormente previstos, habrían de aplicarse las normas comunes.

13. Estructuralmente, el concurso aparece dividido en cinco Secciones, pudiendo a su vez las actuaciones que las componen hacerlo en varias piezas, y éstas en ramos; todos ellos de tramitación independiente. Se sigue con ello el modelo vigente para la quiebra (el art. 335 del Anteproyecto es, prácticamente, un calco del 1.321 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) aun cuando con sistemática distinta:

Sección primera.— Incluye: declaración del concurso, nombramiento del Síndico, insinuación y reconocimiento de créditos y conclusión del concurso. (Actualmente se incluye en esta Sección el eventual convenio).

Sección segunda.— Modalidades del concurso y pago a los acreedores. (Conforme a la normativa vigente el pago se incluye en la Sección cuarta).

Sección tercera.— Medidas cautelares; funciones interventoras y de administración del Síndico; efectos de la declaración del concurso. (Es prácticamente el contenido de la actual Sección segunda de la quiebra).

(19) Sobre criterios generales para la concesión de justicia gratuita, después de la reforma en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 6 de agosto de 1984, pueden verse: FAIRÉN GUILLÉN, V.: *La Ley de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil* (Juicio de menor cuantía, casación y otros aspectos fundamentales de la Ley de 6 de agosto de 1984), Madrid, 1985, p. 55 y ss.; GÓMEZ COLOMER, J. L.: *El acceso gratuito a la justicia civil en España*, en la Rev. «Poder Judicial», 1985, núm. 15, p. 47; MONTERO AROCA, J.; GÓMEZ COLOMER, J. L.: en *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil* (obra colectiva coordinada por CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.), Madrid, 1985, p. 55 y ss.; MONTÓN REDONDO, A.: *El derecho a litigar sin gastos ante los Tribunales civiles* (Los presupuestos para su concesión y utilización), en «Justicia» 85, núm. 2, p. 305 y ss.

Sección cuarta.— Ejercicio de acciones judiciales por la masa o contra ella; acumulación de autos al concurso; retroacción. (Es el mismo contenido de la Sección tercera de la quiebra. Excepto por lo que se refiere a la acumulación de autos).

En materia de retroacción se distingue, al igual que en la legislación vigente, entre actos nulos de pleno derecho y actos anulables, con procedimientos diferentes en cada caso: interdicto de recobrar en el primero, incidente concursal en el segundo. Esto viene a suponer una importante simplificación en las normas procedimentales actuales (20).

Sección quinta.— Calificación del concurso y rehabilitación del concursado. (Idéntica a la Sección quinta actual).

Se mantiene la posible depuración de responsabilidades en que pudiera haber incurrido el deudor, con la calificación del concurso en culpable y fortuito. Se establecen asimismo una serie de presunciones «iuris et de iure» de culpabilidad (por ej., gastos personales excesivos; pérdidas importantes en el juego; falta de todo tipo de contabilidad o doble contabilidad, etc.) y otras «iuris tantum» (así, la no conservación de libros de contabilidad; la no manifestación en estado de crisis económica dándose los supuestos previstos por la ley, etc.) (arts. 301 y ss.). Esto responde, en líneas generales, a la normativa vigente, aun cuando ya no se distingue entre quiebra fortuita, culpable y fraudulenta —art. 886 del Código de Comercio— (distinción implícita que asimismo se realiza en cuanto al concurso teniendo en consideración los artículos 523 y 524 del Código Penal) sino exclusivamente entre los dos primeros. Siendo, lógicamente, in-

(20) Conforme a la normativa vigente, cuando se trata de actos nulos de pleno derecho presupone, de acuerdo con lo preceptuado por el art. 1.369 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el ejercicio de la acción de reintegración a la masa concursal conforme al procedimiento que pueda corresponder en «función de su objeto»; y precisándose como requisito de procedibilidad, previa reclamación extrajudicial por parte de la Sindicatura.

En cuanto a los actos ineficaces o anulables, determinan el ejercicio de acciones impugnatorias de los mismos, y para ello se ofrece una diversidad de vías procedimentales. La incidental, para la declaración de ineficacia de los pagos hechos por el deudor en los 15 días precedentes a la declaración de quiebra, por deudas y obligaciones directas cuyo vencimiento fuera posterior a ésta (arts. 879 del Código de Comercio, 1.371 a 1.374 Ley de Enjuiciamiento Civil). El interdicto de recobrar para la declaración de ineficacia, por su consideración como fraudulentos, de los contratos celebrados en los 30 días anteriores a la declaración de quiebra (arts. 880 del Código de Comercio y 1.375 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Finalmente se seguirá el procedimiento que corresponda en función de la cuantía cuando se ejercite la pretensión de nulidad de contratos por presunción de «ánimus defraudandi» en el deudor (artículos 881 y 882 del Código de Comercio, 1.377 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

diferente la calificación a los efectos de la consecución del convenio, lo que como veíamos no sucede en la situación actual. (Ver cita 9).

14. Sobre estas líneas generales que caracterizan la nueva institución concursal, el proceso a través de la que ésta se encauza y desarrolla aparece inspirado esencialmente en tres principios: potenciación de la oficialidad; celeridad en la tramitación; unidad de trámite, con carácter general, para la sustanciación de incidencias.

La conjunción de los mismos, en función de su finalidad y en razón a los intereses en juego, podría fácilmente determinar que quedaran reducidos a uno solo, comprensivo de todos: la rapidez, para conseguir con ello un proceso con unas características de las que ahora adolece y al que aspira el Anteproyecto, tal y como nos dice su Exposición de Motivos, mediante un procedimiento «rápido, flexible y ordenado».

De esta forma, la oficialidad se manifiesta en la circunstancia esencial de que el proceso, una vez iniciado, no pueda verse afectado en su curso por la voluntad de sus partícipes, ni tan siquiera del propio solicitante (art. 344). Hasta tal punto que, de producirse su desistimiento, de éste no debería ni tan siquiera quedar constancia en autos (art. 343).

El intento de consecución de un proceso esencialmente rápido encuentra sus manifestaciones en una potenciación en la celeridad de las actuaciones, que intenta obtenerse de la manera siguiente:

— Por la no admisión de ningún pacto o acuerdo de las partes que vaya dirigido a la suspensión del procedimiento.

— Por la inadmisión de incidentes o cuestiones, fuera de los que legalmente se prevén en el Anteproyecto (21) que, de manera directa o indirecta tengan carácter dilatorio, o tiendan a entorpecer la marcha del proceso (art. 345).

— La concesión de naturaleza no suspensiva a las posibles cuestiones de índole prejudicial penal cuya resolución pudiera, en alguna forma, repercutir sobre los créditos integrados en la masa concursal. Se mantiene, no obstante, una permanente atención de la Sindicatura sobre la marcha del proceso penal; así como el conocimiento que el Juez debe tener de todas las resoluciones que en aquél se dicten, a efectos de adopción de las medidas que se estimen pertinentes (arts. 347 y 348). (A título de ejemplo, se recogen, entre otras: la retención de los pagos que hubiera de hacerse a un acreedor pro-

(21) Así, por ejemplo, se prevé la suspensión del procedimiento en el artículo 104 del Anteproyecto, en caso de planteamiento de una cuestión de competencia. Aun cuando sin afectarse con ello a las posibles medidas cautelares y de administración del concurso que pudieran haberse adoptado,

cesado por actos fraudulentos en perjuicio de la masa; exclusión del acreedor si la sentencia fuera confirmativa (con la particularidad en este segundo caso, de la no exclusión de su derecho para hacer valer el crédito en un procedimiento declarativo).

— El otorgamiento de idéntica naturaleza a todas las posibles incidencias que pudieran plantearse en el desarrollo del proceso, que tampoco tendrán carácter de previo pronunciamiento (art. 349).

— La admisión de todas las posibles apelaciones contra resoluciones del Juez del concurso, en un solo efecto, sin suspender consecuentemente su ejecución ni el curso del proceso (art. 367).

Finalmente, ese plausible intento de flexibilización en los trámites del proceso concursal encuentra su reflejo en el establecimiento de una vía procedimental única, con carácter general (es decir, siempre que no se prevea expresamente otra distinta) para la sustanciación de todas las incidencias que, en el desarrollo del mismo pudieran plantearse. Es el que se define como «incidente concursal» basado esencialmente en los principios de celeridad y economía y estructurado de acuerdo con el sistema oral predominantemente.

La economía y la celeridad caracterizan al incidente así:

— Deberán acumularse y resolverse conjuntamente todas las incidencias, siempre y cuando las pretensiones que constituyan su objeto sean las mismas.

— El núcleo del incidente concursal se circunscribe a una comparecencia, en la que la inasistencia de cualquiera de las partes que no sea el Síndico (su presencia aparece como obligatoria) o el promotor, no producirá, como consecuencia, su suspensión.

— Se prevé que la práctica de las pruebas se lleve a efecto en el acto mismo de la comparecencia. No obstante, se concede un breve plazo (3 días) para ello cuando no sea posible hacerlo de esta manera.

— No se admite recurso alguno contra las resoluciones del Juez estimando o desestimando la prueba, aun cuando puede hacerse contar expresamente la protesta, a los efectos de su proposición en una segunda instancia.

— No se admiten tachas de testigos, ni recusaciones de peritos. Con independencia de que pueda ponerse de manifiesto su presunta falta de parcialidad o credibilidad en los correspondientes interrogatorios.

— En ningún caso se suspenderá el trámite. Ni tan siquiera como consecuencia de la tacha de falsedad de algún documento aportado como prueba (sólo produciría, si aquél fuera de notoria influencia en el fallo, la realización por parte del Juez de todas las compulsas o cotejos que estimare necesarios).

El incidente se estructura, en otro orden de cosas y conforme dejamos indicado, de acuerdo con el sistema de la oralidad, traducido, como se ha dicho, en una comparecencia como su núcleo y potenciándose rasgos característicos de lo que es la oralidad en su forma más pura (22).

(22) Si realmente existiera un proceso absolutamente configurado conforme al sistema oral, se estructuraría de acuerdo con tres principios básicos: el de concentración, el de inmediación y el de publicidad, que llevarían como consecuencias (entre otras) más relevantes la instancia única y la libre valoración de la prueba por el Juez (a éstas no las consideramos como principios por cuanto entendemos que no marcan una directriz, sino que son sencillamente la consecuencia de un verdadero principio informante; en este caso el de inmediación). (De acuerdo a nuestros criterios en «El proceso como instrumento de la Jurisdicción», epígrafe de nuestra Memoria de Cátedra, Salamanca, 1984, inédito).

El planteamiento del tema en profundidad nos llevaría muy lejos y fuera de nuestra intencionalidad en este trabajo. No obstante, creemos que tiene suficiente virtualidad como para dedicarle una referencia bibliográfica, dirigida a quienes deseen un estudio sobre el mismo. Así, entre otros, pueden verse: RICCA BARBERIS, M.: *Intorno all'oralità*, en Studi di Diritto Processuale in onore di G. Chiovenda, Pádoa, 1927, p. 727; CHIOVENDA, G.: *De los distintos tipos de procedimiento. Procedimiento oral y procedimiento escrito*, en Instituciones de Derecho Procesal Civil, Trad. de Gómez Orbaneja, Madrid, 1940, vol. III, p. 154; es especialmente interesante el estudio monográfico que sobre el tema fue efectuado por la Revista Forense de Río de Janeiro (Brasil) en 1940, en el que se recogen 28 trabajos pertenecientes a autores de diferentes nacionalidades; VÉLEZ MARICONDE, A.: *Los defectos del juicio escrito y las ventajas del oral*, Buenos Aires, 1948; PRIETO CASTRO, L.: *Precisiones sobre la oralidad y la escritura en el Derecho Procesal español*, en Estudios y Comentarios para la teoría y la práctica procesal civil, Madrid, 1950, vol. I, p. 75; MAJADA, A.: *La oralidad en el proceso civil*, en Rev. de Derecho español y americano, 1957, p. 3; WACH, A.: *Oralidad y escritura*, en Conferencias sobre la Ordenanza procesal civil alemana, Trad. de Krotoschin, E., Buenos Aires, 1958, p. 1; CAPPELETTI, M.: *Valor actual del principio de oralidad*, en Rev. de la Facultad de Derecho de México, 1960, núm. 10, p. 85; PRIETO CASTRO: *Oralidad y escritura en el proceso civil*, en Trabajos y Orientaciones de Derecho Procesal, Madrid, 1964, p. 207; VALLE ITURRIAGA: *La oralidad en el proceso civil*, en Rev. de Derecho Procesal (1.ª Época. Cont.), 1965, III, p. 81; CALAMANDREI, P.: *Oralidad nel processo*, en Opere giuridiche, Napoli, 1965, vol. I, p. 450; CELAYA: *De la escritura a la oralidad en el proceso civil*, en «Pretor», 1966, p. 325; MIGUEL Y ALONSO, C. de: *Los sistemas sobre la forma de la actividad procesal*, en Rev. de Estudios Procesales (Rosario, Rep. Argentina), 1970, núm. 5, p. 3; CAPPELETTI, M.: *Processo orale e processo scritto*, en «Giustizia e Società», Milano, 1972, p. 151; CAPPELETTI, M.: *Las bases históricas del problema de la oralidad en el proceso*, en La oralidad y las pruebas en el proceso civil, Trad. de Sentís Melendo, Buenos Aires, 1972, p. 33 (debe asimismo consultarse la bibliografía citada en este trabajo); PICARDI, N.: *Riflessioni critiche in tema di oralità e scrittura*, en Studi in onore di C. Furno, Milano, 1973, p. 701; ALCALÁ-ZAMORA, N.: *Sentidos o manifestaciones de la oralidad en el proceso*, en Estudios de Teoría general e historia del proceso (1945-1972), México, 1974, vol. II, p. 15; FAIRÉN GUILLÉN, V.: *Los principios procesales de la oralidad y*

De tal forma, se establece que en la comparecencia el Juez oír a las partes, debiendo asimismo hacerse la proposición de pruebas en forma oral (con excepción del promotor del incidente que habrá de hacerlo en el escrito inicial del mismo).

Los interrogatorios, tanto del deudor como los demás intervinientes a los testigos se realizarán asimismo oralmente, sin que sean precisos pliegos de posiciones, ni interrogatorios de preguntas y repreguntas. El mismo sistema se sigue para la práctica de la prueba pericial.

Consecuencia de la oralidad es precisamente la vigencia del principio de inmediación, que se traduce en la directa intervención del Juez en la práctica de las pruebas y muy especialmente en las de carácter personal, pudiendo hacerse a los testigos, los peritos o las partes todas las preguntas o solicitar las aclaraciones que se estimen oportunas. Consecuencia a su vez de la inmediación es el establecimiento de la libre valoración por el Juez de los distintos medios de prueba, así como de las alegaciones hechas por las partes. Se tiende con ello, evidentemente, y dada la naturaleza de los intereses en conflicto, a la llamada verdad material (propia, en nuestro ordenamiento positivo del proceso penal-argumento deducible del 741, párrafo primero de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) (23) con una

la publicidad general y su carácter técnico o político, en Rev. de Derecho Procesal Iberoamericana, 1976, p. 309; BONET NAVARRO, A.: *Oralidad y Constitución*, en Escritos sobre la Jurisdicción y su actividad, Zaragoza, 1981, p. 281; FAIRÉN GUILLÉN, V.: *Principios de oralidad, de escritura y de socialización del proceso*, en Rev. de Derecho Procesal Iberoamericana, 1981, núm. 4, p. 547; GIMENO SENDRA, V.: *Los principios del proceso*, en Fundamentos del Derecho Procesal, Madrid, 1981, p. 177.

(23) La distinción, en el terreno procesal (clásica y tópica) entre verdad «material» y verdad «formal» (configurada por la doctrina alemana de finales del pasado siglo) es una consecuencia de los distintos sistemas para la valoración judicial de la prueba. Si el Juez puede hacerlo libremente, se dice que la reconstrucción fáctica que ello supone responde a la «verdad verdadera», en palabras de CARNELUTTI (*La prueba civil*, Trad. de Alcalá-Zamora, Buenos Aires, 1982, p. 21) por lo que se la puede denominar «material»; si, por el contrario, la valoración ha de basarse en reglas preestablecidas, la verdad puede efectivamente serlo pero lo auténticamente importante no es eso, sino que su búsqueda se desarrolle de acuerdo con aquellas reglas, lo que puede dar lugar, también en terminología del profesor italiano, a la «no verdad».

Siguiendo una figura literaria iniciada por el propio CARNELUTTI y completándola con FURNO podría, en base a lo expuesto, decirse: la verdad es como el agua, o es pura o no es verdad (CARNELUTTI: *La prueba civil...*, ob. cit., p. 25) pero también puede denominársela así aun cuando esté exenta de pureza (FURNO, C.: *Teoría de la prueba legal*, Trad. de González Collado, Madrid, 1954, p. 24).

El tema es de una gran complejidad y desborda nuestras intenciones en este trabajo. Sin embargo, y dado que hemos hecho referencia a él, conside-

serie de novedades, cual puede ser la concepción como prueba de los documentos que pudieran haberse aportado junto a la demanda incidental, sin necesidad de petición expresa en tal sentido; o la posibilidad de que el Juez haga uso, para mejor proveer, de cualquier tipo de prueba complementaria (24). Asimismo se permite que las partes puedan valorar oralmente los resultados de la prueba, pudiéndose también solicitar pruebas complementarias o contrapruebas; incluso se prevé un eventual trámite de conclusiones en el que podrían valorarse nuevamente todas las pruebas practicadas.

En otro orden de cosas, se intenta evitar esa corruptela que supone la criticada valoración conjunta de la prueba por el Juez (25) pro-

ramos oportuno manifestarnos disconformes con su planteamiento clásico, muy brevemente expuesto en los puntos anteriores, siguiendo en ciertos extremos a JIMÉNEZ CONDE (en la línea de CARRERAS Y SERRA) en el sentido de que, calificar a la verdad como «material» o «formal» no supone la búsqueda de verdades diferentes, sino distintas maneras de buscarla, tanto a través de diversos sistemas de valoración de la prueba, como estructurando diferentes fórmulas para llegar a un mejor y más completo conocimiento de los hechos (por ejemplo, la posibilidad de utilización por parte del Juez, para mejor proveer, de todo tipo de pruebas —según la reforma del art. 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1984, y tal y como se propone en el mismo Anteproyecto— es un intento del legislador para que el Juez pueda tener un más correcto conocimiento de los hechos (y consecuentemente de la verdad) lo que no quiere decir que antes de la reforma de 1984 —cuando no se permitía utilizar en esta vía la prueba testifical— el Juez no pudiera llegar a ese mismo conocimiento y a idéntica verdad).

Para el estudio del tema en profundidad nos parece interesante (por todas) dado su rigor y la síntesis de muy distintas opiniones la obra de JIMÉNEZ CONDE, F.: *La apreciación de la prueba legal y su impugnación*, Salamanca, 1977, y especialmente su epígrafe: Las llamadas «verdad material» y «verdad formal» en el proceso, p. 32 y ss.

(24) Ello supone, en el momento actual, una novedad relativa (sí lo era en 1983) por cuanto tal posibilidad ha sido ya establecida para el proceso civil, en virtud de la Reforma de 6 de agosto de 1984 (art. 340).

Es curioso hacer notar, por otra parte, que el legislador pretende con ello la utilización de la prueba testifical para mejor proveer (lo que no era posible en la fecha en que se redacta el Anteproyecto), pero al mismo tiempo manifiesta una evidente desconfianza para con esta prueba, como se deduce de la redacción del número 3 del artículo 8 al considerarla insuficiente para la demostración «prima facie» por parte de los acreedores de la situación de crisis del deudor, a los efectos de su declaración en concurso.

(25) En la fase de interpretación de los resultados de la prueba (de acuerdo con nuestros criterios, distinguiendo entre lo que es la valoración, con la que se obtienen los resultados de los distintos medios de prueba, y la interpretación que, sobre la base de aquellos resultados proporciona al Juez los elementos fácticos para su resolución; en nuestro ensayo: *Valoración de la prueba e interpretación de los resultados probatorios*, Rev. de Derecho Procesal Iberoamericana, 1978, p. 281 y ss., y en Libro homenaje al Prof. Prieto Castro, Madrid, 1979, vol. II, p. 459) los Tribunales civiles españoles utilizan

hibiéndose expresamente el limitarse a una simple declaración de hechos probados, e imponiéndosele la determinación individualizada del valor dado a cada uno de los medios de prueba practicados.

15. Finalmente, en el Título XI del Anteproyecto se recoge, y nos parece interesante hacer expresa mención de ello, una amplia ordenación de las cuestiones que presupone el concurso en caso de concurrencia de elementos extranjeros, previendo, indudablemente, la integración española en instituciones económicas internacionales y colmando, al mismo tiempo, un vacío notorio en la reglamentación vigente sobre la materia (26) tal y como nos vienen a indicar

el sistema de apreciación conjunta, que supone el prescindir de la motivación independiente sobre los resultados de cada uno de los distintos medios de prueba practicados. Ello puede determinar la inutilidad de la casación basada en error en la apreciación de la prueba a la que se refiere el número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por cuanto el Tribunal Supremo ha venido a manifestar en diversidad de resoluciones que, apreciada la prueba en su conjunto no puede descomponerse el resultado de la apreciación individualizando los distintos elementos sobre los que el juzgador forme su criterio.

El Anteproyecto intenta salvar estas dificultades, lo que no es nuevo por responder a una tendencia doctrinal generalizada, que ya encontró profundo eco en el que se vino a conocer como Proyecto Profesorado de Corrección y Actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Madrid, 1972, en el que se determinaba que la sentencia debía expresar «con la posible separación» los resultados de cada una de las pruebas (arts. 302 del Proyecto).

El tema se trata en cualquier obra en la que se estudie la valoración de la prueba. Una bibliografía de este tipo nos parece excesivamente abultada e innecesaria para una simple referencia, dentro de una cuestión tangencial como es ésta, en el estudio que nos ocupa. Sin embargo, sí nos parece interesante hacer mención de algunos trabajos en los que se ha tratado de forma monográfica, como por ejemplo: PRIETO CASTRO, L.: *Alcance del principio de apreciación conjunta de la prueba*, en Rev. General de Legislación y Jurisprudencia, 1943, p. 421; JIMÉNEZ CONDE, F.: *Apreciación de las pruebas en conjunto*, en la *Apreciación de la prueba legal y su impugnación...*, ob. cit. (cita 23), p. 307; sirve de base al estudio del mismo autor *La apreciación conjunta de las pruebas*, en Estudios en homenaje al Prof. Prieto Castro, Madrid, 1979, vol. II, p. 209. Son especialmente interesantes estos últimos trabajos, sobre todo por el estudio de jurisprudencia que en ellos se realiza.

(26) Sobre el estado actual de la cuestión en Derecho internacional pueden consultarse: RAMÍREZ, J. A.: *Derecho concursal español. La quiebra*, Barcelona, 1959, esencialmente Título IX. *Derecho internacional de quiebras*, vol. III, p. 743; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA: *Gli effetti estraterritoriali della sentenza dichiarativa di fallimento nel diritto internazionale privato spagnolo*, en *Bollettino informativo dell'Istituto Giuridico Spagnolo in Roma*, 1973, núm. 67; IGLESIAS BUIGUES: *Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de quiebra en el Mercado Común Europeo*, en Rev. Española de Derecho Internacional, 1977, núm. 2/3, p. 339 y ss.; *Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en la CEE y en Derecho español*, Madrid, 1977; MIJAS DE LA MUELA: *Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1982, vol. III, p. 484 y ss.; GARCÍA VILLAVARDE, R.: *El Derecho concursal comunitario*, en Rev.

su Exposición de Motivos, al decirnos que tales normas responden «a la preocupación por colmar los vacíos más importantes del Derecho español en materia concursal, como, por ejemplo, el relativo a los problemas específicos del concurso con algún elemento extranjero».

ARTICULOS

EXPERIMENTACION Y CONCERTACION EN LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA

(Con especial referencia a la comparecencia previa
del proceso de menor cuantía) *

LL. MUÑOZ SABATÉ
Abogado
Profesor Titular de Derecho Procesal
Barcelona

Una olvidada, o insuficiente inserción del derecho en el sistema de las ciencias sociales, ha provocado hasta el presente una carencia metodológica que en otro caso no sabemos hasta qué extremo pudiera haber resultado positiva en orden a promover la eficacia de determinadas instituciones jurídicas. Me estoy refiriendo concretamente a la investigación experimental. Hace ya muchos años que LOEVINGER (U.S.A. 1922) acusara a los juristas de haber vuelto la espalda a la indagación, a la observación y al dato empírico.

Por ejemplo, y puesto que uno de los puntos de mayor conexión del derecho con la factualidad reside en el campo de la prueba, no nos costará trabajo descubrir en las presunciones *iuris tantum* la formulación de una hipótesis por parte del legislador basada en la *observación* de que las cosas suceden normalmente de tal manera (*id quod plerumque accidit*). Así, cuando el art. 1297, pár. 2.º del Código Civil declara que se presumen fraudulentas las enajenaciones a título oneroso hechas por aquellas personas contra las cuales se hubiese pronunciado antes sentencia condenatoria o expedido mandamiento de embargo de bienes, todos pensamos o abrigamos la vaga idea de que realmente hemos visto en alguna parte y en algún mo-

* Este trabajo ha sido realizado por encargo del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.

de la Facultad de Derecho de Madrid, número monográfico, marzo 1985, al que se hace referencia en la cita 8, p. 237; BELTRÁN: El nuevo Derecho concursal francés (la ley de 25 enero de 1985, relativa al «redressement y la liquidación judicial de la empresa»), en Rev. Jurídica española «La Ley», 1985, p. 1.204; *Hacia un Derecho preconcursal: el Proyecto de Ley belga sobre empresas en dificultades*, en la misma revista, 1985, núm. 1.324. Para un conocimiento general sobre el tema a nivel europeo debe verse: ARNOULD: *Insolvenzrechtsreformen in Westeuropa*, en ZIP, 1985, p. 321 y ss.

Por su parte, un comentario sobre el Anteproyecto español se encuentra en GONZÁLEZ CAMPOS, J.: *Competencia judicial de los Tribunales españoles para declarar el concurso del deudor y eficacia en España del concurso declarado en el extranjero* (observaciones sobre el Título XI del Anteproyecto..., ob. cit.) (cita 8).

mento de nuestras vidas a una persona que teniendo miedo de que fueran a secuestrarle un bien, procuró ocultarlo de alguna manera. Tal vez sea solamente un recuerdo infantil.

La precedente consideración es fácilmente extensible a las presunciones *iuris et de iure* y por ello también a cualquier otro tipo de normas. «El legislador —escribe SERRA DOMÍNGUEZ— al ordenar una determinada institución jurídica, debe valorar en primer lugar las diversas maneras de regularla, y elegir, de entre todas, la más aceptable. Ahora bien, antes de que dicha elección se concrete sobre una de dichas posibilidades, existe un estado previo de duda en el legislador, que vacila sobre la manera más conveniente de enfocar la relación jurídica sometida a su examen. Finalmente, dicha duda es superada en cuanto el legislador «presume» más conveniente una regulación y la eleva a carácter de disposición legal. La norma así forjada habrá sido el resultado de una *presunción* (el subrayado es nuestro), empleando el término en la acepción vulgar y corriente» (1).

Pues bien: esa acepción vulgar y corriente del término *presunción* se reconvierte de nuevo en expresión científica dentro del campo metodológico bajo el término de *hipótesis*. Una hipótesis es un esbozo de ley científica; si la hipótesis resulta verificada por la experiencia, se convierte en ley, y de lo contrario es abandonada formulándose una nueva hipótesis que a su vez será sometida a verificación. Tal es el discurrir del método científico natural.

Preguntar hasta qué punto este método puede ser aplicado a las ciencias sociales sería tanto como indicar que acabamos de bajar de las nubes. Inquirir en cambio si resulta extensible al derecho, sería ya una buena propuesta para iniciar las subsiguientes reflexiones, que en cierto modo empalman con el trabajo de Ramón BAYES (Barcelona, 1975) en el que complementando el concepto que yo formulara de *conducencia* decía: «En nuestra opinión, las formas de aplicación de las normas más conducentes serán aquellas que tendrán en cuenta tanto las variables relevantes que concurren en cada situación social concreta —y que pueden variar de sociedad a sociedad, y de época a época— como las leyes del comportamiento puestos en evidencia, no por la reflexión del jurista, sino por la aplicación del método científico-natural en el laboratorio de psicología experimental» (2).

(1) SERRA DOMÍNGUEZ, *Normas de presunción en el Código Civil y Ley de Arrendamientos Urbanos*, Ed. Nauta, Barcelona, 1963, p. 68.

(2) BAYES, *La psicología experimental y el derecho*, p. 80 del libro *Introducción a la psicología jurídica* de MUÑOZ SABATE, Ramón BAYES y Frederic MUNNE, Ed. Trillas, México, 1980. Hay una traducción italiana titulada *Com-*

Antes de seguir adelante quisiera dejar bien sentada una cuestión previa, puesto que se supone que escribo primordialmente para juristas. Los obstáculos legales que pudieran oponerse a la experimentación no cuentan desde nuestro enfoque metodológico, ya que en muchos casos pueden ser removidos, bien directamente, bien a través de un rodeo. Ciertamente existen normas deontológicas, e incluso jurídicas que impiden experimentar con seres humanos bajo determinadas condiciones; pero no me estoy refiriendo a las mismas sino a toda esa «carcasa» de la dogmática que en un momento dado pudiera convertir la experimentación en imposible o sumamente difícil por cuestiones eminentemente formalistas. En tal caso es obvio que el impedimento, científicamente hablando, no existe y que por consiguiente la solución habrá de buscarla en otras instancias.

Claro es que una experimentación, considerada desde un muy estricto punto de vista científico natural siempre o casi siempre devendrá difícil para el derecho, acostumbrado a mover magnitudes a gran escala y que por ello no permiten la disociación de factores; lo mismo que resulta en general para las ciencias sociales, en donde como muy gráficamente escribe DUVERGER (1961), casi siempre resulta imposible variar «las condiciones de temperatura y presión» (3). Pero a medida que avanzan las técnicas de investigación se hace más posible el manipular las variables y aislar determinados factores. No hemos de desalentarnos por la magnitud de la escala en que nos movemos, pues, según recuerda PIAGET, este obstáculo no es peculiar de las ciencias sociales, sino que puede también observarse en algunas ciencias de la naturaleza, como la astronomía y sobre todo la cosmología y la geología (4).

En cualquier caso lo que sí queda presente es no abandonar totalmente la hipótesis a la mera reflexión más o menos intuitiva del jurista.

Ciertamente siempre que hasta aquí me he referido a *experimentar* lo he hecho en sentido amplio, equivalente a probar o examinar algo. Técnicamente, sin embargo, una cosa es la experimentación, propiamente dicha, y otra la observación.

portamento, diritto e società, de Giuffré, Ed. 1981. El trabajo original apareció por primera vez en el Anuario de Sociología y Psicología Jurídicas del Colegio de Abogados de Barcelona, Año 1975, bajo el título «Reflexiones de un psicólogo ante algunos problemas que se plantean en el campo del derecho».

(3) Maurice DUVERGER, *Métodos de las ciencias sociales*, Ed. Ariel, Barcelona, 1965, p. 387.

(4) Jean PIAGET, *La situación de las ciencias del hombre dentro del sistema de las ciencias*, p. 78 del libro de PIAGET, MACKENZIE, LAZARSFELD y otros, *Tendencias de la investigación de las ciencias sociales*, Alianza Ed., Madrid, 1973.

Por ejemplo, cuando CARBONNIER escribía que «resulta alarmante que un gobierno que no sería capaz de atreverse a modificar un régimen de impuestos sin realizar previamente un estudio estadístico y económico de la materia imponible, se atreva a reformar el régimen jurídico de bienes matrimoniales sin preocuparse de saber del mejor modo posible, cuántos y cómo se casan formulando contratos nupciales», no estaba aludiendo propiamente a la experimentación sino a un método comparativo basado en la observación directa. Un experimento sobre esta cuestión sería en cambio haber reunido a un grupo de matrimonios y haberles impuesto sucesivos regímenes patrimoniales, observando en cada cambio las diversas reacciones económicas que suscitaban, las cuales a su vez podrían combinarse con la interferencia de otras variables (edad, estatus social, regionalidad, etc.).

Aunque este tipo de experimentación, que también podríamos denominar de laboratorio, sólo sea practicable en sentido microsociológico con todas las dificultades inherentes de extrapolación a un campo más amplio donde a su vez concurren nuevos factores incontrolables, no deja de resultar curiosa la observación puesta de manifiesto por el propio CARBONNIER acerca de que la *función legislativa* es en el fondo una experimentación en el sentido más estricto de este concepto. «Cuando el legislador tiene dudas sobre la línea de principio o sobre las modalidades de una reforma que se le pide, dicta una ley y la pone en vigor para ver cómo se aplica, reservándose la posibilidad de derogarla o modificarla según los resultados» (5). Un ejemplo muy reciente lo tenemos en España a propósito de la modificación de los arts. 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, efectuada por la Ley de 23 de abril de 1983, cuyos preceptos, a la vista de los resultados negativos que produjo, ha dado ocasión, al cabo de un año, a una nueva modificación, comúnmente conocida como la *reforma de la reforma*.

Naturalmente este tipo de experimentación no tiene nada de científica y se realiza a un elevado costo social. Para merecer el carácter de una auténtica experimentación debiera convertirse en una experimentación de *laboratorio*. Y ahí está el problema.

¿Hasta qué punto es factible y aconsejable introducir en el derecho experimentos de este tipo?

Para no repetirnos sobre las consideraciones expuestas más arriba, voy a intentar dar un paso adelante en el sentido de constreñir la respuesta al área del derecho procesal y de la organización judi-

(5) Jean CARBONNIER, *Sociología jurídica*, Trad. de la edición francesa en 1972, Ed. Tecnos, Madrid, 1977, p. 196.

cial. Se trata de unos campos de actuación infinitamente más reducidos y por ende más controlables que aquellos otros de actuación de las leyes substantivas. Esta reducción afecta también a los operadores más sobresalientes del área (jueces, fiscales, abogados, procuradores, oficiales), todos ellos técnicos y con un lenguaje además altamente tecnificado. Si como sigue diciendo CARBONNIER las materias técnicas se prestan mejor a la experimentación que las materias fundamentales, no es extraño encontrar en la literatura jurídica mayor número de intentos experimentales en aquellas áreas, que no, por ejemplo, en el derecho penal o civil. Por lo que atañe concretamente a la organización judicial podrían emplearse además modelos empresariales.

Ciertamente no existen, o al menos no he sabido encontrar en ningún ministerio de justicia ni parlamento unos *bancos de prueba* parecidos a aquéllos que a escala utilizan los ingenieros, los arquitectos o los militares, ni tampoco tengo noticia de que por aquellos organismos o por alguna facultad de derecho, al menos en España, se haya diseñado y empleado un modelo simulado o de «juego» como alternativa o complemento metodológico al análisis de un sistema de normas que vayan a promulgarse, al igual que se utiliza en el análisis económico, y eso que, como ya reconociera SCHELLING, la estrategia judicial constituye un campo excelente para la aplicación de la teoría del juego (6). Dicho sea de paso, me parece estar convencido de que estas carencias obedecen no tanto a imponderables técnicas sino al esquema tradicional de formación del jurista en nuestras universidades. Mientras no se introduzcan en los planes de estudio la sociología, la estadística, la informática y la psicología, muchos juristas serán hombres sólo acostumbrados a contar con los dedos y excépticos a toda colaboración interdisciplinaria. Es un problema, como analiza TREVES, mayormente psicológico y que se caracteriza por la desconfianza que incluso los más abiertos sienten por las investigaciones de campo y por el trabajo de grupo (7).

* * *

Como decíamos antes, un obstáculo muy importante a determinado tipo de experimentación jurídica, radica en la propia ley. Ciertamente que igual impedimento puede encontrarse a veces en la investigación científica natural (basta recordar la cuestión de los trasplantes de

(6) Thomas C. SCHELLING, *La estrategia del conflicto*, trad. de la ed. USA 1960, Ed. Tecnos, Madrid, 1964, p. 164.

(7) Renato TREVES, *Introducción a la sociología del derecho*, Ed. Taurus, Madrid, 1978, p. 150, trad. de la edición italiana de 1977.

órganos o la inseminación artificial), pero todos estos límites tienen como justificación común el respeto a la dignidad o a la libertad de las personas, sin mayores cortapisas que las derivadas de estos derechos fundamentales. En la experimentación jurídica, en cambio, se añade otro obstáculo generalmente desconocido en el campo natural: el principio de igualdad. Un médico o un psicólogo pueden recurrir a técnicas de muestreo para experimentar determinadas hipótesis; el jurista en cambio parece impedido de hacer otro tanto, pues toda experimentación en plan piloto de determinadas innovaciones legislativas chocaría con la norma constitucional de igualdad frente a la ley. Hablando, por ejemplo, de un tema tan trascendente como el de la gratuidad o no de la justicia, tiene razón GÓMEZ COLOMER cuando escribe que hasta ahora no ha podido probarse en la práctica si la gratuidad aumentaría o disminuiría los pleitos, por la sencilla razón de que nunca se ha experimentado. Y parece de un sentido común inapelable la propuesta que hace de declarar la administración gratuita de la justicia en los procesos que se vean en una Audiencia Territorial de tipo medio, como Valladolid, Zaragoza o Granada durante un tiempo necesario para observar bien las consecuencias prácticas antes de extenderla a todo el Estado (8). Pero lo que no se plantea es cómo una norma de esta naturaleza podría resistir el art. 14 de nuestra Constitución. Y éste es, precisamente, el tema que debemos afrontar, si de veras queremos avanzar en el campo metodológico (9).

Posiblemente el carácter temporario de la experimentación y a veces su aplicación a una muestra elegida al azar rebaje los niveles de la tan temida discriminación, pero indudablemente ello no parece suficiente frente a eventuales críticas o impugnaciones. De ahí la necesidad de acudir además a una apoyatura basada en lo que podríamos denominar *concertación*.

La concertación implica una colaboración de los operadores jurídicos, si no de todos, al menos de los que más directamente van a protagonizar la experimentación y exige o hace sumamente aconse-

jable un cierto compromiso formal. La fuerza operativa de la concertación radica en una coincidencia de motivaciones más bien pragmáticas que ideológicas. Sobrará decir que en el campo procesal q de la organización judicial los operadores más significativos para ese concierto son los jueces y los abogados, a través de los órganos de la Administración, y de los Colegios, respectivamente, sin que quepa excluir, naturalmente, otras líneas o adherencias.

Una constatación a este respecto pudiera venir representada por alguna de las reflexiones y recomendaciones que se contienen en el informe de la Comisión Daussy (1982) promovida por el Ministerio de Justicia francés, en orden a la búsqueda de medidas para mejorar el funcionamiento de la justicia. Una de ellas, y bajo el lema *La concertación avec le barreau* se expresa de la siguiente manera: «La concertación entre todos los intervinientes judiciales es una imperiosa necesidad para conseguir la mejora del funcionamiento de las jurisdicciones. Es por eso que numerosos tribunales de apelación han tenido la iniciativa de organizar reuniones regulares entre magistrados y abogados para preocuparse conjuntamente de problemas a resolver y de hallar mejores soluciones. Como un ejemplo de los efectos beneficiosos de un paso como éste, se puede mencionar al Tribunal de apelación de Burdeos, donde al amparo de una concertación muy profunda en el Colegio de Abogados, se han adoptado unas importantes modificaciones en lo que respecta a la Cámara de lo social: el ritmo de las audiencias se ha multiplicado por dos, lo que permite juzgar el doble número de asuntos. En otros tribunales esta concertación ha permitido remediar el problema de los reenvíos múltiples y favorecer la utilización de magistrados ponentes. Parece pues, necesario, llevar a cabo una concertación institucionalizada con los Colegios de Abogados» (10).

Sin movernos del ejemplo francés y como fruto más inmediato de esta concertación, cabría señalar el llamado *contrat de procedure*, puesto en marcha por el Colegio de Abogados de Lyon, y que tiene por objeto el señalamiento formal entre los abogados de ambas partes y el juez encargado del asunto de un *calendrier de procédure* en cuyo calendario se previenen minuciosamente todas las posibles incidencias y renuncias así como otras particularidades capaces de contribuir a una mejor rapidez y control del proceso objeto de dicho contrato de litis.

* * *

(10) *Les Dossiers de la Chancellerie*, Ministère de la Justice, París, octubre 1984: *Moderniser la Justice*, p. 9.

(8) Juan L. GÓMEZ COLOMER, *¿Es posible actualmente la administración gratuita de la justicia, entendida de forma relativa, en España?*, Justicia 82, n.º III, p. 96.

(9) Numerosos experimentos legislativos de este tipo han sido efectuados en la Unión Soviética y en otros Estados socialistas. Así, por ejemplo, el caso de institución de manera provisional en una provincia polaca de los denominados tribunales de trabajadores antes de extender dicha institución de manera definitiva a todas las provincias del país. (Vid. A. PODGORECKI, *Sociological Analysis of the Legal Experiment Survey of Workers' Courts* (1962), traducido al castellano en la colección de AUBERT, *Sociología del Derecho*, Ed. Tiempo Nuevo, Venezuela, 1971, p. 149 y ss.

Sentado lo precedente, tal vez podamos ya adentrarnos hacia una formulación concreta que en este caso va a girar en torno al instituto procesal de la *comparecencia previa* en el proceso de menos cuantía (arts. 691, 692, 693 L.E.C.). Su propia, inmediata e incluso atrevida novedad constituye un campo abonado para mi propuesta de experimentación. Sin embargo, y dado el carácter acumulativo del saber científico, antes de iniciar la presente investigación, vamos a estudiar con la atención que se merecen, los datos procedentes de dos investigaciones anteriores que tienen relación con el tema que nos interesa: la experiencia de Rosemberg sobre el *pre-trial* americano y el llamado modelo alemán de Stuttgart.

* * *

En el proceso civil de los Estados Unidos fuertemente marcado por los principios de concentración y oralidad se acusaba la ausencia de una fase intermedia entre el intercambio de los *pleadings* (algo así como nuestra fase de alegaciones) y el comienzo del *trial* o audiencia ante el magistrado. Era particularmente grave la falta casi completa de expedientes procesales que permitieran a las partes recoger material probatorio del que no estuvieran en posesión y venir en conocimiento del material probatorio del que estaba en posesión el adversario. De aquí la posibilidad de que la parte no estuviese en situación de satisfacer en el *trial* la carga de la prueba que recaía sobre ella y, además de que fuera tomada de sorpresa por pruebas proporcionadas por el adversario. El inconveniente era tanto más grave en cuanto, dada la concentración y la brevedad del *trial* faltaba con frecuencia a las partes la posibilidad y el tiempo material de procurarse y de proporcionar pruebas contrarias a la ofrecida por la contraparte en el debate. El estado de ignorancia en que alguna de las partes se encontraba acerca del material probatorio que la otra pensaba aportar y la completa falta de conocimiento por parte del juez de la materia y del objeto de la causa hasta tanto que el *trial* se hubiese iniciado, conducirían al ulterior inconveniente de que las partes, a veces, se extendieran a probar hechos que después se manifestaban irrelevantes, y de que el debate entero se desarrollara de una manera desordenada y confusa. De ahí el instituto de la denominada *pre-trial hearing*, adoptado tras algunos experimentos locales llevados a cabo en Detroit y Boston, por la mayoría de tribunales de primer grado (Distric Courts) hacia 1938, y en los que a modo de conferencia preliminar entre el juez que presidirá en el *trial* y los defensores de las partes, se debaten medidas dirigidas a diversos

aspectos del futuro proceso y a depurar mediante admisiones de hechos, el definitivo *thema probandi* (11).

Se estimaba, por consiguiente, que esta institución era un medio muy conveniente de reducir los juicios y así poder aliviar la intolerable congestión de los tribunales metropolitanos, dado que muchos casos, cuyo juicio hubieran durado un promedio de dos días, eran resueltos en una conferencia previa de media hora.

Pero, según relata ZEISEL en un estudio que va a servirnos para introducirnos en el experimento que a continuación expondremos, el análisis de las estadísticas hizo dudar de la eficacia de esta comparecencia previa. Había indicios de que los casos resueltos en el *pre-trial* hubieran sido resueltos igualmente sin él, y de que tal vez los juicios previos fueran una pérdida de tiempo. Se pensó que sólo podía llegarse a una conclusión precisa mediante un experimento controlado que sometiera a juicio previo una muestra aleatoria de casos, omitiéndolo en un grupo de control comparable. Naturalmente se permitió que el grupo de control optara o no por el juicio previo, pues se pensó que privar directamente a los litigantes de su derecho a ese juicio podría suscitar dificultades constitucionales (12).

De ahí el experimento de ROSEMBERG, que entonces era director de la Comisión en pro de una Justicia Eficaz, en la Universidad de Columbia (13). El diseño requirió la asignación aleatoria de casos, por el personal de los tribunales respectivos, a dos procedimientos distintos: el juicio previo obligatorio para un grupo de casos, y el juicio operativo para el grupo de control, a pedido de una o de ambas partes. Por lo tanto, se distribuyeron al azar 2.954 casos entre los dos grupos, siendo la respectiva proporción de arreglos antes del juicio del 76 % y 78 % respectivamente. No hubo diferencia. El experimento tampoco confirmó la hipótesis subsidiaria de que los casos sometidos a juicio previo, y por tanto preparados, requieren menos tiempo en el juicio. La conclusión fue que, contrariamente a una creencia muy difundida, el juicio previo obligatorio no ahorra tiempo a los tribunales, sino que en realidad lo malgastaba.

Llegados a este extremo, ZEISEL se pregunta por qué a pesar de ello el *pre-trial* no fue totalmente abolido. Pero la verdad es que

(11) Para una más detallada composición de este instituto, los lectores de habla castellana cuentan con la traducción de la obra de SERENI, *El proceso civil en los Estados Unidos*, Ed. Ejea, Buenos Aires, particularmente pp. 70-73 y 83-87.

(12) Hans ZEISEL, *La sociología en las profesiones*, obra compilada por LAZARFELD y otros, trad. del original en inglés *The uses of sociology*, New York, 1967. Ed. Pidos, Buenos Aires, 1971, p. 123.

(13) Maurice ROSEMBERG, *The Pretrial conference and effective justice*, New York y Londres, Columbia university press, 1964.

trece años más tarde, en el I Congreso Internacional de Derecho Procesal, en Gante (1977), J. JACOB todavía lo mostraba como una de las experiencias, siempre perfeccionables, naturalmente, que desde el *Common Law* mejor podrían contribuir a la aceleración del proceso (14).

Sin entrar aquí en polémica, interesa efectuar como punto final dos matizaciones: 1) Que sólo hemos intentado exponer la realización de un experimento de campo, independientemente de sus resultados, a fin de evidenciar la importancia que para el progreso del derecho procesal puedan presentar investigaciones de esta índole, y 2) Que aunque aceptemos el lado negativo del experimento con respecto al *pre-trial*, no perdamos de vista que se trata de un derecho procesal muy distinto al nuestro en donde las comparaciones resultan generalmente inoportunas e incorrectas. Discutir, por ejemplo, entre media hora o dos horas de oralidad en el proceso, es para nosotros música celestial. De ahí que para llegar a un resultado más fiable, de acuerdo con nuestra tradición presentamos seguidamente la experiencia germánica.

* * *

Pareciendo irrealizable el principio de la concentración de todas las actuaciones procesales en una sola audiencia, creó KLEIN en la ZPO austriaca la llamada «audiencia preliminar» (*Erste Tagsatzung*) que luego será seguida por otros ordenamientos europeos: RB de Suecia (Kap. 34), CPC de Portugal (arts. 512 y ss.), CPC de la Ciudad del Vaticano (arts. 243 y ss.), y con algunas reformas sustanciales que veremos seguidamente, Alemania (Par. 272 b y 349) e Italia (artículos 183 y ss. CPC). Recientemente, aunque sólo con un amago de lo que debe ser una auténtica audiencia preliminar, se ha sumado España (arts. 691, 692 y 693 L.E.C.).

Aunque esta audiencia tenía fundacionalmente por objeto «limpiar» el proceso («despacho saneador» la llaman los portugueses) de todo tipo de obstáculos que pudieran interrumpir con incidentes sobre presupuestos procesales su curso hacia la sentencia de fondo, depurando además el cuadro de pruebas, alguien pensó que podrían extraerse de la audiencia preliminar mayores aprovechamientos.

El paso lo dio en Alemania el profesor BAUR en una conferencia pronunciada en octubre de 1956 (15). El argumento de dicha confe-

(14) J. JACOB, *Accelerating the process of law* (Londres); *Towards a justice with a human face*, Kluwer-Antwerpen/Deventer, 1978.

(15) BAUR, *Wege zu einer Konzentration der mündlichen Verhandlung in Prozess*, De Gruyter, Berlín, 1966, p. 13 y ss.

rencia era la consideración de que si en el proceso penal resultaba posible desarrollar todo el proceso en un sólo y único debate oral, también debería ser posible llegar a idéntico modelo en el proceso civil. Para BAUR, la larga duración del proceso civil no derivaba tanto del hecho de que transcurre demasiado tiempo entre el indicio de la litis y el primer debate oral, sino muy particularmente del hecho de que se producen luego demasiados pequeños debates que en nada ayudan a hacer avanzar el proceso.

Si se busca una explicación al porqué el procedimiento penal es más breve que el civil, y puesto que sería irracional llegar a pensar que las sentencias civiles deben ser más meditadas que las penales, se advierte en primer lugar que en el procedimiento penal el tribunal conecta con el caso sólo después de una preparación relativamente profunda por parte de terceros (policía, ministerio fiscal). Es esta cuidadosa preparación la que permite decidir el caso de un modo relativamente rápido. Un segundo motivo por el cual el procedimiento penal se presenta mejor estructurado que el civil consiste en el hecho de que en el primero, a línea de principios, el acusado siempre debe tomar parte en el debate. Esto permite escucharlo inmediatamente en cualquier ocasión en que se presentan cuestiones controvertidas.

Partiendo de las precedentes consideraciones, al Landgericht (tribunal de primera instancia) de la ciudad de Stuttgart, preocupado por reducir drásticamente el elevado número de juicios orales civiles, se le ocurrió la idea de introducir determinadas mutaciones en la ejecución de la audiencia preliminar. El experimento lo realizó inicialmente a través de una sola de sus Secciones (la 20.ª Cámara de lo Civil) y se tuvo mucho esmero en no incurrir en frontales infracciones del ordenamiento vigente, aprovechándose por ello de las propias lagunas, los actos discrecionales, las corruptelas toleradas en el proceso clásico y la concertación con los abogados (16).

Lo que caracteriza en síntesis la audiencia preliminar en el modelo de Stuttgart es la fuerte concentración que se registra en esta fase previa y que en el 80 por 100 de los casos hizo innecesario tener que pasar luego al juicio oral debido a que las partes se conciliaban o componían. En el proceso normal, este número de arreglos no sobrepasaba el 40 por 100.

El experimento trata de sacar partido a un instituto concebido, como hemos dicho, para otros fines depuradores, proporcionando un intenso debate oral en el que están presentes las propias partes,

(16) Para una detallada exposición de estas fórmulas, Vid. Wolfgang GRUNSKY, *Il cosiddetto «modello de Stoccarda» e l'accelerazione del processo civile tedesco*, en Riv. Dir. Proc. 1971, p. 354 y ss.

a las que se invita a exponer sus propios puntos de vista, pudiendo ser interrumpidas por el tribunal para pedirles precisiones y explicaciones; también se permite la simultánea práctica de determinadas pruebas y luego el tribunal se retira para emitir al cabo de unos días una opinión *indicativa*, que naturalmente no es vinculante ni recurrible, pues, siempre cabe proseguir el juicio. Hay empero un aspecto psicológico muy importante, destacado por GRUNSKY: las partes, al estar presentes en el debate, tienen la sensación de que su problema es tomado seriamente en consideración y, por consecuencia, se hallan propensas a aceptar la opinión del tribunal, mucho más en esta situación que cuando la conciliación ha sido propuesta sin el debate previo sobre la cuestión de fondo. Desde el punto de vista de los jueces, está práctica indudablemente comporta mayores días de audiencia, pero en cambio las ahorra un considerable trabajo de dictar sentencias.

Excusado es añadir que el experimento de Stuttgart terminó practicándose en todas las restantes Secciones del *Landgericht* y posteriormente fue recepcionado por otros tribunales alemanes.

Las deducciones que del mismo quieran aplicarse al proceso civil español deben ser ponderadas con sumo cuidado, dado que no existen términos comparativos entre los procesos «clásicos» español y germánico. Lo más importante, sin desdeñar otras consecuencias, es la línea metodológica del experimento y la audacia e imaginación de quienes no dudaron en llevarlo a cabo.

* * *

Con estos datos precedentes, vamos a analizar la posibilidad que existe de «desviar» la actual *comparecencia previa* introducida por Ley de 6 de agosto de 1984 en nuestro proceso declarativo de menor cuantía. Y utilizo el término *desviar* para enfatizar la necesidad de que nos acerquemos a un planteamiento experimental con verdadero espíritu científico, pues ni que decir tiene, que una aplicación rutinaria de la reforma, como todos, por desgracia, nos tememos, no es probable que incida notablemente en la obtención de una mejor eficacia de la justicia y evita frustrar las buenas intenciones del legislador.

El párrafo clave, a este respecto, es el art. 692 LEC. Dice textualmente dicho artículo:

Comparecidas todas las partes, el Juez declarará abierto el acto y, en primer término, exhortará a las partes para que lleguen a un acuerdo.

En caso afirmativo el acuerdo se hará constar en el acta, que firmará el Juez, los intervinientes y el Secretario.

Lo acordado por las partes en el acto de la comparecencia, que habrá de ajustarse a las normas generales para la validez de los contratos, así como a las reguladoras de la renuncia y la transacción, si las hubiere, se llevará a efecto por los trámites para la ejecución de las sentencias.

* * *

Lo primero que interesa destacar sobremanera es que la estructura normativa del precepto potencia un acuerdo conciliatorio que en una primera lectura pudiera hacer pensar en una incoherencia, pues, precisamente otro de los puntos de la Reforma ha sido suprimir la obligatoriedad de la conciliación previa.

Pero a poco que profundicemos en el análisis, nos daremos cuenta de que la presente conciliación potenciada por el art. 692 no tiene nada de previa sino que viene tras una fase de alegaciones en donde las partes han tenido ocasión de intercambiar sus escritos de demanda y contestación, junto con posibles documentos acompañados, razón por la cual tanto los litigantes, como los abogados, como el propio juez, pueden y *deben* haber adquirido un conocimiento del tema litigioso, sino completo, al menos sumario y muy indicativo, para poder adoptar determinadas decisiones. Esto es precisamente lo que no ocurriría en la conciliación antigua ni tampoco en la que contempla el art. 75 de la Ley de Procedimiento Laboral.

* * *

El segundo extremo a destacar, que no lo encontramos en este artículo, pero que nos viene del 691, es la posibilidad de que en la comparecencia estén presentes las propias partes. Se trata de un manifiesto desideratum del legislador al exigir la citación de aquéllas, si bien por razones obvias, a la hora de la verdad, permite que las sustituyan sus procuradores.

Puesto que para optimizar el resultado de cuanto pueda extraerse de estos preceptos creemos necesario la presencia de la propia parte, retengamos al menos dos cosas: el legislador parece desearlo y la ley obliga a la citación de los litigantes.

* * *

Dicho lo antecedente, entretengámonos unas líneas en analizar la frase «el Juez exhortará a las partes para que lleguen a un acuerdo». No vamos a perder el tiempo estudiando si esta frase tiene un sentido diferente a la de *procurará averirlas* que contiene el art. 471. Da lo mismo. Lo que interesa afirmar y postular es que la figura del juez no ha de ser la de un mero convidado de piedra, provisto de

una boca mecánica que diga simplemente «les exhorto a que lleguen a un acuerdo», para cerrar luego la mandíbula y pasar impasible al siguiente punto del orden del día. Salta a la vista que para esto no hacía falta recrear este instituto.

El mérito, la esperanza y el futuro de la comparecencia previa pasan indefectiblemente por la presencia activa del juez. El juez ha de ser un oyente objetivo e imparcial del debate, pero no con un oído solamente fisiológico sino dialéctico, informalmente dialogante, que le permita intervenir cuantas veces considere oportuno, con preguntas y sugerencias para ir integrando así sus percepciones y valoraciones. Y puede y debe ayudar a las partes a llegar a una composición del litigio ofreciéndose, si es menester, su propio modelo de acuerdo.

Naturalmente, para conseguir todo esto necesitamos elaborar *el perfil del juez idóneo*, que imaginamos no habrá de abundar en estos momentos de altísima crisis vocacional y aptitudinal. De ahí la justificación de nuestra propuesta experimental. Pero aparte las cualidades generales exigibles a cualquier juez, sólo dos características especiales serían suficientes:

1.— Un juez que acuda al debate habiéndose leído detenidamente los escritos de demanda y contestación y bien impuesto, por tanto, del tema litigioso.

2.— Un juez que sepa dirigir un debate, lo cual tal vez exige en estos momentos un aprendizaje acelerado, pues como hace ya años escribiera FAIRÉN, llegado el momento de introducir en España la comparecencia previa «habrá que habituar a los jueces a que dirijan oralmente discusiones complejas» (17).

* * *

Pienso que nada impide, al menos legalmente, introducir en el debate que estamos analizando algún tipo de instrucción probatoria, llámesele prueba o simple acreditamiento. En línea de principios esta posibilidad ya existe en la conciliación pre-procesal y no vemos por qué debe degársela a la intraprocesal que comentamos.

Así, ya de entrada, por lo que respecta a la prueba documental, aparte de que muchos de los documentos habrán sido aportados a los autos con los escritos de alegaciones, obsérvese que el art. 471 LEC al regular la comparecencia en la conciliación permite que las partes puedan exhibir documentos.

(17) FAIRÉN GUILLÉN, *Temas del Ordenamiento Procesal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1969, t. II, p. 813.

Pero las posibilidades del citado art. 471 LEC, extrapolables al 692, son todavía más extensas, tal como podemos encontrar en el autorizado criterio de MANRESA, uno de los padres de la LEC.

«La naturaleza de los actos de conciliación —dice este autor— excluye toda diligencia de prueba, permitiendo la ley solamente la exhibición de documentos, porque en vista de lo que de ellos resulte, será más fácil llegar a la transacción o avenencia, o conseguir que una de las partes desista de sus pretensiones. El juez, por consiguiente, no debe admitir ninguna otra prueba, y menos conceder dilación o término para presentarla. Sin embargo, si como medio de avenencia una parte defiriese al juramento de la otra, o las dos se aviniesen a pasar por lo que diga un tercero o por el dictamen de peritos, no vemos inconveniente en que el juez acceda a ello, recibiendo el juramento a la parte, si ésta no se niega a prestarlo, y consignando sucintamente en el acto lo qued eclare, así como el dictamen pericial en su caso, aunque sea necesario suspender el acto. El juez municipal no llenaría su misión en estos casos si no facilitara todo lo que racionalmente conduzca a cortar el pleito, que es el objeto de la conciliación; por esto creemos debe prestarse a lo que con tal objeto propongan las partes de común acuerdo; pero siempre que se oponga alguna de ellas, revela el propósito de no avenirse, y debe dar por terminado el acto sin más dilaciones» (18).

En definitiva, pues, siempre que las partes estén conformes, el debate conciliatorio puede acompañarse de pruebas y acreditamientos que coadyuven al hallazgo de un punto de convergencia. Estas actividades deben sufrir el mínimo rigor formalista, cual conviene a su origen y tiempo procesal en que se desarrollan.

La posibilidad de practicar pruebas en esta fase previa, se refuerza dogmáticamente con un segundo argumento: el de los arts. 497 y siguientes LEC, que bajo el epígrafe «diligencias preliminares» dan cabida a la llamada prueba anticipada. Sin embargo, esta anticipación no lo es tanto como para no permitir que igualmente se puedan practicar una vez iniciado el proceso y antes, naturalmente, de llegar a un auténtico período de prueba. Este es, al menos, el parecer de la doctrina (19).

Se trata simplemente de apurar al máximo las posibilidades que ofrece el art. 497 y sobre todo la testifical anticipada del art. 502, para lo cual tampoco nos faltará apoyatura doctrinal.

(18) MANRESA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. III, artículos 469-475.

(19) GUASP, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. II, art. 692, p. 174, notas 1 y 3; *id.*, PRJETO CASTRO, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1982, t. I, n.º 332, p. 646.

Digamos, por último, que en este estadio procesal resultaría inoportuno y hasta incluso grotesco, pensar en la confesión en juicio, pues, la relación del juez con los propios litigantes debe discurrir, según hemos visto, a través de cauces más dialogantes e informales.

* * *

El punto crítico del experimento, al igual que en el de Stuttgart, consiste en que el juez pueda anticipar una *opinión* después del debate conciliatorio. Algo que indudablemente habrá de chocar con numerosas reticencias pues, como escribe MONTERO AROCA, «el juez conciliador se limitará a exhortar a las partes para que se avengan, pero la propuesta concreta de avenencia no puede partir de él, ya que ello significaría poco menos que anticipar la solución que, de entrar en el proceso, puede dictar» (20).

Sin dejar de mostrarme de acuerdo con este argumento, lo que quiero añadir es que precisamente el mismo justifica el carácter experimental de la propuesta. No se trata de legislar para obligar a los jueces a emitir una opinión; tan irreal sería esto como irreal va a ser el deseo del legislador de convertir la comparecencia previa en una plataforma proclive a la composición. Lo único que propugnamos es más o menos lo siguiente: vamos a experimentar qué ocurriría si al amparo de una interpretación laxa, funcional e incluso sociológica del art. 692 L.E.C. y con el concurso de determinadas variables, permitimos a los jueces emitir su opinión sobre el caso que se debate.

Para marcar distancias conviene tener muy en cuenta:

a) El carácter voluntario de la experimentación con respecto a las partes, las cuales son muy libres de concurrir o no personalmente a la comparecencia, así como de aceptar o no posteriormente la opinión que pueda emitir el juzgador.

b) La opinión del juez será siempre una opinión fundada en previas alegaciones e incluso pruebas; quiero decir, una opinión distante a los actos de mera frivolidad.

c) El riesgo de que en caso de no aceptación el juez pueda mantenerse influido en el posterior momento de dictar sentencia es tan posible como la influencia que pudiera generarse en otros casos, si los jueces se instruyeran realmente de los autos, conforme es su deber, desde el comienzo del proceso y no sólo al momento de fallar.

(20) MONTERO AROCA, *La conciliación preventiva*, Rev. Jur. Cat., 1971, página 887.

De todos modos, tampoco conviene subestimar esta influencia, pues si la opinión emitida por el juez no es vinculante ni obligatoria —lo cual legalmente parece difícil de conseguir— se la debe dotar al menos de un refuerzo psicológico que motive su aceptación por las partes. De lo contrario no se alcanzarían los fines perseguidos.

* * *

Con ello llegamos al punto final práctico de las precedentes consideraciones.

Puesto que una aplicación de envergadura de las posibilidades que ofrece la Reforma, y más concretamente los arts. 691 y 692 LEC, sería a todas luces arriesgada y prematura, lo aconsejable es emprender un «estudio piloto» o «estudio exploratorio» que precedan a la extensión generalizada del proyecto. Gracias a ello podríanse reducir al mínimo la cantidad de tiempo y esfuerzo, y la incidencia negativa de los riesgos que comportaría emitir una directriz general sobre la manera de aplicar dichos preceptos por parte de los operadores jurídicos. En fase muy expresiva de MURRAY SIDMAN, «sólo queremos obtener una idea aproximada de cómo resultará nuestro experimento, y no tiene sentido derrochar tiempo y esfuerzo hasta que estemos razonablemente seguros de que merecerá la pena» (21). En esto consiste un experimento piloto.

El paso más importante en el diseño de una experiencia de este tipo consiste en evaluar su adecuación técnica, lo que a su vez comporta la selección de los medios apropiados para el control de las variables. En nuestro caso los factores a tener primordialmente en cuenta son: juez idóneo, el problema de repartimiento de negocios y la concertación de las partes.

Respecto al juez, ya hemos anticipado someramente su perfil, lo cual obliga a una meticulosa y muy reducida selección. Dentro de un primerísimo paso, quizás fuera prudente centrar la experiencia en uno o dos juzgados de 1.ª instancia de Madrid y Barcelona, por ejemplo, aunque por lo que diremos seguidamente no es descartable pensar en juzgados de localidades donde no exista turno de reparto. La dotación de personal y de medios no debiera ser deficitaria. Tal vez debieran habilitarse audiencias por las tardes.

El problema de repartimiento es una variable legal que puede entorpecer el experimento o retrasarlo considerablemente, pues, basándose el mismo en una aceptación voluntaria por parte de los liti-

(21) ZURRAY SIDMAN, *Tácticas de investigación científica*, trad. esp. de la editorial inglesa *Tactics of scientific Research* (1960 U.S.A.), Ed. Fontanella, 1973, p. 213 yss.

gantes, la suerte del reparto no ayudará a que coincidan frecuentemente el juzgado «piloto» con los litigantes dispuestos a someterse a la experiencia. Una manera de obviarlo sería, como ya he dicho anteriormente, elegir a juzgados locales que por ser únicos no presenten este problema; otra manera mucho más convincente es la que ofrece el art. 167 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia fijará las normas de reparto a propuesta de la Junta de Jueces, la que podrá liberar, en todo o en parte, a su juez del reparto de asuntos de una determinada clase por tiempo limitado «cuando la buena Administración de Justicia lo haga necesario».

El último factor, extremadamente más complejo es el atañente a la colaboración de las partes litigantes. Puesto que las mismas deben aceptar las reglas de un juego *sine legem* (aunque no *contra legem*) es evidente que si falla su voluntariedad, no podrán conseguirse los efectos perseguidos. Bastará con pensar que no acudan personalmente a la comparecencia sino por medio de procurador, conforme permite el art. 691, o que los abogados se opongan o muestren reticencias a todo tipo de diálogo del juez con las partes, así como a la práctica de pruebas concentradas en dicha comparecencia, o lo que sería más distorsionante para el futuro experimento: que no acataran la opinión emitida por el juez.

Para solucionar estos problemas se impone *sine qua non* algún tipo de concertación entre la Autoridad judicial y el Colegio de Abogados, tal como hemos examinado más arriba. No es éste el momento adecuado para profundizar en los detalles de este concierto pero creo que se trata de compaginar una labor propedéutica junto con otra de carácter más formal, que habrán de elaborar las Juntas de Gobierno. La participación del Organismo Judicial debe centrarse en algún tipo de *invitación* especial a colaborar en el *modelo* y que podría insertarse en la *cédula de emplazamiento*. Ni que decir tiene que aunque habrá muchos casos en que una o ambas partes se opongan a este tipo de comparecencia, casi siempre se tratará de situaciones espúreas por causa de una inseguridad en la pretensión o de unos intereses en alargar el proceso, lo cual, por lo mismo que tiene de significativo y revelador, tampoco habrá de pasar desapercibido. Tal vez incluso opere como estímulo disuasorio y les haga aceptar las ventajas de un juego limpio. Pero al lado de estos casos, pienso que también se darán otros muchos —y el experimento habrá o no de confirmarlo— en que el interés de ambos litigantes y de los abogados que los asesoren, converja hacia el logro de una rápida dirimencia del conflicto. La prudencia y el prestigio del juez «piloto» coadyuvarán decididamente en este sentido.

* * *

En resumen, la experiencia que se propone, aunque guarda notables afinidades con la de Stuttgart difiere de ella en un punto muy crucial cual es la notable diferencia estructural entre el proceso civil germánico y el español, que se manifiesta particularmente en dos contrastes: oralidad-escritura y tribunal colegiado-tribunal unipersonal. Pero si se me apura, yo diría que nuestra situación es precisamente por ello más ventajosa, pues con un juez único movilizamos menos recursos humanos y simplificamos el debate. Por otro lado al tratarse de un procedimiento con un largo itinerario documentario, que absorbe multitud de trabajo de secretaria y no pocas decisiones interlocutorias del juez, al poder concentrarlo todo en una o pocas audiencias verbales, representa que los logros que se obtengan en términos de economía, habrán de ser mucho más ostentosos que los demostrados por la experiencia americana de ROSEMBERG.

Naturalmente quedan muchos detalles y matices por determinar; incluso pueden alterarse algunas líneas maestras. De lo que se trata en el presente estudio es solamente de abrir los ojos, con un ejemplo, a la experimentación científica en el campo del derecho. El diseño concreto de un experimento es ya una labor de equipo.

EFICACIA EN EL PROCESO DE LAS PRUEBAS ILICITAMENTE OBTENIDAS

A propósito de la sentencia n.º 114/1984, de 29 de noviembre (BOE de 21 de diciembre de 1984), dictada por el Tribunal Constitucional en el recurso de amparo 167/1984.

BLANCA PASTOR BORGONÓN
Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad de Valencia

I.—INTRODUCCIÓN

El problema básico que vamos a abordar, tomando como punto de referencia la sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de noviembre de 1984, es la cuestión de si la admisión por el órgano jurisdiccional —y posterior toma en consideración en el fundamento fáctico de la resolución— de un medio de prueba obtenido con vulneración de los derechos fundamentales de la persona consagrados por la Constitución, implica la violación del derecho de la parte a un proceso con todas las garantías, que se recoge en el art. 24.2 de la misma —o del derecho a la tutela efectiva, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, consagrado en el art. 24.1, como afirma, con menos acierto a nuestro juicio, la sentencia n.º 64/1986, de 21 de mayo (BOE de 17 de junio de 1986), en la que el Tribunal Constitucional alude también al problema de la eficacia de las pruebas ilícitas, aunque no lo examina en profundidad, como lo hacía en la sentencia de 1984—.

Esta materia forma parte de una temática más amplia, que hace ya tiempo viene preocupando a la doctrina y jurisprudencia extranjeras y últimamente está siendo debatida también por nuestros procesalistas. Nos referimos a la compleja problemática de las llamadas «prohibiciones probatorias» o «pruebas ilícitas».

Resulta bastante difícil abordar el estudio de esta cuestión y tratar de exponer con la indispensable claridad los aspectos más relevantes de la misma, ya que los distintos autores que han trabajado sobre el tema lo han analizado desde muy diferentes puntos de vista y han incluido, utilizando el mismo epígrafe general, situaciones de muy distinto tipo.

La búsqueda de un denominador común a todas ellas nos ha llevado a concluir que se trata de restricciones impuestas —bien por normas específicas, bien como proyección concreta de la protección constitucional de los derechos fundamentales—, a la búsqueda y recogida de fuentes de prueba o a la fijación procesal de los hechos que han de servir de base a la resolución judicial.

Estas restricciones, y las vulneraciones a las mismas, repercuten, desde el punto de vista procesal, en materia probatoria, sea en el momento de admisión de los medios de prueba, sea en el momento de valoración de los practicados para fundamentar fácticamente la resolución correspondiente, sea en la revisión por el tribunal de casación de los medios de prueba cuyo resultado ha tomado en consideración el órgano jurisdiccional inferior. Por ello, aunque tal vez no sea técnicamente perfecto —en el sentido de no cubrir la totalidad de las situaciones que se encuadran en esta problemática—, nos parece conveniente utilizar el extendido y ya clásico término de «prohibiciones probatorias» (1).

(1) Aunque esta terminología no deja de tener detractores, incluso dentro de la doctrina alemana, donde surgió. Así, SYDOW (*Kritik der Lehre von den «Beweisverboten»*, Würzburg, 1976, pp. 5 y ss.) afirma que esta denominación estaba justificada cuando la acuñó BELING, quien partía de la situación existente en ese momento: la autoridad de persecución penal estaba autorizada sin más a tomar las medidas necesarias para el cumplimiento de su deber legal de averiguación de la verdad, salvo cuando excepcionalmente, una disposición restringía sus facultades de actuación (prohibición). Actualmente se pone el acento en el principio de legalidad: las ingerencias en la libertad de actuación de los participantes en el proceso exigen un fundamento legal en forma de disposiciones de autorización. El derecho procesal penal no contiene apenas disposiciones de prohibición, sino que prescribe el modo de proceder admisible mediante mandatos; dado que las posibilidades de diverger de los mandatos son ilimitadas, el término «prohibiciones probatorias» es inadecuado.

Estamos de acuerdo con este planteamiento, pero empleamos el término de «prohibiciones probatorias» porque ponemos el acento en las consecuencias procesales de la vulneración de las restricciones que el ordenamiento impone a la conducta de búsqueda y recogida de fuentes de prueba y de incorporación de éstas al proceso, bien sea mediante el establecimiento del procedimiento a seguir (para las autoridades), bien sea con la consagración general de derechos que no pueden atacarse (para las autoridades y las personas privadas): se prohíbe que produzcan efectos, se les niega valor probatorio, se prohíbe tomarlas en consideración,

Una primera clasificación de las posibles prohibiciones probatorias, nos lleva a agruparlas en dos apartados fundamentales, tomando como base la distinción entre fuentes y medios de prueba (2): aquellas derivadas de restricciones relativas a la investigación de los hechos —búsqueda y obtención de las fuentes de prueba—, y las que resultan de restricciones relacionadas con la incorporación de las fuentes de prueba al proceso —admisión y práctica de medios de prueba— (3).

En este punto hay que señalar que la sentencia del Tribunal Constitucional, antes aludida, n.º 64/1986, de 21 de mayo, afirma que la doctrina de la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de los derechos fundamentales únicamente es aplicable cuando la vulneración se cometa al obtener las pruebas, pero no a la que «se produzca en el momento de su admisión en el proceso o de su práctica en él, pues respecto de estos últimos problemas que se pueden plantear se reconducen a la regla de la interdicción, pues la indefensión sólo se produciría cuando la admisión o la práctica de los medios de prueba atentase contra el principio de igualdad o el de contradicción —que constituye sólo uno de los supuestos de prohibiciones probatorias derivadas de actuaciones realizadas dentro del proceso, como luego se verá—, pero no en los demás casos, en que la incorrecta actividad probatoria no supone indefensión, sino falta de garantías del proceso. Por ello parece más adecuado englobar todos los supuestos en la doctrina de las prohibiciones de prueba, cuyo denominador común es la búsqueda de un proceso con todas las garantías.

(2) La distinción entre fuentes y medios de prueba en la que nos basamos es la expuesta por SENTÍS MELENDO: *Fuentes y medios de prueba*, en «La prueba», Buenos Aires, 1978, pp. 144 y ss. Fuente de prueba es un concepto no jurídico, que alude a algo anterior e independiente del proceso, que existe aunque el proceso no llegue a producirse; las fuentes de prueba son elementos de la realidad (el testigo y su conocimiento de los hechos, el documento, la persona, cosa o lugar que será, en su caso, examinado por el juez...). Medio de prueba es un concepto jurídico, que sólo tiene sentido dentro de un proceso, porque consiste en la actividad que es necesario realizar para incorporar las fuentes de prueba al proceso, y es lo que se regula en las leyes de enjuiciamiento cuando sus disposiciones aluden al procedimiento probatorio; los medios de prueba son los instrumentos de que se sirven los sujetos procesales para servir de las fuentes de prueba en el proceso, con la finalidad de convencer al juzgador (declaración testifical, prueba documental, inspección ocular...).

(3) CAPPELLETTI (*La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, Buenos Aires, 1972, pp. 137 y ss.) distingue dos supuestos en las pruebas introducidas en el juicio sobre la base de un acto ilegítimo: aquellas pruebas en sí y por sí admisibles, pero que han sido creadas o han llegado al sujeto que las introduce en el juicio a través de un acto ilegítimo, y las pruebas respecto de las cuales la ley prohíbe directamente su admisión en juicio.

Respecto a las prohibiciones referentes a la investigación, que integran el primer grupo, hay que señalar que el tema ha sido tratado fundamentalmente en relación con el proceso penal —en realidad fueron los procesalistas penales los que iniciaron las construcciones doctrinales en esta materia (4)—, lo cual es lógico si se piensa que en él, al contrario de lo que ocurre en el proceso civil, la investigación corre a cargo de autoridades públicas —Policía, Ministerio Público, Juez de Instrucción—, cuya actuación debe siempre sujetarse a una normativa y unos límites determinados, para evitar que las amplias facultades que se les conceden para el cumplimiento de su función de averiguación de la verdad, incidan excesivamente en los derechos básicos de los ciudadanos.

Las autoridades con funciones de investigación en el proceso penal están sometidas en su actividad a una serie de restricciones, que pueden agruparse en distintas categorías.

En primer lugar, es clásico aludir a determinadas materias que están totalmente excluidas de su investigación, es decir, ciertos hechos cuyo esclarecimiento no puede ser intentado por ningún medio. Normalmente trata de protegerse con ello el interés superior del Estado, que se articula, desde esta perspectiva, en las disposiciones relativas a secretos oficiales. Estas restricciones podrían encuadrarse bajo la denominación de «prohibiciones de investigación». Dada la regulación de estas cuestiones en nuestro ordenamiento, no parece que pueda hablarse de prohibiciones de investigación en derecho español. En efecto, cuando sea necesario en un proceso el conocimiento de materias clasificadas como «secretas» o «reservadas», en virtud de la Ley de secretos oficiales (Ley de 5 de abril de 1968, modificada por Ley de 7 de octubre de 1978), el órgano jurisdiccional podrá ordenar la colaboración precisa para ello de la autoridad administrativa correspondiente, en base a la excepción recogida por los arts. 10.2 y 14 de la mencionada Ley, que, referidos al acceso de las Cortes a esta información y al procedimiento administrativo, deben aplicarse, con el mismo o mayor motivo, al proceso; esta solución se consagra expresamente en el art. 88 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (5).

(4) La obra de BELING: *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsforschung im Strafprozeß*, publicada en Breslau en 1903, que puede considerarse el punto de partida de la doctrina de las prohibiciones probatorias, trata de ítema únicamente en el proceso penal, como se especifica expresamente en el título.

(5) El problema que puede plantearse en estos casos es el de las disposiciones a adoptar para el mantenimiento del secreto. En la medida en que estas materias, puestas en conocimiento del órgano jurisdiccional para los fines de un proceso, sean conocidas por este motivo por otros funcionarios, puede

Por otra parte, existen determinados métodos de investigación que no pueden utilizarse en ningún supuesto, como es el caso de la obtención de declaraciones bajo tortura, hipnosis o la influencia de drogas. Estas restricciones son «prohibiciones absolutas de métodos de investigación».

Hay, por último, medios de investigación cuya práctica es admisible únicamente en el caso de que se respeten las condiciones y requisitos que la ley exige. Se trata de las «prohibiciones relativas de métodos de investigación». Las restricciones que se imponen al órgano de investigación en su labor de averiguación de la verdad tienen como fundamento la protección de derechos de distinto tipo: los derechos de defensa (declaración ante abogado); la inviolabilidad del domicilio (requisitos para la entrada y registro en lugar cerrado: arts. 545 a 573 LECRIM y 16 de la L.O. de 26 de diciembre de 1964; exhibición por terceros de documentos privados de su propiedad exclusiva, en el proceso civil: art. 603 LEC); la intimidad personal (requisitos para la detención, apertura y examen de la correspondencia privada, postal y telegráfica —arts. 579 a 588 LECRIM— y para la interceptación de las comunicaciones telefónicas —arts. 192 bis y 497 bis del Código penal y 17 de la L.O. de 26 de diciembre de 1984—; no existen normas específicas que regulen el modo de proceder cuando el derecho a la intimidad personal —por ejemplo, supuestos recogidos en el art. 7 de la L.O. de 5 de mayo de 1982, de protección civil al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen—, pero parece claro que debe recabarse para ello la autorización judicial). Los derechos así protegidos son de distinta entidad (fundamentales o no), y por ello, las consecuencias derivadas de la vulneración de estas restricciones pueden ser de mayor o menor importancia.

Cuando son los particulares quienes deben asumir la labor de búsqueda de las fuentes de prueba —como ocurre en el proceso civil o laboral—, su actividad es extraprocesal y no se regula por ninguna

aplicarse lo dispuesto en el art. 367 del Código penal si alguno de ellos viola el secreto. Pero, en lo que respecta a los particulares —las partes en el proceso—, la posible aplicación de las sanciones administrativas previstas en la Ley de secretos oficiales no parece asegurar suficientemente que éstos guardarán la debida reserva. El art. 88.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establece que el Tribunal dispondrá las medidas necesarias para preservar el secreto, precepto que deja un total arbitrio al órgano jurisdiccional para acordar lo que estime más oportuno —que puede ir desde decretar el secreto para las partes de determinadas actuaciones (lo que implicaría grandes dificultades teóricas y prácticas), hasta ordenarles que guarden el secreto, constituyendo delito de desobediencia del art. 237 del Código penal el faltar a este mandato (solución que no parece demasiado efectiva)—.

norma específica. Por supuesto, esto no significa en modo alguno que sean totalmente libres en el desarrollo de su actuación, sino que están vinculados por la totalidad del ordenamiento, tanto desde el punto de vista civil como penal. Muy especialmente están sujetos a la obligación general de respeto de los derechos fundamentales de la persona recogidos por la Constitución, y en esta medida se puede hablar de restricciones en su actividad de investigación.

Cuando se vulneran restricciones de la investigación, el ordenamiento reacciona de distintos modos. Por un lado, puede producirse responsabilidad civil, administrativa o incluso penal del autor del acto; pero lo interesante desde el punto de vista procesal es que, en determinados supuestos, el interés que se protegía con el establecimiento de la restricción es de tal importancia que implica la nulidad de los actos contrarios a él, por lo que tiene lugar una consecuencia de tipo distinto: la inadmisión al proceso de la fuente de prueba ilegalmente obtenida. Es entonces cuando aparece una prohibición probatoria.

Como señalábamos antes, puede hablarse de un segundo grupo de prohibiciones probatorias: las derivadas de actuaciones realizadas dentro del proceso. Los medios de prueba están, lógicamente, sometidos a la normativa procesal, que excluye algunos de ellos o establece determinadas condiciones para su práctica. Su infracción puede dar lugar a prohibiciones probatorias.

Así es evidente que no pueden admitirse medios de prueba cuya práctica vulnere derechos fundamentales de la persona. Dentro de este apartado nos encontramos con dos tipos de situaciones. Por una parte, hay supuesto en que la vulneración del derecho fundamental es clara e indiscutible, por lo que el medio de prueba queda automáticamente excluido; así, no plantea problema la inadmisión de las declaraciones testimoniales realizadas bajo violencia o intimidación (supuestos harto improbables) o bajo la influencia de drogas que anulen la voluntad del sujeto. En otro caso, es preciso sopesar cuidadosamente el bien jurídico que protege el derecho fundamental y el interés público en la averiguación de la verdad, estableciendo con exactitud las garantías y los límites con que pueden practicarse determinados medios de prueba; esto se plantea básicamente respecto al derecho a la intimidad personal y los casos y las condiciones en que puede admitirse, por ejemplo, la lectura de diarios íntimos, audición de grabaciones de conversaciones íntimas, aportación de fotografías, la declaración de testigos de conversaciones de este carácter, obtenidos con autorización judicial o sin cometer ningún ilícito.

En segundo término, hay que señalar que, en la práctica de la prueba, deben respetarse —como a lo largo de todo el proceso—

los principios básicos que rigen la presencia de las partes en el mismo, es decir, la igualdad y la contradicción. La vulneración de uno de ellos —o de ambos— en la práctica de un medio de prueba implicará la aparición de una prohibición probatoria, ya que significará la imposibilidad de tomar en consideración su resultado.

Hay, por último, medios de prueba excluidos o sometidos a ciertas restricciones, por considerar el legislador que hay determinados bienes más dignos de protección que el interés en la averiguación de la verdad o el derecho a la prueba —destaca, en este punto, el que el legislador impone en la práctica de la prueba en el proceso más limitaciones que en la fase de investigación, pretendiendo no sólo que se respeten los derechos fundamentales de la persona, sino también otros intereses de inferior rango—. Así, por ejemplo, hay determinadas personas exentas del deber de declarar en el proceso penal, bien por su calidad (art. 411 LECRIM), por su parentesco con el inculpado (art. 416-1.º LECRIM), o bien por su profesión —sacerdotes (art. 417-1.º LECRIM), funcionarios públicos (art. 417-2.º LECRIM), abogados (arts. 437,2 LOPJ y 40,1 del Estatuto General de la Abogacía de 24 de julio de 1982) y procuradores (arts. 438,2 LOPJ y 14,15 del Estatuto de los Procuradores de 30 de julio de 1982), jueces y magistrados (art. 396 LOPJ), miembros del Ministerio Fiscal (art. 50 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 30 de diciembre de 1981) o médicos—, así como una exención general de la obligación de testificar cuando la declaración pueda perjudicar al declarante o a un pariente próximo (art. 418 LECRIM). Igualmente, hay un conjunto de normas referentes a las condiciones en que tiene que realizarse la declaración del inculpado en un proceso penal: asistencia letrada (art. 118 LECRIM no exigencia de juramento (artículo 387 LECRIM), prohibición de emplear coacción o amenaza (arts. 389-III y 391-III), derecho a no contestar (art. 392-I), etc.

La mayoría de estos supuestos constituyen prohibiciones probatorias con las consecuencias procesales que ello implica. Hay que señalar que este grupo de prohibiciones probatorias suele plantear menos problemas procesales que el grupo de prohibiciones derivadas de vulneraciones no concretadas legalmente de derechos fundamentales (sea en la investigación, sea en la práctica de la prueba en el proceso, ya que se establecen las consecuencias para el proceso de las infracciones de las mismas.

La consecuencia procesal de la vulneración de una prohibición probatoria, bien derivada de una restricción investigatoria (prohibición de admitir el medio de prueba que pretenda incorporar su resultado al proceso), bien consecuencia de restricciones de la práctica de la prueba en el proceso (prohibición de realizarla de determinada manera o de llevarla a cabo de modo distinto al previsto), es la impo-

sibilidad de tomar en consideración su resultado para fundamentar fácticamente la sentencia (6).

El último estadio en que las prohibiciones probatorias despliegan su eficacia es en los recursos. Cuando se fundamenta el aspecto fáctico de la sentencia en un medio de prueba que vulnera una prohibición probatoria —bien sea por el modo en que se obtuvo la fuente de prueba, bien por razones relativas a la práctica de la prueba en el proceso—, debe ser revocada por el órgano jurisdiccional superior que conozca de lrecurso (7). Especial importancia reviste la posibilidad de que una sentencia que incurra en este vicio pueda ser revisada en casación. La doctrina se ha mostrado bastante acorde en que ello debía ser posible, pero se planteaba el problema del motivo en que podía encuadrarse la vulneración de la prohibición probatoria, cuando no tuviera una formulación legal expresa; esta cuestión ha quedado en cierta medida solucionada, como veremos, con la consagración genérica de la rohibición de toda prueba que vulnere los derechos fundamentales, realiada por el art. 11,1 LOPJ de 1985 (8). Constituye también una importante aclaración la manifestación del Tribunal Constitucional, en la sentencia de 29 de noviembre de 1984, de que es posible en estos supuestos recurrir en amparo.

Todos estos puntos incluidos dentro del tema general de las prohibiciones probatorias, que acabamos de exponer esquemáticamente, plantean numerosas cuestiones y cada uno de ellos tiene una problemática específica y bastante compleja, de gran interés y relevancia prácticas. En el presente trabajo, sin embargo, vamos a tratar única-

(6) Esta consecuencia se puso de manifiesto ya desde los primeros momentos de la construcción de la doctrina de las prohibiciones probatorias; ya BELING (*Die Beweisverbote...*, cit., pp. 30 y 31) afirmaba que «el medio de prueba prohibido no puede ser utilizado en absoluto: el objeto de inspección ocular prohibida no puede contemplarse, el documento prohibido no puede leerse, el testigo o perito prohibidos no pueden ser oídos», y si se hace así a pesar de ello y la falta se nota a tiempo, «no debe ser tomado en consideración en la sentencia, el juez debe tener como no realizada la práctica de la prueba».

(7) Por supuestos esta afirmación debe entenderse en su correcto sentido, es decir, que el hecho de que se haya tomado en consideración un medio de prueba inadmisibles no implica automáticamente la anulación del fallo, sino que se precisa para ello que el hecho que prueba sea relevante para éste y que no haya otras pruebas que conduzcan al mismo resultado.

(8) El hecho de introducir una norma de este tipo en nuestro ordenamiento ha significado un paso importante, puesto que, con ello, España ha aventajado a todos aquellos países en que todavía no se ha plasmado como principio general, aunque el tema de las prohibiciones probatorias tenga ya un antiguo y amplio tratamiento doctrinal y jurisprudencial (EE.UU., Alemania, Italia...), en base a los pocos supuestos concretos especificados en las leyes y a las normas constitucionales generales y protectores de los derechos fundamentales.

mente del tema a que se refiere la sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de noviembre de 1984, que ha sido el catalizador de estas líneas; es decir, que el análisis va a centrarse en la obtención de fuentes de prueba con vulneración de derechos fundamentales y en la posibilidad de que se derive de ello una prohibición probatoria, aspecto que se encuadra dentro de las restricciones relativas a la investigación de los hechos.

II. — RESTRICCIONES A LA RECOGIDA DE FUENTES DE PRUEBA DERIVADAS DEL RESPETO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En un Estado de Derecho, cuyos principios rectores se recogen en la Constitución, es un postulado básico el que los derechos fundamentales de la persona, consagrados por ésta, deben respetarse, en cualquier situación de la vida social, por todos los ciudadanos. Es éste un principio general que, en ocasiones, se concreta en normas específicas que consagran bien el modo en que debe plasmarse el respeto a un derecho fundamental en una situación determinada, bien las formalidades que deben cumplirse para que una conducta dada le afecte lo menos posible, bien cuál de los hechos debe prevalecer y con qué límites en una situación de conflicto entre varios o bien qué consecuencias (civiles, penales, procesales) lleva aparejada la vulneración de uno de estos derechos básicos. En otras situaciones, no se reitera legalmente la obligación de respeto a un derecho fundamental en concreto, pero esto no impide que el deber de no conculcar ninguno de ellos despliegue igualmente su fuerza vinculante.

Las actividades dirigidas a la averiguación del modo en que ocurrieron unos hechos que pueden ser relevantes para un proceso posterior —búsqueda y recogida de fuentes de prueba—, no representan una excepción en esta materia: no pueden llevarse a cabo de modo que vulneren derechos fundamentales reconocidos por la Constitución.

En este sentido, no pueden hacerse distinciones entre los supuestos en que la actividad investigatoria se realice por una autoridad pública (Policía, Ministerio Público, Juez de Instrucción) y aquellos en que la recogida de fuentes de prueba corra a cargo de personas privadas, ni tampoco debe diferenciarse entre las investigaciones llevadas a cabo en el marco de un proceso penal y las seguidas a los efectos de procesos de otro tipo (civil, laboral, contencioso-administrativo): cualquier actuación que busque localizar y recoger fuentes de prueba para un proceso está restringida por los límites que impone el respeto debido a los derechos fundamentales de la persona.

Hay que señalar, no obstante, que está bastante extendida la postura de distinguir entre la fuente de prueba obtenida por un funcionario público o por un particular, afirmándose que no cabe excluir la prueba ilegalmente conseguida por particulares y sí la que obtengan los funcionarios públicos por los mismos procedimientos. Así lo sostienen mayoritariamente tanto la jurisprudencia como la doctrina norteamericanas, y la misma posición puede encontrarse en parte de la doctrina italiana (9) o alemana (10). No compartimos este planteamiento —que, por otra parte, tampoco es unánime, ni siquiera en la jurisprudencia norteamericana (11)— porque no tiene ninguna base lógica. No tiene sentido que se mantenga que los funcionarios, que recogen fuentes de prueba sirviendo el interés público en la averiguación de la verdad, están limitados en su labor investigadora por las restricciones que impone el debido respeto a los derechos fundamentales de la persona, interés que se considera debe prevalecer, y que los particulares, que sirven un interés privado, están sujetos a un control menor en lo que se refiere al modo en que han obtenido las fuentes de prueba que pretenden incorporar al proceso.

Es cierto que las facultades y prerrogativas que ostentan las autoridades públicas encargadas de la investigación en determinados procesos implican para los ciudadanos un mayor riesgo, pero esta circunstancia lleva consigo el que el ordenamiento regule con más detalle su actuación, que de este modo queda más restringido que la de cualquier particular —los funcionarios públicos no sólo deben respetar los derechos fundamentales en su actuación, sino que, además, deben seguir a lo largo de ésta los cauces marcados por el ordenamiento procesal—, y no el que se considere irrelevante el modo en que el particular haya encontrado o recogido la prueba que intenta hacer valer en el proceso.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que el mismo fin de interés público que sirven los funcionarios con su labor hace que el

(9) VIGORITI, Vincenzo: *Prove illicite e costituzione*, Riv. Dir. Proc., 968, p. 73.

(10) ROXIN, Claus: *Strafverfahrensrecht*, München, 1983, p. 136; de todos modos, este autor exceptúa los casos de vulneraciones extremas de los derechos humanos. DENCKER, Friedrich: *Verwertungsverbote im Strafprozeß*, Köln, 1977, pp. 97 a 99. PETRY, Horst: *Beweisverbote im Strafprozeß*, Darmstadt, 1971, pp. 80 y 81.

(11) Postura contraria mantiene, por ejemplo, VESCOVI: *Premisas para la consideración del tema de la prueba ilícita*, RDPr. 1970, pp. 359 y 360, señalando que incluso la doctrina y jurisprudencia norteamericanas han tenido vacilaciones y resoluciones contrarias a la aceptación de las pruebas obtenidas ilegalmente por particulares. También parte de la doctrina alemana se muestra contraria a su admisión; así, por ejemplo, SYDOW, Fritz. *Kritik...*, cit., pp. 100 y ss.

propio ordenamiento establezca mecanismos para que su actividad sea admisible en un proceso posterior, aunque haya implicado una merma en algún derecho fundamental no absoluto —por ejemplo, la interceptación telefónica supone, indudablemente, una ingerencia en el derecho a la intimidad personal, pero es admisible como prueba si se ha llevado a cabo con los requisitos legalmente establecidos—. Esta posibilidad está incluida para las personas privadas, por lo que ésta nunca podrá utilizar estas fuentes de prueba.

El rechazo de la segunda distinción —inadmisión o admisión según el proceso en el que tratan de hacerse valer fuentes de prueba obtenidas ilícitamente sea penal o civil— está mucho más extendido en la doctrina (12). La importancia que el ordenamiento concede al respeto a los derechos fundamentales debe conducir a dar a toda conducta que los vulnere el mismo tratamiento, independientemente del destino de la prueba. Por otra parte, si la construcción de las prohibiciones probatorias se ha desarrollado más en el ámbito del proceso penal, ha sido porque en éste era más fácil que se produjera una vulneración debido a la intervención de autoridades públicas, pero es evidente que, con mayor razón, deben existir estas restricciones en el proceso civil o laboral, donde se discuten intereses privados.

En conclusión, puede decirse que, cuando se traspasan los límites que impone el respeto debido a los derechos fundamentales, tanto sea por una autoridad pública o por un particular, para los fines de un proceso penal o de otro tipo, el ordenamiento prevé consecuencias jurídico-penales, civiles, administrativas o procesales, graduadas en base a distintos criterios, como pueden ser el derecho fundamental que se ha desconocido o la gravedad de la lesión que éste haya sufrido. Esta afirmación general se recoge, desde el punto de vista procesal, en el art. 11.1 LOPJ de 1 de julio de 1985, según el cual, «no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales»; el criterio que aquí se recoge debe, por supuesto, complementarse y matizarse en base a otras disposiciones y principios recogidos por nuestro ordenamiento. Examinaremos este punto —cuándo y en qué medida una conducta que afecte a derechos fundamentales produce efectos procesales— en un apartado posterior.

1. — Prohibiciones absolutas de métodos de investigación

En general puede decirse que cualquier método de investigación que atente contra los derechos fundamentales de la persona, recoge

(12) Así, por ejemplo, VIGORITI: *Prove...*, cit., p. 64. VESCOVI: *Premisas...*, cit., p. 359.

dos en nuestra Constitución, está prohibido en principio por el ordenamiento, aunque no exista una norma que expresamente excluya esa conducta en concreto.

Ahora bien, en esta materia es importante tener en cuenta, en primer lugar, que no a todos los derechos subjetivos reconocidos por la Constitución les otorga ésta el rango de derecho fundamental, y, en segundo término, que, ya dentro del círculo de derechos fundamentales, existen algunos que se consagran con carácter absoluto, mientras que en otros casos la protección constitucional ha de calificarse de relativa.

1.— Dentro del primer grupo hay que mencionar, como derecho que puede aparecer a menudo afectado por actividades de recogida de fuentes de prueba, el derecho a la propiedad. Afirman SÁINZ DE ROBLES y ALBÁCAR LÓPEZ (13) que el derecho a la propiedad privada es un derecho reconocido y protegido por la Constitución (art. 34), pero sin alcanzar el rango fundamental; esta postura nos parece acertada, teniendo en cuenta que este derecho no está entre aquellos que, por considerarse «elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana, justa y pacífica...» (14), gozan de una especial protección constitucional consistente en la posibilidad de recabar su tutela mediante el recurso de amparo (art. 53.2).

Por supuesto, el ordenamiento establece mecanismos para proteger este derecho contra los ataques que pueda sufrir. Se regula, en primer lugar, la protección civil, tendente a que el propietario recupere la posesión de cualquier objeto del que haya sido privado ilegalmente y, en su caso, a la obtención por éste de una indemnización por los daños y perjuicios sufridos. Para los casos más graves, se prevé la protección penal, sancionando determinados actos atentatorios contra este derecho como delitos; hay que señalar, no obstante, que es dudoso que pueda calificarse de delito contra la propiedad una conducta de apropiación de un objeto para utilizarlo como prueba en un proceso, ya que faltaría siempre el ánimo de tener el objeto como propio y parece bastante dudoso el apreciar ánimo de lucro, incluso en los supuestos de aportación a un proceso civil.

Por lo que se refiere a los casos en que la investigación está a cargo de un órgano público, el propio ordenamiento procesal se ocupa de especificar los requisitos y supuestos para que sea admisible su actividad de recogida de fuentes de prueba, cuando afecta al derecho a la propiedad privada: en el proceso penal, se establecen los

requisitos para la incautación de instrumentos y efectos del delito, libros, papeles o cualquier objeto encontrado en un registro, que se consideren necesarios para la averiguación del hecho (arts. 574 a 578 LECRIM y art. 16 de la L.O. de 26 de diciembre de 1984, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas); en el proceso civil, sólo cabe el requerimiento judicial a un tercero para que exhiba documentos privados de su propiedad exclusiva (art. 603 LEC).

Los preceptos apuntados implican que los particulares no deben realizar, en su recogida de fuentes de prueba, actividades que supongan una merma en el derecho de propiedad de otra persona y que las autoridades sólo pueden hacerlo en los supuestos y con los requisitos que la legislación procesal prevé. Fuera de estos límites, las actuaciones de investigación están prohibidas por la ley, es decir, son ilegales.

Ahora bien, el hecho de que el derecho a la propiedad privada no constituya un derecho fundamental implica que las actividades contrarias a él no podrán considerarse inconstitucionales y, en consecuencia, que en ningún caso se deriva de ellas la inadmisibilidad procesal de los elementos probatorios obtenidos como consecuencia de las mismas, ya que no hay ninguna disposición procesal que así lo establezca (15).

2.— Dentro de los derechos fundamentales, hay algunos que podrían calificarse de «absolutos», no sólo porque la Constitución los consagra sin límite alguno, sino también por la completa protección que les otorga la legislación ordinaria. En este grupo se incluyen el derecho a la vida y a la integridad física (art. 15 de la Constitución).

El art. 15 consagra estos derechos de modo absolutamente ilimitado, lo que significa que cualquier vulneración de los mismos es inconstitucional. Por otra parte, la legislación ordinaria les otorga una protección tan completa que llega incluso a vetar toda posibilidad de disposición tan completa que llega incluso a vetar toda posibilidad de disposición del derecho por parte de su titular, hasta el

(15) Lo mismo ocurre en relación con actividades de investigación atentatorias contra otros derechos no fundamentales reconocidos por la Constitución y, desde luego, contra derechos consagrados en disposiciones con rango de ley o inferior: su reparación se exigirá por vía civil, administrativa o penal, y podrá generalizarse responsabilidad civil, disciplinaria o penal contra el autor del hecho, pero no se derivará la inadmisibilidad como prueba de los elementos así recogidos, porque esto significaría desconocer el derecho a la prueba o el interés público en la averiguación de la verdad, principios que, por su importancia, sólo sufren restricciones derivadas de la protección absoluta de los derechos fundamentales o de una norma procesal expresa. Así se desprende del hecho de que el legislador haya consagrado la ineficacia de las pruebas obtenidas violentando derechos o libertades fundamentales (art. 11.1 LOPJ), y no de las pruebas ilícitas en general.

(13) SÁINZ DE ROBLES y ALBÁCAR LÓPEZ: *El derecho a la prueba*, en «Primeras jornadas de derecho judicial», Madrid, 1983, pp. 601 a 603.

(14) Sentencia del Tribunal Constitucional 25/81, de 14 de julio.

punto de que los atentados contra la vida e integridad física ajena no pierden su antijuridicidad penal por el hecho de mediar el consentimiento del ofendido (16).

Por consiguiente, está totalmente excluido cualquier método de investigación que implique la utilización de violencia física, o la amenaza de utilizarla, sobre una persona, con la finalidad de obtener la fuente de prueba (informaciones de la parte o de un tercero, entrega de un objeto de cualquier tipo...); a estos efectos, es irrelevante que el que realice esta actuación sea un funcionario público investigador o una persona privada —sea parte en el proceso o un tercero ajeno al mismo (aquí se incluyen, por ejemplo, los detectives privados)— y también quién sea el sujeto pasivo de la misma— el que sea parte en el proceso o no (por ejemplo, un testigo) y el que se trate de la persona que deba realizar la conducta exigida por el agresor o de otra distinta.

Un tema encuadrable dentro de la problemática de la protección absoluta al derecho a la vida y a la integridad personal se ha planteado en algunos países como, por ejemplo, Alemania (§ 81a StPO), cuya legislación procesal penal regula, como actividades de investigación, en determinados supuestos, el examen corporal o el análisis sanguíneo. El Tribunal Constitucional alemán tuvo que pronunciarse sobre si este método de recogida de fuentes de prueba vulneraba o no la norma constitucional que protegía estos derechos fundamentales. La conclusión fue negativa, igual que lo ha sido la del Tribunal de Derechos Humanos en su sentencia de 13 de diciembre de 1979 (17). El argumento básico parece haber sido el que la intervención corporal no revestía la suficiente importancia como para afectar al derecho a la vida o a la integridad personal; el mismo criterio nos parece aplicable para determinar en qué condiciones han de practicarse estas pruebas médicas para que no vulneren estos derechos fundamentales (persona que la lleva a cabo, lugar, medios con que se realiza, etc.).

También atenta contra estos derechos la conducta tendente a obtener fuentes de prueba mediante lo que podría considerarse violencia «psíquica», es decir, el interrogatorio de una persona que se encuentre bajo la influencia de drogas o sustancias químicas administradas contra su voluntad, ya que con ello se anula su libertad y capacidad de decisión (18).

(16) SÁINZ DE ROBLES y ALBÁCAR LÓPEZ: *El derecho...*, cit., p. 603.

(17) Véase GIMENO SENDRA, Vicente: *Valor probatorio de los métodos alcoholométricos*, «La Ley», n.º 1062, de 6-XI-84, p. 2.

(18) En este sentido, SÁINZ DE ROBLES y ALBÁCAR LÓPEZ: *El derecho...*, cit., pp. 603 y 604. También DE MARINO BORREGÓ: *Las prohibiciones probatorias como límites al derecho a la prueba*, en «Primeras jornadas de derecho judicial», Madrid, 1983, p. 614.

Cualquier actividad de búsqueda de fuentes de prueba que vulnere, de alguna de las formas apuntadas, estos derechos fundamentales absolutos es claramente inconstitucional, y de ello se deriva, como consecuencia ineludible, una prohibición probatoria, consistente en la inadmisibilidad procesal de cualquier medio de prueba que tienda a incorporar al proceso la fuente de prueba así obtenida; en este punto hay que recordar la norma contenida en el art. 11.1 LOPJ, según el cual, «no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales».

3.— Dentro del conjunto de derechos fundamentales existen algunos que podrían calificarse de «relativos», porque la protección que la Constitución les otorga no es absoluta, sino limitada. Así se desprende, como señalan SÁINZ DE ROBLES y ALBÁCAR LÓPEZ (19), no sólo del hecho de que en su proclamación se establece claramente la existencia de límites a su ejercicio —recuérdese las limitaciones que en orden al respeto a la intimidad recoge el art. 18 de la Constitución—, sino también de la circunstancia de que la disponibilidad del interesado alcanza una relevancia tan esencial que sirve para delimitar el contenido del derecho, ya que el campo de lo protegible como perteneciente a la intimidad comienza en la línea de lo que el sujeto excluye de sus relaciones con los demás y reserva como suyo.

Consecuencia de ello es, por una parte, que es posible restringir el contenido del derecho fundamental mediante una disposición legal expresa, cuando se considere que, en un supuesto concreto y específico, debe ceder ante un interés prevalente; así, por ejemplo, el derecho a la intimidad queda recortado debido a las necesidades de averiguación de la verdad a los fines de un proceso penal, puesto que se permite a las autoridades encargadas de la investigación la detención, apertura y examen de la correspondencia privada o la interceptación de las comunicaciones telefónicas; lo mismo sucede en relación con el derecho a la inviolabilidad del domicilio, que no se extiende a los supuestos en que legalmente se permite la entrada y registro en lugar cerrado. Por tanto, del contenido de estos derechos fundamentales se excluyen estas ingerencias de la autoridad de persecución penal legalmente permitidas. Esto significa que, cuando esté en juego un derecho fundamental «relativo», para determinar si ha habido o no vulneración de éste por parte de una autoridad pública, habrá que constatar previamente si se han respetado o no las restricciones de la práctica investigatoria.

Por otra parte, aun dentro del círculo protegido por el derecho fundamental (aspectos so excluidos por restricciones legales al mis-

(19) *El derecho...*, cit., p. 603.

mo), para delimitar el ámbito del derecho que se ampara constitucionalmente es preciso tomar en consideración los actos de su titular que supongan disponibilidad de todo o parte de su contenido, respecto a una o varias personas o incluso con carácter general; igualmente, quién es la persona que ha realizado actos supuestamente atentatorios (20).

Si una conducta, tendente a la búsqueda o recogida de fuentes de prueba, vulnera uno de estos derechos fundamentales «relativos» —punto que hay que decidir teniendo en cuenta no sólo la plasmación constitucional del mismo, sino también las posibles restricciones en su ámbito derivadas de la aplicación de los criterios examinados—, una prohibición probatoria derivada de ello impedirá la admisión en el proceso de cualquier medio de prueba que tenga como objetivo la incorporación al mismo de la fuente conseguida con este tipo de actuación (art. 11.1 LOPJ).

2.—*Prohibiciones relativas de métodos de investigación*

La actuación tendente a la búsqueda y recogida de fuentes de prueba para un proceso, ya sea penal o de otro orden, no sólo debe acomodarse al principio general de respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos, sino también someterse a todas aquellas disposiciones que afecten, directa o indirectamente, a la actividad investigatoria. Estas normas suponen limitaciones para el investigador, sea público o privado, y pueden regular específicamente la actuación de búsqueda y recogida de fuentes de prueba o bien consagrar en general derechos u obligaciones que supongan límites a ésta.

Hay dos categorías dentro de ellas: por un lado, las que sustraen determinadas conductas de los actos que, por afectar a derechos fundamentales, están prohibidos, basándose en la presencia de un interés público prevalente; y, por otro, las que protegen derechos o consagran obligaciones de inferior rango.

(20) En este sentido es interesante resaltar la línea de razonamiento seguida por la sentencia que ha motivado este trabajo (fundamento jurídico séptimo), cuando se trata de determinar si con la grabación de una conversación telefónica por uno de los interlocutores sin el conocimiento del otro, se produjo o no vulneración del derecho del segundo al secreto de sus comunicaciones, recogido en el art. 18.3 de la Constitución. La conclusión a la que llega es que esta vulneración no se produjo, porque el derecho al secreto de las comunicaciones no puede oponerse frente a quien tomó parte en la comunicación misma así protegida. Se afirma por el Tribunal Constitucional que «la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados, el derecho posee eficacia *erga omnes*) ajenos a la comunicación misma, y que «no hay 'secreto' para aquel a quien la comunicación se dirige».

Las segundas tienen su protección en las sanciones de carácter civil, disciplinario o incluso penal, que se establecen para el caso de incumplimiento. Los bienes y derechos que protegen no tienen la entidad suficiente como para que su desconocimiento produzca ulteriores efectos de tipo procesal, es decir, no dan lugar a prohibiciones probatorias.

Por consiguiente, vamos a centrar el análisis en el primer tipo de prescripciones que restringen la actividad investigatoria, es decir, las que toman como referencia un derecho fundamental.

Como antes señalábamos, hay determinados actos de investigación que, en principio, están excluidos debido a que suponen una ingerencia en un derecho fundamental de alguna persona. Sin embargo, si este derecho no es de aquellos a los que la Constitución configura como «absolutos», puede verse restringido cuando colisione con el interés público en la averiguación de la verdad. Esta restricción se plasma, en la práctica, mediante una disposición legal expresa que permite ciertas conductas —que, de no ser por ello, vulnerarían un derecho fundamental, con las consecuencias que esto lleva aparejadas—, siempre que tengan como objetivo la búsqueda y recogida de fuentes de prueba para los fines de un proceso, y se someten a las condiciones y requisitos que en la propia norma se determinan, con la finalidad de que esta restricción sea lo menos gravosa posible para el titular del derecho afectado y respete el «contenido esencial» del derecho fundamental.

Los destinatarios de este tipo de preceptos son siempre autoridades públicas, que tienen el deber de investigar debido a que en el proceso a cuyos fines trata de averiguarse la verdad está envuelto un interés público. Esto circunscribe los supuestos casi exclusivamente al proceso penal, aunque son concebibles también en otros órdenes jurisdiccionales.

Las autoridades de investigación penal deben acomodar su actuación a esta normativa, cuya vulneración producirá, en su caso, las consecuencias correspondientes en el ámbito ípil, administrativo o penal. En cuanto a las consecuencias procesales, el incumplimiento de estas disposiciones, que establecen las únicas condiciones en que son admisibles las ingerencias en el derecho fundamental, supone un atentado contra éste y, consecuentemente, su resultado es inadmisibles como prueba en un proceso.

Los particulares no pueden nunca realizar legalmente este tipo de conductas en su tarea de localización y recogida de fuentes de prueba, porque frente a ellos de derecho fundamental despliega toda su eficacia.

Hay distintos derechos fundamentales cuyo ámbito ha quedado legalmente restringido mediante normas que establecen las condicio-

nes en que una actividad investigatoria que, en principio, les afecta, es admisible por ser prevalente el interés público que las motiva.

Así, el derecho a la inviolabilidad del domicilio. El propio artículo 18.2 de la Constitución que lo consagra recoge sus límites: no se extiende a los casos de flagrante delito ni a los supuestos en que exista una autorización judicial para la entrada o registro. Cuándo y con qué requisitos será procedente la autorización se detalla en los arts. 545 a 573 LECRIM y en el 16 de la L.O. de 26 de diciembre de 1984, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas f de desarrollo del art. 55.2 de la Constitución.

Lo mismo ocurre en relación con el derecho al secreto de las comunicaciones, especialmente de las postales, telegráficas y telefónicas, que se consagra en el art. 18.3 con la salvedad de una resolución judicial contraria a él. Los arts. 579 a 588 LECRIM se ocupan de concretar los casos y requisitos en que esta decisión judicial es procedente.

También el derecho a la intimidad personal y familiar, al honor y a la propia imagen se garantizan por el art. 18.1 de la Constitución, pero ya la propia L.O. de 5 de mayo de 1982, de protección civil de estos derechos, establece en su art. 2.2 que no se apreciará intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por ley. Esta autorización legal existe para la interceptación, con determinados requisitos, de las comunicaciones telefónicas (artículos 192 bis y 497 bis del Código penal y 17 L.O. de 26 de diciembre de 1984). No ocurre lo mismo en relación con los demás supuestos posibles de intromisiones en estos derechos, por ejemplo, los recogidos en el art. 7 de la L.O. de 5 de mayo de 1982; se plantea aquí si serían aceptables estas conductas mediante autorización judicial, por aplicación analógica de los dispuestos para las escuchas telefónicas, o si debe excluirse esta posibilidad, debido a que las restricciones a un derecho fundamental nunca pueden extenderse por analogía y a que no existe la autorización legal expresa exigida por el art. 2.2 L.O. de 5 de mayo de 1982.

El art. 17.3 de la Constitución garantiza al detenido la asistencia de abogado, en los términos que la ley establezca, en las diligencias policiales y judiciales; asimismo dispone que no podrá ser obligado a declarar. Para determinar las repercusiones prácticas de estos derechos, hay que tener en cuenta varios puntos: en primer término, que afectan únicamente a los detenidos, es decir, que las restricciones que suponen en la actividad de búsqueda y recogida de fuentes de prueba no se imponen a cualquier conversación o declaración, sino únicamente a aquellas que tengan lugar cuando una persona se encuentre detenida o presa; en segundo lugar, que la asistencia de abogado sólo se garantiza en los términos que la ley establezca, es decir,

de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 520 y 527 LECRIM; y, por último, que el respeto al derecho a no declarar consiste exclusivamente en la advertencia al detenido de que tiene derecho a guardar silencio (21).

III.— CONSECUENCIAS PROCESALES DE LA VULNERACIÓN DE LAS PROHIBICIONES DE INVESTIGACIÓN

La infracción de restricciones impuestas a la actividad de investigación no tiene siempre los mismos efectos en relación con la incorporación al proceso de su resultado, a través de cualquiera de los medios de pruebas admitidos en nuestro Derecho. La relevancia procesal de la antijuridicidad de esta conducta depende del bien jurídico protegido por la norma vulnerada.

Esta es también la postura mantenida por el Tribunal Constitucional en la sentencia mencionada, ya que afirma, en su Fundamento Jurídico 2.º, que «...no existe un derecho fundamental autónomo a la no recepción jurisdiccional de las pruebas de posible origen antijurídico. La imposibilidad de estimación procesal puede existir en algunos casos, pero no en virtud de un derecho fundamental que pueda considerarse originariamente afectado, sino como expresión de una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales, cuya vigencia y posición preferente en el ordenamiento puede requerir desestimar toda prueba obtenida con lesión de los mismos»; como conclusión de este razonamiento, declara la sentencia que «Hay, pues, que ponderar en cada caso los intereses en tensión para dar acogida preferente en su decisión a uno u otro de ellos (interés público en la obtención de la verdad procesal e interés, también en reconocimiento de plena eficacia a los derechos constitucionales. Existe, por tanto, un derecho constitucional a la desestimación de la prueba ilícita».

Frente a las posturas extremas, que proclaman la inadmisibilidad procesal de cualquier fuente de prueba obtenida de forma ilícita (22),

(21) Es cierto que el art. 24.2 de la Constitución reconoce, sin las limitaciones expuestas, el derecho a la asistencia de letrado, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, así como a no declarar sobre hechos presuntamente delictivos, por razón de parentesco o de secreto profesional; sin embargo, éstas son garantías que protegen a cualquier persona involucrada en un proceso dentro de éste, como se deduce claramente del contexto. Las garantías propias de los estadios previos al proceso se recogen en otras normas constitucionales (por ejemplo, en los arts. 17 y 18).

(22) Esta es la posición adoptada por diversos autores, tanto españoles —MANRESA Y NAVARRO (Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Madrid,

por un lado, y las de los que afirman la total irrelevancia que, desde el punto de vista del proceso, tiene el modo en que se haya conseguido la prueba que trata de incorporarse al mismo, por otro (23), parece mucho más razonable la de sostener que el tema debe resolverse ponderando los intereses en conflicto, para determinar cuál de ellos ha de prevalecer (24).

El interés público en la averiguación de la verdad y el derecho a la tutela judicial, en el que se incardina el derecho de las partes a la prueba, son bienes jurídicos que se protegen en nuestro ordenamiento como derechos fundamentales. En consecuencia, las fuentes de prueba obtenidas con violación de bienes jurídicos de menor entidad deben ser admitidas al proceso, sin perjuicio de las sanciones de orden civil, administrativo o incluso penal, que puedan proceder contra la persona responsable.

1929, vol. III, p. 268); MONTÓN REDONDO (*Los nuevos medios de prueba y la posibilidad de su uso en el proceso*, Salamanca, 1977, pp. 204 y ss.); SILVA MELERO (*La prueba procesal*, Madrid, 1964, vol. I, pp. 67 a 71); también el art. 549 de la *Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas, Madrid, 1974), que afirma tajantemente que «el tribunal no admitirá los medios de prueba que se hayan obtenido por la parte que los proponga o por terceros empleando procedimientos que a juicio del mismo se deban considerar reprobables según la moral (!) o atentatorios contra la dignidad de la persona»—, como extranjeros —ALLORIO (*Efficacia di prove ammesse ed esperite in contrasto con un divieto di legge?*, en *Giurisprudenza Italiana*, 1960, I, 2, p. 870); VESCOVI (*Premisas...*, cit., p. 358); o CARNELUTTI (*Ancora sulla inefficacia dei documenti dolosamente sottratti*, Riv. Dir. Proc., 1957, pp. 337 y ss.)—.

(23) Así lo afirman autores como GUASP (*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1947, t. II, vol. 1.º pág. 583); MUÑOZ SABATÉ (*Técnica probatoria*, Barcelona, 1967, p. 80); PETRY (*Beweisverbote...*, cit., pp. 83 y ss.) o SCHONKE (*Límites de la prueba en el Derecho Procesal*, RDPr., 1955, p. 373).

(24) Esta es la postura mayoritaria, en algunos autores plasmada de modo explícito —así, SÁINZ DE ROBLES y ALBÁCAR LÓPEZ (*El derecho...*, cit., pp. 600 y ss.)—, en otros derivada del hecho de que, mostrándose contrarios a la admisibilidad de la prueba ilícita, sólo entienden por tal la que atenta contra derechos fundamentales—, por ejemplo, DEVIS ECHANDÍA (*Nuevo procedimiento civil colombiano*, Bogotá, 1970, p. 126) o SERRA DOMÍNGUEZ (*Comentarios al Código civil (art. 1215)*, Madrid, 1981, t. XVI, vol. 2, pp. 90 y 91)—. Curiosamente puede encontrarse un autor como PETRY (*Beweisverbote...*, cit., pp. 28 y ss.), que, manteniendo que el tema debe resolverse teniendo en cuenta el fin procesal de la prohibición infringida, afirma que sólo aquellas que persiguen la mejor averiguación de la verdad y la justicia de la sentencia («prohibiciones de prueba jurídico-procesales») tienen como consecuencia la imposibilidad de tomar en consideración su resultado; según este autor, la vulneración de las que pretenden salvaguardar posiciones jurídicas dignas de protección de intromisiones injustificadas («prohibiciones de prueba generales») significan una lesión de los derechos extraprocesales protegidos por ellas, lesión que ya se ha producido y que no puede ser reparada por el establecimiento de una prohibición de toma en consideración que, por tanto, no tendría sentido.

Como señalan SÁINZ DE ROBLES y ALBÁCAR LÓPEZ (25), no se deriva una prohibición probatoria de las infracciones a las leyes, disposiciones de rango inferior y órdenes de la autoridad que protejan intereses difusos, de carácter público o privado (por ejemplo, normas de carácter fiscal, normas de carácter administrativo, en materia de sanidad, transportes, medio ambiente, etc.; órdenes de autoridades administrativas, judiciales o de otra clase, dictadas en el ejercicio de sus funciones). Tampoco se excluye la admisibilidad de una prueba cuando se haya obtenido vulnerando normas jurídicas, de las que se deriven derechos subjetivos en favor de titulares concretos y determinados, que resultan dañados por el acto de investigación; el supuesto más frecuente será el de infracción del derecho de propiedad al recoger una fuente de prueba para su posterior incorporación al proceso; tratándose de un derecho protegido por nuestra Constitución (art. 34), no alcanza el rango de derecho fundamental, por lo que debe ceder frente al derecho a la tutela judicial y al interés público en la averiguación de la verdad.

Pero mientras las normas protectoras de estos bienes jurídicos limitan su eficacia a su propia esfera, es decir, proporcionan una protección de carácter civil, administrativo o penal, la obertura de los derechos fundamentales consagrados por la Constitución impregna la totalidad del ordenamiento jurídico, y cualquier ataque a los mismos produce efectos en todos los ámbitos. Y ello no en defensa del interés privado del titular del derecho vulnerado, sino del interés público de que estos derechos, que se recogen en la Constitución como pilares básicos del ordenamiento de la comunidad, sean respetados en todo momento.

Esto significa que los medios de prueba tendentes a la incorporación al proceso de fuentes de prueba para cuya localización o recogida se haya conculcado un derecho fundamental, son inadmisibles, es decir, que existe una prohibición probatoria que hace inaceptable ese medio de prueba, no por sí mismo, sino por el acto del que se deriva.

Resulta excepcional encontrar en los ordenamientos una norma que establezca expresamente la inadmisibilidad de las pruebas cuya obtención haya implicado vulneración de un derecho fundamental; la doctrina y la jurisprudencia han deducido esta consecuencia directamente de la disposición constitucional garantizadora del derecho individual. Así ha sido en el Derecho de países de «common law», como el norteamericano (26), y también en Derecho continental, como

(25) SÁINZ DE ROBLES y ALBÁCAR LÓPEZ: *El derecho...*, cit., pp. 600 a 603.

(26) Es interesante señalar que, en Derecho inglés, la postura de los tribunales es mantener que la prueba obtenida de modo ilegal o contrario a la

el alemán, francés o italiano. Es interesante señalar que, en este último, la doctrina jurisprudencial ha obligado a un cambio legislativo: la sentencia de la Corte Constitucional de 6 de abril de 1973, referente a la no admisibilidad como prueba de una interceptación telefónica ilegal, sentó el principio general de que las conductas que atenten contra los derechos fundamentales, no pueden basar actos procesales a instancia de la persona responsable de las actuaciones inconstitucionales; esta sentencia motivó una reforma del *Codice di Procedura Penale* (Ley n. 98, de 8 de abril de 1974), que, entre otros puntos, introdujo el art. 226 *quinquies*, en el que se establece la imposibilidad de tomar en consideración el resultado de las interceptaciones telefónicas que no respeten los requisitos legales.

Tampoco existía esta norma expresa en el ordenamiento español en el momento en que se dictó la sentencia a que nos venimos refiriendo. A pesar de eso, el Tribunal Constitucional afirmó que «...deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de 'inviolables' (art. 10.1 de la Constitución) la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental o una libertad fundamental»; éstos no son sólo derechos subjetivos de los ciudadanos, sino también «elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana, justa y pacífica...», y constituye una garantía objetiva de este orden de libertad, articulado en los derechos fundamentales, «la nulidad radical de todo acto —público o, en su caso, privado— violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título I de la Constitución y de la necesidad institucional por no confirmar,

equidad es jurídicamente admisible, por ser relevante y no contraria a las reglas materiales, pero que puede ser excluida por el juez en ejercicio de su discrecionalidad (facultades del juez para que el juicio se desarrolle equitativamente para todas las partes); para decidir este punto, el juez ha de sopesar la gravedad del delito, la posición del acusado y los métodos utilizados, y puede excluirla cuando considere que el efecto perjudicial de la prueba sobrepasa su valor probatorio; pero, con exclusión de las pruebas obtenidas del acusado después de la comisión del delito (declaraciones, documentos, etc.), el juez no puede excluir pruebas por el hecho de que se hayan obtenido con métodos impropios o contrarios a la equidad —MURPHY, Peter: *A practical approach to evidence*, London, 1984, pp. 22 a 27; CROSS, Rupert: *Evidence*, London, 1969, pp. 266 a 269—. En Derecho norteamericano, en cambio, se ha fundamentado la inadmisibilidad en que un convencimiento basado en pruebas obtenidas con medios ilegales es una vulneración del proceso debido («due process of law»), garantizado por la Cuarta Enmienda de la Constitución (ver, por ejemplo, KARLEN, Delmar: *Angloamerican criminal justice*, Oxford, 1967, pp. 129 a 134.

reconociéndolas efectivas, las contravenciones de los mismos derechos fundamentales».

El legislador ha tenido el acierto de recoger esta doctrina del Tribunal Constitucional en una norma (art. 11.1 LOPJ) que, *con carácter general*, consagra la inadmisibilidad procesal de los medios de prueba para cuya obtención se haya vulnerado alguno de los derechos fundamentales consagrados por la Constitución, colocándose así como uno de los ordenamientos más perfeccionados en esta materia.

Sentado este punto, hay que añadir que, según la doctrina del Tribunal Constitucional, la incorporación al proceso de una fuente de prueba que debía haberse rechazado, siguiendo los criterios antes expuestos, constituye en sí misma un ataque a las garantías constitucionales, por lo que esta actuación jurisdiccional puede ser puesta de manifiesto por la vía del recurso de amparo. Afirma, en efecto, la sentencia aludida que «...constatada la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, su recepción procesal implica una ignorancia de las «garantías» propias al proceso (art. 24.2 de la Constitución) implicando también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio (art. 14 de la Constitución), desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio a los derechos fundamentales de otro. El concepto de «medios de prueba pertinentes» que aparece en el mismo art. 24.2 de la Constitución pasa, así, a incorporar, sobre su contenido esencialmente técnico-procesal, un alcance también sustantivo, en mérito del cual nunca podrá considerarse «pertinente» un instrumento probatorio así obtenido».

Con este planteamiento, se establece un fundamento común a las dos grandes categorías de prohibiciones probatorias a las que aludíamos al principio de este trabajo: las derivadas de restricciones relativas a actos de investigación y las que resultan de restricciones relacionadas con la incorporación de las fuentes de prueba al proceso. En ambos casos son consecuencia de infracciones a las garantías del proceso o a los derechos fundamentales de las partes en el proceso, si bien en el primer supuesto el ataque no es debido al modo en que se realiza la conducta de incorporación al proceso de las pruebas, sino al hecho de haber considerado que algo jurídicamente inexistente —el resultado de un acto que vulnera un derecho fundamental es radicalmente nulo— es una fuente de prueba válida.

En consecuencia, la vulneración de derechos fundamentales en la recogida de material probatorio tiene como resultado el rechazo en el proceso de cualquier medio de prueba que trate de incorporar al mismo las fuentes de prueba así conseguidas. Según el art. 11.1

LOPJ, «no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales».

Plantea un importante problema, de graves consecuencias, el determinar el significado que tiene la expresión legal «directa o indirectamente», específicamente saber si con eca se ha consagrado la doctrina de los efectos reflejos o indirectos de las prohibiciones probatorias. Se trata de una construcción de la jurisprudencia norteamericana, conocida como la «fruit of the poisonous tree doctrine» (doctrina del fruto del árbol venenoso), que mantiene que la ineficacia derivada de la infracción de un derecho fundamental en la investigación de los hechos, extiende sus efectos a la actuación de búsqueda y recogida de otras fuentes de prueba, totalmente legal en sí, pero basada en conocimientos obtenidos gracias a los actos que, por inconstitucionales, han perdido toda eficacia (por ejemplo, considerar inadmisibles en el proceso el arma del crimen, con las huellas dactilares del inculpado, debido a que su hallazgo ha sido posible gracias a los datos conseguidos escuchando una conversación telefónica, interceptada incumpliendo los requisitos legales) (27).

Este planteamiento se discute por gran parte de la doctrina, puesto que implica restricciones, que muchos consideran excesivas, para la búsqueda de la verdad y el derecho a la prueba. Además, ofrece un camino por el que, con relativa facilidad, puede provocarse la nulidad de los actos de investigación y la consiguiente imposibilidad de incorporar sus resultados al proceso, llegando así a una situación totalmente injusta: basta con inducir a la persona que está buscando y recogiendo las fuentes de prueba a que incumpla alguno de los requisitos legales, previstos para que la actuación restrictiva de un derecho fundamental sea admisible, para invalidar toda su labor posterior de investigación derivada, en mayor o menor medida, de las informaciones obtenidas con la conducta irregular.

Cierto que podría alegarse, como argumento favorable a los efectos reflejos de la vulneración de derechos fundamentales, por un lado que la solución contraria podría inducir a conductas de este tipo para conseguir datos y, por otra parte, que con ello pueden per-

(27) *Silverthorne Lumber Co. v. United States* —251 U.S. 385, 40 S.Ct. 182, 64 L. Ed. 319 (1920)—; *Nardone v. United States*— 308 U.S. 338, 60 S.Ct. 266, 84 L.Ed. 307 (1939)—; *Wong Sun v. United States* —371 U.S. 471, 83 S.Ct. 407, 9 L.Ed. 2d 441 (1963)—; etc. Una recopilación de los casos más significativos en relación con la «fruit of the poisonous tree doctrine» puede verse en KAMISAR, LA FAVE e ISRAEL: *Basic criminal procedure*, St. Paul, Minn. 1974, pp. 698 y ss. Por el contrario, en los tribunales ingleses se mantiene que los hechos descubiertos como consecuencia de confesiones inadmisibles, pueden claramente aceptarse como prueba si puede establecerse su relevancia sin apoyarse en una parte de la confesión (CROSS: *Evidence*, cit., pp. 263 a 266).

der efectividad las prohibiciones probatorias, ya que es un mecanismo que permite burlarlas.

En nuestra opinión, la responsabilidad civil, administrativa y penal que puede derivarse de una actuación atentatoria contra derechos fundamentales es lo suficientemente grave como para disuadir al investigador de una conducta con estas características, que no pretenda recoger fuentes de prueba, sino únicamente conseguir unas eventuales informaciones. Por otro lado, el carácter de inviolable que nuestro ordenamiento asigna a los derechos fundamentales, tiene como consecuencia la nulidad de los actos atentatorios contra ellos —y ello ya es bastante grave—, pero no está nada claro que se deriven también efectos respecto a actos que, jurídicamente, son totalmente independientes de los primeros; no admitir un medio de prueba al proceso porque el acto de recogida de la fuente es nulo es una cosa, pero no admitirlo por el hecho de que, siendo totalmente válida la conducta de recogida de la fuente probatoria, la información que pudo haberla motivado se haya obtenido como consecuencia de una actuación atentatoria contra un derecho fundamental es otra muy distinta. Los procesos mentales o las fuentes de información del investigador no pueden ser rastreados indefinidamente hacia atrás hasta comprobar su absoluta «pureza», o dicho de otra forma, el efecto anulatorio derivado del carácter inviolable de los derechos fundamentales no puede mantenerse indefinidamente, sin que importen los actos interpuestos.

En cualquier caso, consideramos que el art. 11.1 LOPJ no supone la consagración legal de los efectos reflejos de las prohibiciones probatorias. La norma priva de efectos a las pruebas obtenidas violentando los derechos fundamentales directa o indirectamente, pero parece claro que los actos de investigación, realizados conforme a la ley, aunque motivados por informaciones conseguidas como consecuencia de una conducta inconstitucional, no suponen una vulneración indirecta de un derecho o libertad fundamental, ya que no implican una restricción al mismo a través de otros actos interpuestos —así, siguiendo con el ejemplo anterior, la labor de búsqueda e incautación del arma del crimen no significa ninguna restricción del derecho a la libertad de comunicaciones, ni siquiera indirecta—.

En consecuencia, si el sentido de la norma no es proclamar la inadmisibilidad procesal de «los frutos del árbol envenenado», es preciso determinar cuál es su significado. En nuestra opinión, para interpretarla es preciso recordar la distinción, que apuntábamos al principio del presente trabajo, entre las prohibiciones probatorias derivadas de la vulneración de derechos fundamentales en la admisión o práctica de los medios de prueba en el proceso, y las resultantes de conductas que violen estos derechos en la labor previa de búsqueda.

queda y recogida de las fuentes de prueba. El desconocer las primeras supondría un atentado directo contra los derechos o libertades básicos, mientras que ignorar las segundas atentaría indirectamente contra ellos, en concreto, contra los derechos a un proceso con todas las garantías y a la igualdad, según afirma la sentencia del Tribunal Constitucional a que venimos haciendo referencia. Y este ataque es indirecto porque no se produce con el mero acto de admitir y tomar en consideración un medio de prueba en el proceso, ya que éste se realiza con todos los requisitos legales, sino de modo mediato, como consecuencia de los actos de consecución de las fuentes de prueba, que por inconstitucionales son nulos.

El no interpretar de este modo el art. 11.1 LOPJ conduciría al absurdo de sostener que el legislador se ha ocupado de consagrar la nulidad de los actos de localización y recogida de las fuente de prueba atentatorios contra derechos fundamentales —incluso para los que fueran en sí correctos, pero se basaran en informaciones obtenidas con vulneración de los mismos—, y sin embargo, no ha prestado la menor atención a la posibilidad de que el ataque se produzca ya dentro del proceso (en la admisión o práctica del medio de prueba).

IV. — TRATAMIENTO PROCESAL

El art. 11.1 LOPJ establece, como sanción procesal a la conducta probatoria que atente contra un derecho o libertad fundamental, el que estas pruebas «no surtirán efecto». Esto significa que la consecuencia de que se haya infringido una prohibición probatoria derivada de la protección de los derechos básicos, consiste en que los elementos que con ello se incorporan al proceso no pueden fundamentar el convencimiento del juez, no pueden servir de base al fallo de la sentencia que resuelva el litigio.

Esta ineficacia no sólo tiene relevancia en el momento de la sentencia, sino que puede eventualmente reflejarse en una fase anterior —inadmisión de los medios de prueba que pretendan incorporar al proceso fuentes obtenidas vulnerando derechos fundamentales— o posterior a éste —recurribilidad de la resolución que haya tomado en consideración estas pruebas indebidamente—.

Cuando la prohibición probatoria sea consecuencia de la actuación de búsqueda o recogida de las fuentes de prueba, que tiene lugar antes de la fase probatoria del proceso, la imposibilidad de fundamentar la sentencia en su resultado conduce a la inadmisión de los medios de prueba que pretendan incorporarlo al proceso.

El juez, en cuanto tenga conocimiento de las circunstancias en que se desarrolló la investigación, debe rechazar de oficio esta prueba, ya que la naturaleza imperativa de las normas que establecen la prohibición probatoria así lo impone (28); lo que ocurre es que normalmente es difícil que el juez llegue a saber cómo se recogieron las fuentes de prueba si no es porque la parte perjudicada se lo pone de manifiesto. Por tanto, la situación más frecuente será que el interesado se oponga a la admisión de un medio de prueba propuesto por la otra parte, alegando que con ello se vulneraría la prohibición probatoria que impide la incorporación al proceso de las pruebas obtenidas con infracción de los derechos fundamentales; complemento necesario, en muchos casos, para que esta afirmación fuera aceptada por el juez sería la proposición de medios de prueba por la parte, para acreditar la verdad de lo que alega, pero el problema es que, en nuestro ordenamiento, no hay oportunidad procesal de practicar prueba sobre la admisibilidad de la prueba. Una dificultad adicional, para la inserción en el sistema procesal español de las prohibiciones probatorias, se deriva del hecho de que las resoluciones probatorias, se deriva del hecho de que las resoluciones en que se admiten medios de prueba propuestos por las partes son irrecurribles, según nuestras leyes de enjuiciamiento (así, art. 567, I LEC o art. 659, III LECRIM).

Por supuesto, puede ocurrir que, a pesar de la prohibición, se admita y practique un medio de prueba que debería haber sido excluido. La misma situación existe cuando la prohibición vulnerada consista precisamente en la inadmisibilidad de un medio de prueba —porque en sí mismo infringe un derecho fundamental— o en la imposibilidad de practicar una prueba si no se respetan los requisitos legales —que pretenden que la actuación restrinja lo menos posible un derecho fundamental—.

En estos casos, las pruebas practicadas «no surtirán efecto», es decir, el juez no las tomará en consideración cuando decida el litigio. Esta irrelevancia puede ser apreciada de oficio por el juez en cualquier momento, aunque lo más lógico es que se percate de ello en la operación de valoración de la prueba. Cuando se trata de vulneraciones de derechos fundamentales producidas en la fase probatoria del proceso, el juzgador tiene en su mano todos los datos para constatarlas —la práctica de las pruebas se reflaja en los autos—, por lo que no plantea ningún problema la apreciación de oficio. Por el contrario, es difícil que lluegue el convencimiento sin que lo ponga de relieve la parte, de que un medio de prueba admitido y practicado

(28) DE MARINO: *Las prohibiciones...*, cit., p. 618. VESCOVI: *Premisas...*, cit., p. 363. DENCKERS *Verwertungsverbote...*, cit., pág. 135.

no debe ser tomado en consideración, porque las fuentes de prueba que incorpora al proceso se obtuvieron violando derechos o libertades fundamentales.

También las partes pueden pedir al juez que no tome en consideración estas pruebas en cualquier momento del proceso, especialmente en sus conclusiones, cuando realizan su valoración de las pruebas practicadas. Cuando se alegue que la vulneración del derecho se ha producido durante la fase probatoria, no se necesita que se realice ninguna actividad tendente a comprobar la veracidad de las afirmaciones de la parte, sino que basta con que el juez valore lo que se refleja en los autos. Lo contrario ocurre cuando se alega la violación de derechos fundamentales en la fase de recogida de fuentes de prueba; como ya ha pasado el momento procesal para que las partes propongan medios de prueba, la única forma de que el juez pueda verificar si esta violación existió o no es haciendo uso de las diligencias para mejor proveer.

Las partes pueden pedir al juez que no tenga en cuenta determinada prueba porque supone una vulneración, directa o indirecta, de un derecho o libertad fundamental, independientemente de que sean o no titulares del derecho infringido. La cualidad de inviolable, propia de los derechos fundamentales, tiene como consecuencia de nulidad de los actos atentatorios contra los mismos; en este mismo sentido hay que interpretar la expresión del art. 11.1 LOPJ de que estas pruebas «no surtirán efecto». El carácter de nulo de un acto procesal puede ser puesto de manifiesto siempre por las partes, independientemente de que las normas infringidas trataran de proteger sus derechos o los de otra persona.

Una vez que el juez ha llegado al convencimiento de que un determinado medio de prueba no debe surtir efecto porque supone una violación, directa o indirecta, de un derecho o libertad fundamental, parece fácil resolver el tema señalando que lo que debe hacer es no tenerlo en cuenta para resolver. Sin embargo, en la práctica, es difícil que el juez pueda borrar totalmente de su mente una serie de datos que han llegado a su conocimiento, y adoptar una decisión con la misma disposición mental que tendría si nunca hubiese oído hablar de ellos. Tal vez esto sea factible si esta prueba es la única relevante: como no tiene valor, el juez debe considerar que no se han probado los hechos alegados y obrar en consecuencia. Pero lo normal es que se hayan aportado varias pruebas, todas relacionadas entre sí; ¿cómo separar un sólo elemento del complejo entramado resultante? ¿cómo saber cuál sería la fuerza de convicción que tendrían las restantes pruebas si no hubieran llegado al conocimiento del juez al mismo tiempo que la excluida?

Tal vez formalmente pueda el juez llegar a una decisión sin que la prueba excluida aparezca en su fundamento, pero es difícil creer que realmente habrá conseguido evitar que ésta haya tenido alguna influencia en su toma de postura frente a los hechos discutidos en el proceso.

En este punto, la doctrina extranjera se ha pronunciado por la recusación del juez (29): la única posibilidad de asegurarse de que la prueba excluida no va a tener ninguna influencia en la formación de la sentencia es repetir la fase probatoria ante otro juez; se trata de un supuesto de sospecha acerca de su parcialidad, parecido al del conocimiento privado del juez. Esta misma postura se ha mantenido en la doctrina española (30); DE MARINO afirma que una perspectiva realista conduce a la recusación del juez: un juez que ha conocido un hecho a través de una prueba prohibida es un juez sospechoso, y deberá abstenerse o podrá ser recusado, porque su mente no podrá actuar libre del convencimiento obtenido con la mencionada prueba.

Esta solución puede tal vez considerarse un poco drástica, pero parece la única realista, ya que evita, no sólo desde el punto de vista formal, sino también desde el material, que una prueba prohibida, integrada en un conjunto de pruebas admisibles, se excluya de verdad del proceso y no tenga influencia alguna en el resultado de éste. Esta idea se coordina perfectamente con lo expresado por el Tribunal Constitucional en la sentencia reseñada (Fundamento Jurídico quinto), cuando afirma que «La lesión hipotética que aquí se considera no se puede descartar... por el hecho... de que la prueba tachada de ilegítima no hubiera sido la única llevada al juicio, ni el solo instrumento, por lo tanto, a partir del cual formó su convicción y posterior decisión el juzgador. No se trata ya sólo de que en el presente recurso, estemos, más que ante dos pruebas distintas, ante lo que en rigor cabe llamar un 'concurso instrumental' (prueba documental y sobre ella, pruebas testificales) en el que resulta discutible la independencia de cada instrumento respectivo. Se trata, sobre todo, de que la valoración de estos instrumentos se producirá siempre por el juez de modo sintético, una vez admitidos, con la consecuencia de que la garantía aquí considerada seguiría estando lesionada desde el momento en el que pasase a formar parte de ese elenco de medios probatorios el que aparece viciado de inconstitucionalidad en su formación misma».

El único problema es que esta circunstancia no se incluye específicamente en las listas legales de las causas de abstención y recu-

(29) Así, por ejemplo, SYDOW: *Kritik...*, cit., pp. 118 y 119.

(30) DE MARINO: *Las prohibiciones...*, cit., pp. 619 y 620.

sación. Tal vez pueda considerarse que, por analogía, se corresponde con las situaciones recogidas en el art. 219.10 LOPJ, puesto que, si haber sido instructor de la causa o haber fallado el pleito en una instancia anterior son razones para que el juez deba abstenerse, es debido a que se duda de que, habiéndose formado previamente una opinión sobre el asunto, pueda prescindir totalmente de ella y formar su convencimiento sobre otra base.

Si, a pesar de la taxativa orden del art. 11.1 LOPJ, la sentencia se ha dictado tomando en consideración una prueba que no debería haber surtido efecto, esta resolución puede ser revocada, mediante la utilización de los recursos que contra la misma procedan —siempre, claro está, que los hechos que se consideran acreditados en base a estas pruebas, sean relevantes para el fallo—.

En esta materia, el problema que puede plantearse es la posibilidad de examinar en casación la indebida utilización por el juez de una prueba obrante en autos, sobre todo la cuestión del motivo de casación que pueda servir de cauce a esta alegación de la parte.

En el proceso civil, la reforma de 1984 permite claramente que una sentencia que haya partido de una prueba que debió excluirse pueda ser atacada en casación: se tratará de una errónea fijación de los hechos probados, consecuencia de una errónea apreciación de las reglas de la prueba; por ello el motivo a alegar es el número 5.º del art. 1692 LEC, denunciando la infracción del art. 11.1 LOPJ.

En el proceso laboral, parece lo más adecuado el utilizar el motivo 1.º del art. 168 LPL (violación de la ley aplicable al caso), poniendo de manifiesto la infracción del art. 11.1 LOPJ. No obstante, es nido la postura de que la ley infringida ha de ser material y que no preciso tener en cuenta el hecho de que la jurisprudencia ha mantenido alegar por esta vía la vulneración de normas procesales (31). Si el Tribunal Supremo sigue en esta línea, caben dos posibilidades: En primer lugar, ampararse en el motivo 5.º del art. 168 LPL (error de derecho en la apreciación de las pruebas), puesto que se ha vulnerado una norma en que se establece el valor de un medio de prueba —el art. 11.1 LOPJ dispone que las pruebas obtenidas violentando derechos o libertades fundamentales no surtirán efecto, lo que signi-

(31) Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1969 (RA 1970/585); de 17 de junio de 1970 (RA 3074); de 1 de enero de 1972 (RA 437). Hay que señalar que, en el caso que dio lugar a la sentencia del Tribunal Constitucional que se comenta en este trabajo, se utilizó la vía del art. 168.1.º LPL, pero alegando como violado directamente el art. 18,3 de la Constitución (véase la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1984, RA 878); la sentencia del Tribunal Constitucional deja bien claro que la admisión de la prueba o su toma en consideración en la sentencia no suponen vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (fundamento jurídico primero).

fica que el juez no ha de darles ningún valor—. En segundo término, cabe recurrir en base al motivo 1.º del art. 167, pero afirmando el desconocimiento por el juez de las garantías propias del proceso (art. 24.2 de la Constitución) y de la igualdad de las partes en el juicio (art. 14 de la Constitución), derechos que, según la sentencia del Tribunal Constitucional comentada (fundamento jurídico quinto), se vulneran con la recepción procesal de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales; lo único que ocurre es que, con este planteamiento, el art. 11.1 LOPJ resulta superfluo desde el punto de vista de la casación.

Pero es en el proceso penal donde resulta más problemático determinar el motivo de casación a emplear, porque la LECRIM utiliza una delimitación de ellos más restrictiva que en el proceso laboral. El primer lugar, el número 1.º del art. 849 especifica que el precepto penal infringido ha de ser de carácter sustantivo; y, en segundo término, no se recoge el error de derecho en la apreciación de la prueba (cosa lógica, dado que en el proceso penal rige el sistema de prueba libre).

El Tribunal Constitucional no se ha pronunciado sobre el tema, pero sí ha examinado un problema paralelo: el planteado por el motivo de casación a través del cual puede alegarse la infracción de la presunción de inocencia. En su sentencia 56/1982, de 26 de julio (32), empieza por afirmar el carácter procesal de la presunción de inocencia —«no incide directa ni indirectamente sobre la tipificación de los delitos o faltas o sobre la definición de las responsabilidades de los inculcados, sino que impone la necesidad de que esta responsabilidad quede probada»; lo mismo puede decirse respecto de la naturaleza de las prohibiciones probatorias—, por lo que no cabe alegar el n.º 1.º del art. 849 LECRIM. Tampoco puede utilizarse la vía del quebrantamiento de forma, pues el supuesto no es subsumible en las enumeraciones de los arts. 850 y 851 LECRIM —que se refieren a vicios «in procedendo», y no a vicios «in iudicando», como es el caso tanto de las vulneraciones de la presunción de inocencia, como de las prohibiciones probatorias—. El Tribunal Constitucional ha tenido que optar por el único cauce legal posible que quedaba, es decir, por el número 2.º del art. 849, si bien para ello ha tenido que forzar la interpretación de esta norma, señalando que, «a los solos efectos de la presunción de inocencia... hay que atribuir el rango de documento auténtico —la resolución es anterior a la reforma de la

(32) Seguida por otras resoluciones del Tribunal Supremo: Auto de 27 de enero de 1982 (RA 150); Auto de 13 de abril de 1982 (RA 4645); sentencia de 26 de noviembre de 1982 (RA 7205); sentencia de 27 de septiembre de 1982 (RA 4969).

Ley de 27 de marzo de 1985, en que desaparece la exigencia de autenticidad del documento—, al menos desde el punto de vista extrínseco o formal a todas las actuaciones practicadas». Una interpretación análoga será necesaria para hacer posible que el Tribunal Supremo pueda entrar a examinar los hechos declarados probados por el tribunal de instancia, cuando incorrectamente haya tomado en consideración pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales.

Por último, hay que señalar que, de acuerdo con la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en la sentencia que ha servido de punto de partida a este trabajo, es posible recurrir en amparo frente a la ignorancia jurisdiccional del principio de inadmisibilidad en el proceso de las pruebas obtenidas vulnerando derechos o libertades fundamentales, ya que con esta conducta se afectan derechos amparables en vía constitucional. «Tal afectación se da» —afirma el fundamento jurídico quinto— «y consiste, precisamente, en que, constatada la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, su recepción procesal implica una ignorancia de las 'garantías' propias al proceso (art. 24.2 de la Constitución) implicando también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio (art. 14 de la Constitución), desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio a los derechos fundamentales de otro. El concepto de 'medios de prueba pertinentes' que aparece en el mismo art. 24.2 de la Constitución pasa, así, a incorporar, sobre su contenido esencialmente técnico-procesal, un alcance también sustantivo, en mérito del cual nunca podrá considerarse 'pertinente' un instrumento probatorio así obtenido».

El recurso de amparo es, pues, otro instrumento jurídico que la parte puede utilizar para privar de efectos una resolución judicial en que se haya tomado en consideración un medio de prueba que, en sí o por el modo de obtención de la fuente de prueba que con él quiera incorporarse al proceso, haya vulnerado derechos o libertades fundamentales.

EVALUACION PROVISIONAL DE UNA INVESTIGACION EMPIRICA TRASCENDENTE PARA EL MEJORAMIENTO DEL SERVICIO DE JUSTICIA *

ROBERTO O. BERIZONCE
Instituto de Derecho Procesal
Universidad Nacional de La Plata
La Plata, Argentina

SUMARIO:

I. En la búsqueda de la eficacia en concreto del sistema de justicia. — II. Las investigaciones empíricas acerca del funcionamiento del aparato jurisdiccional. — III. La duración del proceso: 1. Promedio general de duración de los procesos sumarios; 2. Análisis particularizado de algunas de las principales causas de retardo: 2.1. Inactividad procesal por falta de impulso (de parte o del órgano); 2.1.1. Demora de hecho, por suspensión convencional de los plazos y otras causas; 2.2. Demora proveniente de los incidentes; 2.3. Demora derivada de la producción de algunas pruebas; 2.3.1. Prueba de informes; 2.3.2. Prueba de peritos. — IV. Actuación del órgano jurisdiccional: 1. Etapa constitutiva del proceso; 1.1. Rechazo «in limine» de la demanda; 1.2. Declaración oficiosa de incompetencia; 1.3. Integración oficiosa de la litis; 1.4. Señalamiento oficioso de defecto legal; 2. Iniciativa de conciliación de las partes; 3. Deber de saneamiento del proceso; 3.1. Prevención nulidades; 3.2. Declaración oficiosa de nulidades; 4. Impulso oficioso de las actuaciones; 5. Instrucción probatoria; 5.1. Rechazo de pruebas inadmisibles; 5.2. Ordenación oficiosa de exhibición documentos; 5.3. Absolución de posiciones; 5.4. Testimonial; 5.5. Concentración de audiencias; 5.6. Pericial; 5.7. Reconocimiento judicial; 5.8. Ejecución de planos, exámenes científicos o reconstrucción de hechos; 5.9. Medidas oficiosas de ordenación de pruebas. — V. Actuación de las partes: 1. Decaimiento de expectativas atribuible a las propias partes; 1.1. Negligencia en la prueba; 1.2. Caducidad en la prueba; 2. Caducidad de la instancia; 3. Infracción de probidad y buena fe. — VI. Costo del proceso: 1. Costo global del proceso civil sumario; 2. Costo desagregado; 2.1. Gastos varios; 2.2. Honorarios de abogados; 2.3. Honorarios de peritos; 3. Beneficio de litigar sin gastos. — VII. A modo de conclusiones provisionales.

* Comunicación a las IX JORNADAS IBEROAMERICANAS DE DERECHO PROCESAL (Madrid, junio de 1985). Tema: «El Poder Judicial».

I. EN LA BÚSQUEDA DE LA EFICACIA EN CONCRETO DEL SISTEMA DE JUSTICIA

No son pocos ni de tono menor los indicadores que, particularmente en la década que corre, vienen alertando acerca de la necesidad de indagar en profundidad y con nuevos métodos en el análisis de las cuestiones que relacionan con la *eficacia del sistema de justicia* (1) y, más puntualmente, en la búsqueda de los mecanismos apropiados que aseguren la virtualidad de ese objetivo, que conecta directamente con los postulados del moderno Estado Social de derecho.

Empero es también cierto que no han sido los juristas —ni siquiera los cultores de la ciencia del proceso— los únicos que han recogido este comprometedor desafío; abogados, sociólogos, economistas, expertos en organización burocrática, psicólogos y muchos otros especialistas provenientes de las ciencias sociales han debido sumarse a la empresa. Los complejos problemas que plantea en estos tiempos —y en todas las latitudes— la organización eficiente del sistema de justicia impone necesariamente estudios analíticos interdisciplinarios, con equipos de trabajo en los que el aporte del abogado y del jurista se ve complementado desde la propia óptica de cada uno de los demás partícipes (2). Entre todos se elaborarán los *diagnósticos* de cada situación y las *propuestas* de soluciones. Luego el legislador —actuando como *politico-judicialista*— escogerá e implementará las vías más apropiadas, estructurando una verdadera *política jurisdiccional* que tienda a satisfacer las necesidades y exigencias concretas.

(1) De esta preocupación constituye elocuente demostración la temática de los más recientes Congresos Internacionales de Derecho Procesal. También y especialmente el encuentro de juristas españoles y europeos celebrado en Barcelona en 1981, y cuyas conclusiones se difundieron bajo el sugerente título de *Para un proceso civil eficaz*, Ed. de F. RAMOS, E.A.B., Bellaterra, 1982. Conf.: RAMOS MÉNDEZ, F., *La eficacia del proceso*, en «Justicia 82», v. II, p. 97 y ss.

En Argentina se destaca la obra de MORELLO, A. M., *Los recursos extraordinarios y la eficacia del proceso*, ed. Hammurabi, Bs. As., 1981, especialmente v. I, Primera Parte. Asimismo, diversos y confluyentes enfoques sobre el tema se recogen en MORELLO, A. M., BERIZONCE, R. O., HITTERS, J. C. y NOGUEIRA, C. A., *La Justicia entre dos épocas*, L.E.P., La Plata, 1983.

(2) Conf. MONTERO AROCA, J., *Del Derecho Procesal al Derecho Jurisdiccional*, en «Justicia», 1984, n.º II, p. 343, donde se sostiene que parte del contenido del llamado Derecho Jurisdiccional no es jurídico en sentido estricto y que el verdadero jurista no puede prescindir de una serie de conocimientos que, si no se le dan elaborados, debe contribuir él.

La organización judicial constituye el segmento más visible del sistema de justicia. Aunque no su único componente, pues además de la justicia que se brinda con la intervención del aparato jurisdiccional estatal, existen otros cauces o mecanismos para la satisfacción de las pretensiones de los interesados, sea dentro del propio ámbito del Estado (instancias administrativas para solución de ciertos conflictos) o fuera de él (arbitraje privado, sistema de conciliación obligatoria) (3).

Nos ocupamos aquí exclusivamente de la cuestión de la eficacia de las prestaciones debidas por los órganos que integran el Poder Judicial.

De lo que se trata, entonces, es de tematizar los problemas que plantea el *funcionamiento efectivo* de la Organización jurisdiccional, reduciéndolos circunstanciadamente para someterlos a análisis y comparación con los modelos teóricos —los que brindan las normas jurídicas— a fin de verificar, en definitiva, si tales paradigmas ideales realmente se cumplen o incumplen en la práctica. Esa evaluación finalmente brindará el soporte esencial para las propuestas de puntuales respuestas y, en su caso, modificaciones al esquema vigente, que habrán de eslabonarse y constituirán un verdadero y complejo *programa de política judicial* (4).

Semejante metodología viene entonces a imbricar, junto a los estudios dogmáticos de los modelos normativos —vigentes, históricos, extranjeros y comparativos— aquellos otros que buscan en la profunda realidad social, alimentándose de los datos empíricos que

(3) Se ha llamado la atención sobre la existencia y desarrollo de una tendencia de alcance prácticamente universal que postula la consagración de *mecanismos alternativos* para la solución de ciertos conflictos que se originan en las relaciones de vecindad, de menor cuantía y de los consumidores, y cuya decisión se confía a organismos generalmente administrativos. En paralelo se asiste al estímulo de las formas arbitrales y autocompositivas. El auge, en suma, de una nueva justicia que se ha dado en denominar genéricamente como «conciliatoria», producto de la innegable situación de crisis e insuficiencia funcional de los esquemas jurisdiccionales tradicionales (Conf.: CAPPELLETTI, M. y GARTH, B., *El acceso a la Justicia*, ed. Col. de Abog. La Plata, La Plata, 1983, trad. AMARAL, S., pp. 94-98).

(4) Los programas de transformaciones exceden el ámbito específico de la simple reforma del proceso, para abarcar a todo el esquema jurisdiccional. Se trata de mejorar el Servicio, lo que implica además asumir la modernización y adecuación del esquema global de justicia. La formación y entrenamiento de los «operadores» —jueces y abogados—, la organización burocrática «empresarial» del órgano, sus mayores responsabilidades, el contralor efectivo de su funcionamiento, pasan a ser objeto de análisis prioritario, con miras a la elaboración de concretas *políticas jurisdiccionales*, igualmente comprensivas de otras formas alternativas para la decisión de conflictos.

derivan de la experiencia (5). El objeto de esas indagaciones, por consiguiente, no serán sólo las puras normas jurídicas, sino también la forma y alcances como tales previsiones dogmáticas se aplican y funcionan. El «sistema judicial programa (tipología ideal)» *vis a vis* con el «sistema judicial vivo», en confrontación similar a la que se da entre «proceso programa» y «proceso vida» (6), o entre «Administración formal» y «Administración paralela» (7). Y, desde luego, los métodos y el instrumental son también diversos, desde que para el análisis del sistema judicial real, muchas veces «invisible», son insustituibles los empíricos de las ciencias sociales (8).

(5) NOGUEIRA, C. A., *Las reformas al proceso civil y los aportes sociológicos*, en Rev. Col. Abog. La Plata, n.º 43, pp. 221-222, 231 a 238.

Bien que —correlativamente— deba señalarse la natural provisoriedad de los resultados de la investigación sociológica y la relatividad de los fines y de los propios valores que intervienen en las investigaciones mismas, cuyos resultados habrán de evaluarse críticamente para su inserción redituable entre los diversos elementos a tener en cuenta en las decisiones de política judicial (Cfr.: TREVES, R., *La Sociología del derecho en Italia hoy*, en el reciente volumen *Primer Congreso Internacional de Filosofía del Derecho*, Instituto de Cultura Jurídica, La Plata, 1982, p. 469).

(6) BARRIOS DE ANGELIS, D., *Introducción al estudio del proceso*, Depalma, Buenos Aires, 1983, p. 98.

(7) GORDILLO, A. A., *La Administración paralela*, Ed. Civitas, Madrid, 1982, donde se alude a procedimientos, organización y competencias administrativas formales e informales (cap. II).

El sistema judicial, que no es sino una organización burocrática, no podrá estar exento de presentar esta dicotomía. De ahí que se haya denunciado reiteradamente la superposición y aun la sustitución del aparato formal por un parasistema que, de hecho, lo fagocita. Una organización subterránea que llega a reemplazar el aparato formal (DE ANZIZU FUREST, A. M., *Aspectos sociológicos de la ley de Enjuiciamiento Civil...*, en *Para un proceso civil eficaz*, ed. F. Ramos, U.A.B., Bellaterra, 1982, p. 58).

La contraposición evoca, todavía, una dualidad más comprensiva entre «país formal o visible» y «país real o invisible», que un gran escritor argentino adviertiera lúcidamente hace casi medio siglo (MALLEA, E., *Historia de una pasión argentina*, Ed. Sur, Buenos Aires, 1937).

(8) Es corriente la prédica contemporánea acerca de la necesidad de estudiar simultáneamente cualquier disciplina jurídica —y principalmente la procesal o «jurisdiccional»— desde las diversas vertientes que brindan la dogmática, la sociología y los análisis histórico-comparativos.

Tal lo que propugna DENTI cuando afirma que *el factual approach* (enfoque fáctico), con todas sus implicaciones políticas y sociológicas es un instrumento de trabajo indispensable para las investigaciones comparativas y para sugerir reformas de propio derecho interno (*Estudios de derecho probatorio*, EJE, Buenos Aires, 1974, trad. SENTÍS MELENDO, p. 155).

Cada vez con mayor frecuencia se pone el acento en la aplicación del método sociológico, como instrumento de trabajo del jurista, afirmándose que probablemente casi no existe ninguna cuestión jurídica cuya solución pueda desentenderse de consideraciones sociológicas, porque siempre se relacionan

II. LAS INVESTIGACIONES EMPÍRICAS ACERCA DEL FUNCIONAMIENTO DEL APARATO JURISDICCIONAL

Son conocidos los diversos y significativos aportes, en este terreno, provenientes generalmente del campo de la sociología jurídica europea y norteamericana (9). Estudios exhaustivos que han desmenuzado el funcionamiento del aparato judicial, como también los roles de los operadores del derecho —jueces (10), abogados (11), auxiliares—. La excesiva duración de los procesos, el costo del servicio, y más genéricamente la crisis funcional de la organización judicial,

con la realidad social (LAUTMANN, R., *Sociología y jurisprudencia*, Sur, Buenos Aires, 1974, versión castellana de GARZÓN VALDÉS, E., p. 21).

Sobre la investigación social en general y sus métodos, DUVERGER, M., *Métodos de las ciencias sociales*, Ariel, España, 1961, trad. de Sureda, A., la ed., especialmente la primera parte (pp. 115-345) dedicada a la técnica de observación: GALTUNG, *Teoría y método de la investigación social*, Eudeba, Buenos Aires, 1978, 5.ª ed., trad. Fuenzalida, Faivovich, v. I, especialmente cap. V (recolección de datos), IV (revaluación) y VI (encuestas), pp. 124-153; 100-123 y 158-198, respectivamente, MERTON, K., *Teoría sociológica e investigación empírica*, en «Cuadernos de Sociología», n.º 13, Instituto de Sociología, Universidad de Buenos Aires, 1961. PIAGET, J. y otros, *Tendencias de la Investigación en las ciencias sociales*, Alianza UNESCO, trad. Castrillo, P., Madrid, 1973, especialmente cap. 2 (investigación interdisciplinaria) y 3 (la sociología), páginas 199-438. SOROKIN, LAZARSELD y otros, *La investigación social*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1982, introducción, notas y selección de textos Romano Yalcur, M.

(9) Una reseña sintética de algunos de esos trabajos puede consultarse en TREVES, R., *Introducción a la Sociología del Derecho*, ed. Taurus, Madrid, 1978, versión española de ATIENZA, M., p. 174 y ss.

(10) Se ha estudiado, por un lado, las decisiones judiciales y, desde otras perspectivas, la extracción social de los jueces y su ideología jurídica.

Es ya clásica en el ámbito hispanoamericano la investigación de TOHARIA, J. J., *El juez español*, Madrid, Tecnos, 1975.

(11) El problema de los abogados y de la profesión forense ha sido objeto de numerosos estudios sociológicos; se ha analizado, entre otros temas, la relación entre estratificación social y profesión jurídica; la tipología de los abogados en la vida política; las relaciones con sus clientes; la defensa gratuita de los no pudientes; las reglas de ética, su observancia y la sanción de sus infracciones. El mismo TREVES brinda su resumen sustancioso de las principales investigaciones en este terreno (ob. cit., pp. 192-199). Pueden verse, asimismo, los diversos aportes a la obra de AUBERT, B., *Sociología del Derecho*, ed. Tiempo Nuevo, Caracas, 1971. Un significativo estudio de la profesión de abogado, que contiene singulares conclusiones, se encuentra en FUSTER BERLINGER, J. B., *Los abogados de Puerto Rico. Fundamentos para una sociología de la profesión legal*, Col. de Abog. de Puerto Rico, 1974.

Más recientemente, se destaca la obra de ZARAGOZA, A., *Los abogados y la sociedad industrial*, ed. Península, Barcelona, 1982, donde se analiza el rol de la abogacía en la sociedad industrial y los diversos aspectos institucionales.

son fenómenos habitualmente analizados desde esta óptica de los estudios sociales.

En la bibliografía argentina han sido escasos, sin embargo, los aportes en estos terrenos (12), si bien se extiende una robusta corriente de pensamiento que alienta la investigación con métodos empíricos de las ciencias sociales.

Precisamente, nos ha tocado participar en un emprendimiento que —sin la pretensión de constituir un modelo acabado ni mucho menos, original— tiene por finalidad, verificar el funcionamiento del servicio de justicia en el ámbito de uno de los Departamentos Judiciales de la Provincia de Buenos Aires (13). En su diagramación originaria, la investigación prevé el acometimiento sucesivo de tres temas generales: a) el funcionamiento de la justicia; b) la profesión de abogado; c) los colegios profesionales.

En una primera etapa, los desarrollos del tema central (variable dependiente) —el funcionamiento del Servicio de Justicia— resultan comprensivos del análisis de cuatro aspectos básicos (variables dependientes), verdaderos indicadores cualificantes —y condicionantes— del rendimiento específico de las prestaciones jurisdiccionales en el fuero común, civil y comercial: 1) duración del proceso; 2) costo; 3) actuación del órgano jurisdiccional; 4) actuación de las partes y auxiliares (abogados, peritos) en el cumplimiento de sus cargas y deberes.

El método para acometer la labor ha sido el ya analizado —en la

(12) Algunos de los esfuerzos destacables son debidos a FUCITO, F. R. M., *La organización y el funcionamiento de la Administración de Justicia: sus aspectos sociológicos*, La Ley, Buenos Aires, 1982, v. D, p. 986; ed. *La demora judicial y los sistemas de comunicación burocráticos*, en *Rev. de Sociología del Derecho*, Soc. Arag. de Soc. del Der., La Plata, 1984, n.º 2, p. 4. Sobre los abogados, ver LOSADA, A., *Los abogados en la Provincia de Buenos Aires: sus ingresos*, en *Rev. cit.*, n.º 1, p. 38, *id.*, *su distribución geográfica*, en *Rev. cit.*, n.º 2, p. 19.

(13) Se trata de una investigación iniciada —y aún no concluida— con el patrocinio de JUS —Fundación para la investigación de las Ciencias Jurídicas y Sociales—, entidad con asiento en la ciudad de La Plata, para el estudio del funcionamiento de los Tribunales del fuero civil y comercial del Departamento Judicial de La Plata, Provincia de Buenos Aires.

El diseño del programa donde se definen los objetivos, los límites del área a explorar y se fijan las hipótesis a verificar, puede verse en BERIZONCE, R. O., *El funcionamiento en concreto del servicio de la Justicia*, en *La Justicia entre dos épocas*, cit., p. 125 y ss. Dicha tarea hubiera sido imposible sin la colaboración y el consejo del Dr. Carlos A. NOGUEIRA, por su reconocida versación en temas sociológicos. El relevamiento de los datos a partir de las actuaciones judiciales analizadas ha estado a cargo de un equipo de jóvenes y becarios, cuyo principal investigador es el Dr. Jorge Marrupe. Al presentar las tareas de acopio se encaminan hacia su finalización, en una primera etapa.

variante de técnica de muestreo—, brindado por la sociología del derecho. Se parte del análisis documental de expedientes archivados en los últimos años, homogéneos en época, elegidos al azar y clasificados según los diversos tipos procesales (ordinarios, sumarios, sumarísimos y de ejecución).

A asegurar la representatividad y objetividad de la muestra tiene de la suficiencia en número de expedientes para el análisis (el delos procesos sumarios asciende al presente a 58); y la selección razonada de los mismos, bien que librada en buena medida al azar. En suma, un muestreo complejo de expedientes que puede complementarse (tentativamente) con encuestas entre los partícipes del servicio (partes) y cuestionarios a responder por los operadores (escogidos): jueces, abogados y doctrinarios de la jurisdicción.

Es significativo señalar, por otra parte, que el programa —originariamente ideado para ser aplicado al análisis del trámite de las causas comunes, civiles y comerciales que tramitaran ante los tribunales del Departamento Judicial de La Plata, Provincia de Buenos Aires— ofrece la virtud de servir como modelo para investigaciones similares que puedan realizarse en otras jurisdicciones —local, provincial y nacional— y aun en distintos fueros —laboral, penal, contencioso-administrativo, de menores, de paz letrado, etc.—. Otro avance trascendente en la ejecución del programa ha sido, sin duda, la informatización de toda la documentación que posibilita su análisis computorizado.

A la vista ahora de sus primeros resultados —bien que con la expresa reserva que proviene de la provisionalidad de los datos manejados, aunque de todos modos suficientemente abonados en general por la experiencia cotidiana—, nos sentimos tentados de arriesgar algunas primeras y anticipadas conclusiones, lastradas desde luego por el mismo signo de provisionalidad. El grado de avance de la investigación permite, en nuestro entender, ensayar una evaluación que —ha de verse— resulta ser coincidente, en términos generales y en lo sustancial, con las opiniones corrientes, habitualmente no verificadas, acerca del funcionamiento del Servicio de Justicia, en los linderos geográficos elegidos.

Lo que sigue es la mostración de las comprobaciones efectuadas en punto a cada uno de los indicadores pre-escogidos y, dentro de ellos a las variables desagregadas. Luego se intentará el análisis evaluativo, en cada caso, cotejando el modelo teórico (norma jurídica organizativa o procesal) y las demostraciones empíricas (datos de la realidad), con el consecuente diagnóstico de las situaciones planteadas. Con la aclaración de que, en esta primera oportunidad, hemos de ocuparnos exclusivamente del proceso sumario (plenario abrevia-

do) quedando pendiente análisis similares en relación a otros tipos procesales de cognición (plenario mayor, proceso sumarísimo) y de ejecución.

III. LA DURACIÓN DEL PROCESO CIVIL

La investigación ha estado presidida, en este cuadrante, por una premisa básica: la *duración del proceso* (14) debe ser descrita a través del seguimiento de las actuaciones desde su comienzo hasta el momento de la efectiva satisfacción de la pretensión accionada, en cualquiera de sus formas. Si bien se suele acudir a la utilización de fórmulas matemáticas como método para determinar la proyección media de los juicios (15), es lo cierto que sólo se obtienen, por esta

(14) Sería inagotable la sola enunciación de los diversos estudios que se han ocupado del tiempo en el proceso, de su duración y de los remedios de todo tipo previstos para evitar el excesivo alargamiento de los pleitos. Remitimos, sin embargo, entre ellos a CAPPELLETTI, M., *Aspectos sociales y políticos del procedimiento civil...*, en *Proceso, ideologías, sociedad*, EJEA, Buenos Aires, trad. SENTÍS MELENDO, S., pp. 25-51; *El proceso como fenómeno social de masa*, en obra citada, pp. 131-134; y más recientemente, las conclusiones de una vasta investigación interdisciplinaria, en CAPPELLETTI, M. y GARTH, B., *El acceso a la Justicia*, Col. de Abog. La Plata, La Plata, 1983, trad. Amaral, S., especialmente p. 29.

En la bibliografía española, DE MIGUEL Y ALONSO, C., *Consideraciones sobre la lentitud de los procesos civiles*, en *Rev. Der. Proc. Iberoamericana*, 1971, p. 55 y ss.; MONTERO AROCA, J., *La duración del proceso declarativo civil español*, en *Bol. Mexicano Der. Comparado*, año VIII, n.º 24, sept.-dic. 1975; *id.*, *Introducción al Derecho Procesal*, cit., pp. 165-168; ALMAGRO NOSETTE, J., *Garantías constitucionales del proceso civil*, en «Justicia 81», p. 37. Un interesante análisis, con motivo del centenario de la ley de enjuiciamiento, puede verse en DE ANZIZU FUREST, A., *Aspectos sociológicos de la ley de enjuiciamiento civil: duración y coste del proceso*, en «Justicia», Bosch, Barcelona, 1982, V. I, especialmente pp. 7-35.

Entre nosotros, el clásico de SENTÍS MELENDO, S., *Celeridad en los juicios*, *Rev. Der. Proc.*, X, 1952, cit., 1.ª parte, pp. 91-102. MORELLO, A. M., *Los recursos extraordinarios...*, vol. I, pp. 13-18. DROMI, *El Poder Judicial*, Universidad del Norte, Tucumán, 1982, pp. 197-211. NOGUEIRA, C. A., obra cit. en nota 5.

De la preocupación por la excesiva duración del proceso civil no escapan siquiera los países con ordenamientos más modernos. Constituye prueba elocuente de ello los diversos intentos de reformas en Alemania, donde las modificaciones más importantes de la Ordenanza Procesal Civil han tenido por principal objeto la aceleración del procedimiento, y especialmente la más reciente novela de Simplificación de 1976 (Conf.: GRUNSKY, W., *Reflexiones sobre la eficacia del derecho procesal civil en Alemania*, en *Para un proceso civil eficaz*, cit., p. 148 y ss.

(15) MONTERO AROCA ha señalado que la duración media de los procesos se obtiene con la fórmula $\frac{P_1 - P_2}{1 - T} = d$, en que P₁ representa el número de

vía, datos aproximativos y globales. En la forma propuesta se podrá determinar —naturalmente con el margen de error que cualquier muestreo ofrece— discriminadamente el consumo temporal en las diversas etapas e instancias del proceso civil, datos esenciales para elaborar las diversas políticas de enmienda que tiendan a resolver los arduos problemas que plantea la excesiva duración del proceso civil (16).

1. Promedio general de duración de los procesos sumarios

De acuerdo a los datos documentales recogidos en la investigación que nos ocupa, el *promedio general de duración de los procesos sumarios* desde su incoación hasta la percepción efectiva de la acreencia, es de 944 días, es decir, 31,47 meses o 2,5 años. Los promedios por instancias, desagregados, a su vez expresan lo siguiente:

1.1. Primera Instancia

	Parciales días	Totales días
1.1.1. De fecha iniciación a notificación de demanda	67	
1.1.2. De notificación demanda a apertura a prueba	122	
1.1.3. De apertura a prueba a «autos para sentencia»	241	
1.1.4. De «autos para sentencia» a sentencia 1.ª instancia	69	499

procesos pendientes al iniciar el año, P₂ el de los pendientes al finalizar el mismo, 1 el de los incoados, T el de los terminados en el año y d la duración media en años o fracción (*Introducción al Derecho Procesal*, cit., p. 166, n.º 186).

En la investigación que nos ocupa se adoptó un método distinto, similar al que sigue DE MIGUEL Y ALONSO (*Consideraciones sobre la lentitud de los procesos...*, cit., pp. 60-64). Bien que admitiendo su complementariedad y la necesidad de verificar los resultados del último en relación con las cifras que arroja la simple aplicación de aquella fórmula.

(16) Naturalmente, las soluciones son hartamente complejas y remiten a otras diversas cuestiones que entroncan con los principios procesales, la organización burocrática, y en última instancia, con el factor humano, es decir, con los hombres de la justicia. Empero, lo que se quiere significar es la imprescindible urgencia de contar con adecuadas investigaciones empíricas, como base para emprender cualquier reforma con sustento científico. Lo cual es válido para todo el ámbito de la legislación. (Cfr. CAPPELLETTI, M., *Giudici non professionali: una nota critica sul dibattito in Italia*, estratto dalla *Giurisprudenza italiana*, 1980, *Disp.* 8.ª, 9.ª, Parte IV).

	Parciales días	Totales días
1.1.5. De sentencia 1.ª instancia a notificación	53	
1.1.6. De notificación sentencia a radicación en Cámara (por apelación)	51	104
1.2. Segunda instancia		
1.2.1. De radicación en Cámara a «autos para sentencia»	37	
1.2.2. De «autos para sentencia» a sentencia 2.ª instancia	89	
1.2.3. De sentencia 2.ª instancia a «por devueltos» en 1.ª instancia	103	229
1.3. Ejecución sentencia		
1.3.1. De «por devueltos» a promoción ejecución	74	
1.3.2. De promoción ejecución a sentencia	119	193
1.3.3. De sentencia ejecutoria a percepción efectiva acreencia	238	238
Totales	1.263	1.263

A. Si se comparan los plazos previstos por el ordenamiento procesal con el tiempo efectivamente consumido, puede advertirse manifiestos desajustes entre unos y otros, por el excesivo alongamiento de todos y cada uno de ellos. Veamos:

	Tiempo real (en días corridos)	Tiempo legal (en días hábiles)
a) Plazo de prueba		
Art. 487 C.P.C. (plazo judicial)	30	241
b) Plazo para dictar sentencia 1.ª inst.		
Art. 491 C.P.C.	30	69
c) Plazo para dictar sentencia 2.ª instancia		
Art. 494 C.P.C.	50	89

B. Desde otro ángulo de observación cabe considerar que las propias partes son habitualmente responsables por las demoras y en la notificación de la demanda (más de dos meses, desde el inicio)

y, compartida con los órganos jurisdiccionales, le son achacables las que se generan durante el período de prueba —según lo comprobado, la etapa en que el retardo resulta más pronunciado (más de ocho meses)—. Sobre esto volveremos más adelante.

C. Es también remarcable la pronunciada demora que se observa en el trámite de ejecución de sentencia (apremio propiamente dicho), que consume unos ocho meses desde la sentencia ejecutoria hasta el momento de la percepción efectiva de lo reclamado.

2. Análisis particularizado de algunas de las principales causas de retardo

El inusitado retardo que en general se observa en las actuaciones del proceso plenario abreviado (sumario), obliga a profundizar la indagación de sus principales —y concurrentes causas. Entre ellas: a) las derivadas de la inactividad o falta de impulso del trámite, en sus distintas formas (inercia de hecho, o por suspensión convencional de plazos u otras causas); b) la proveniente de los incidentes; y c) la que se deriva de la tramitación de algunos de los medios de prueba (informativa, pericial). Veamos los resultados de la indagación.

2.1. Inactividad procesal por falta de impulso (de parte o del órgano)

a) Liminarmente conviene señalar que de conformidad a los principios que regulan el proceso civil en la legislación que nos ocupa, el impulso del proceso si bien recae principalmente en las partes, no excluye la facultad de los jueces quienes, como *directores del proceso* (art. 34 inc. 5, C.P.C.), «podrán» tomar medidas tendentes a evitar la paralización del proceso, a cuyo efecto «vencido un plazo —todos son perentorios—, se haya ejercido o no la facultad que corresponda, se pasará a la etapa siguiente en el desarrollo procesal disponiendo de oficio las medidas necesarias» (art. 36 inc. 1, C.P.C.). La inactividad imputable a las partes y perjudicial para el proceso, a su vez, puede generar la caducidad de la instancia si no se impulsa el trámite durante tres meses (art. 310, inc. 3, Cód. cit.); o, en la etapa de producción de las pruebas, la negligencia o caducidad de las medidas ofrecidas (arts. 382, 400, 408, 430, 432, 435, 451, 461, 381, 452, 453, 454, C.P.C.). Sobre la actuación del juez y de las partes volvemos *infra* §§ IV,4 y V,1 y 2, para penetrar en el análisis particularizado, entre otros, de la medida en que a cada protagonista cabe imputar responsabilidad en la demora.

b) Lo que aquí se ha de tematizar son los aspectos objetivos del retardo por falta de impulso procesal, para indagar cómo se verifica, cuáles sean sus causas principales y la incidencia relativa de cada una de ellas.

2.1.1. Demora de hecho, por suspensión convencional de los plazos y otras causas

Considérase *demora de hecho* la que se verifica cada vez que el proceso permanece detenido sin que exista motivo objetivamente expresado que lo justifique, durante un lapso superior a veinte días hábiles, descartándose los períodos inferiores (art. 157, C.P.C.). *Suspensión convencional* es la que autoriza la norma antes citada, la que no podrá exceder de veinte días sin la conformidad de los mandantes. En las *otras causas* se engloban las no comprendidas en los rubros anteriores (interrupción de plazos, etc.).

2.1.1.1. Demora de hecho (más de veinte días sin impulso)

Se comprobó que en el 68,83 % de los expedientes consultados medió este tipo de demora, que era imputable a:

	Parciales días	Totales días
1.1. Omisión impulso de parte	105	
1.2. Demora decisión judicial	130	
1.3. Otras causas	60	295

Estas demoras representan, en relación al total medio de duración (desagregado) de 1.263 días, el 23,35 %.

2.1.1.2. Demora por suspensión convencional de plazos y otras causas exógenas

Se verificó igualmente que en el 18,42 % de las actuaciones hubo paralización de trámite derivada de suspensión convencional de plazos, con un promedio de 32 días; otras causas afectaron igualmente el 8,11 % de los expedientes, promediando 26 días de demora.

En consecuencia, cabe agregar a lo anterior:

	Parciales días	Totales días
3.2.1. Suspensión convencional plazos	32	
3.2.2. Otras causas	26	58

2.1.1.3. Incidencia global de la demora en el trámite

La sumatoria de los guarismos anteriores arroja un total de 353 días, que representan, en relación al total medio de duración (desagregado) de 1.263 días, el 27,94 %. Lo que equivale a concluir que la inactividad procesal por falta de impulso (de parte o del órgano) influye de modo muy significativo en el retardo de la Justicia, desde que por esa razón se consume (inútilmente) más de la cuarta parte del tiempo global que atrapa el proceso sumario.

2.2. Demora proveniente de los incidentes

Los incidentes en general exhiben un promedio de duración de 225 días, equivalentes a 7,5 meses.

Los datos desagregados son los siguientes:

	Días
2.1. De fecha iniciación a resolución 1.ª instancia	69
2.2. De resolución 1.ª instancia a resolución de Cámara	179
Total	239

Se confirma entonces el aserto corriente que sindic a la proliferación de los incidentes como uno de los motivos de la lentitud de los procesos. El total de 239 días (promedio de todos los incidentes del proceso) representa en relación a la media general de duración del proceso sumario (desagregado) de 1.263 días, el 18,92 %.

2.3. Demora derivada de la producción de algunas pruebas

Como hemos señalado, la etapa probatoria consume una media general de 241 días (8,02 meses). En la desagregación de los datos algunas pruebas, sin embargo, muestran un promedio de duración bastante superior. Veamos.

2.3.1. *Prueba de informes.* Los datos examinados comprenden los requerimientos dirigidos a entidades oficiales (82,47 %) y privadas (17,53 %); y arrojan una duración media de 125 días (4,17 meses), desde la admisión de la prueba hasta la contestación.

La objetiva comparación entre estos guarismos y los plazos legales evidencia el largo exceso de los mismos. Las normas procesales establecen que los oficios para requerir informes sean suscritos directamente por los letrados (art. 398, C.P.C.), debiendo ser librados dentro del quinto día y retirarse bajo constancia en igual plazo

(art. 381 id.); las oficinas públicas requeridas, a su vez, deben contestar el pedido de informes dentro de veinte días hábiles, y las privadas dentro de diez (art. 396, id.), bajo apercibimiento de sanciones diversas (art. 397, id.). El total de los plazos legales es, pues, del orden de los 50 días corridos para los informes que deben evacuar los organismos públicos, y de 35 días para los dirigidos a particulares; muy inferiores al consumo medio de 125 días. Claro que aquí, habitualmente, la demora resultará imputable al tercero requerido.

2.3.2. *Prueba de peritos.* El tiempo promedio que insume la tramitación de esta prueba es de 342 días (11,4 meses), así distribuidos:

	Parciales días	Totales días
2.3.2.1. De admisión a sorteo perito	85	
2.3.2.2. De sorteo a aceptación cargo	45	
2.3.2.3. De aceptación a presentación dictamen ...	153	
2.3.2.4. De dictamen a pedido explicaciones ...	20	
2.3.2.5. De pedido explicaciones a explicaciones	45	348

Como puede observarse, la prueba pericial —crítica por muchos motivos— constituye habitualmente una de las causas más pronunciadas de dilación del proceso civil. La media de 348 días de duración (casi un año) supera largamente el promedio de toda la etapa probatoria (241 días). Habrá que aclarar que la mayor demora se advierte en el estudio del dictamen, no obstante que la pericial se realiza por perito único; como también la inusitada lentitud del trámite desde la admisión de la prueba hasta la aceptación del cargo por el experto, demostración incontrovertible de los defectos del sistema de «lista», con inscripción y aceptación voluntaria del cargo. Todavía cuadra advertir acerca de la «economía de trámites» que en relación a esta prueba, supone la absoluta no utilización por el juez de las atribuciones del art. 474 del C.P.C. (*infra* § IV, 5.6.).

IV. ACTUACIÓN DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL

Verificar en qué medida el órgano jurisdiccional cumple a satisfacción con los poderes-deberes, y aun maneja sus meras facultades procesales, es cuestión crucial para el efectivo rendimiento del Servicio desde que en la actuación del juez y la puntual y efectiva asunción de sus potestades como director del proceso civil reposa la es-

tructura de todos los ordenamientos procesales modernos (17). Actuación oficiosa del órgano, prevención de nulidades, recepción y activismo en la labor instructora, son datos esenciales.

El ordenamiento procesal que nos ocupa —similar al Cód. Proc. Civil y Comercial de la Nación Argentina— erige al juez en *director* del proceso (arts. 34, inc. 5, y 36 y conc.), dotándolo de atribuciones (poderes-deberes y facultades) exorbitantes —pero controlables— en relación a las partes, para la conducción del proceso y la instrucción de las causas. Para la comprobación empírica de cómo se ejercitan en concreto esas atribuciones, conviene analizar por separado: a) la etapa constitutiva de litis (rechazo «in limine» de la demanda, declaración oficiosa de incompetencia, integración oficiosa de la litis, señalamiento oficioso de defecto legal en el modo de proponer la demanda); b) iniciativa de conciliación de las partes; c) cumplimiento del deber de saneamiento del proceso; d) impulso oficioso de las actuaciones; e) ejercicio de atribuciones en la instrucción probatoria.

(17) No se trata aquí de analizar el contenido mismo de las decisiones de los órganos jurisdiccionales, sino singularmente la actuación procesal del juez para verificar si satisface y cómo los poderes, deberes y facultades que le confiere el ordenamiento. Conforme ha subrayado con agudeza SENTÍS MELENDO, no se inspeccionan los fallos sino las conductas; esto es, la manera de llegar a aquéllos; no cómo ha sentenciado, sino cómo ha actuado, con carácter general en todos los casos (*La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, Ejea, Buenos Aires, 1979, pp. 206-208).

Sobre la responsabilidad de los jueces: MORELLO, A. M., SOSA, G. L., BERIZONCE, R. O., *Códigos procesales...*, Ed. Platense, Buenos Aires, 1982, 2.ª ed. vol. I, pp. 397-414; y especialmente en torno a su responsabilidad procesal, p. 409 y ss. Más ampliamente, en esta última cuestión: CAPPELLETTI, M., *Who Watches the Watchmen. A comparative study on judicial responsibility*. Relación General para el XI Congreso Internacional de Derecho Comparado (Caracas, 1982); versión española *¿Quién vigila a los vigilantes?...*, en Rev. de la Univ. Externado de Colombia, Bogotá, 1983, n.º 1, p. 45, trad. COLLAZOS, S.

La responsabilidad judicial en la dirección e impulso del proceso ha sido extensamente analizada, en relación al derecho español, por ALMAGRO NOSETTE, J., *El sistema español de responsabilidad judicial*, en «Justicia», 1982, vol. IV, p. 69 y ss. Asimismo, en general, con DEVIS ECHANDIA, H., *La responsabilidad judicial en Colombia*, en «Justicia», 1983, n.º II, p. 325.

Para la situación en Italia, TROCKER, N., *Judicial responsibility in Italy*, en *Rapports Natinaux Italiens*, Associazione Italiana Di Diritto Comparato, Milano, Giuffré Ed., 1982, pp. 217 y ss., donde se afirma que hay muy pocos registros que muestren que los jueces hayan sido sancionados por ineficacia laboral, a pesar de las estadísticas alarmantes que demuestran la ineficacia y permanente lentitud del proceso judicial (p. 225).

1. Etapa constitutiva del proceso

1.1. *Rechazo in limine de la demanda.* No se verificó que se hubiere hecho uso de este poder; tampoco las sentencias desestimatorias analizadas se fundaron en motivos que hubieran justificado el rechazo «in limine».

1.2. *Declaración (oficiosa) de incompetencia.* Se produjo en el 1,75 % de los procesos.

1.3. *Integración (oficiosa) de la litis.* En el 1,75 % de los procesos el juez dispuso de oficio la integración de litis. En los restantes, en ningún caso se rechazó la demanda por defecto de integración.

1.4. *Señalamiento (oficioso) de defecto legal.* En ningún caso. No obstante, la cuestión debió ser decidida, por vía de la excepción respectiva, en el 1,79 % de las actuaciones.

2. Iniciativa de conciliación de las partes

Se comprobó que el órgano tomó la iniciativa de conciliación en el 31,58 % de las actuaciones, así discriminadas en atención al estado procesal en que la medida se dispuso:

2.1. En primera instancia: 94,44 %.

2.2. En segunda instancia: 5,56 %.

2.3. A su vez, el resultado de la iniciativa fue positivo (se obtuvo conciliación) en el 50 % de los casos.

3. Deber de saneamiento del proceso

3.1. *Prevención de nulidades* (art. 34 inc. 5, apart. b, C.P.C.): el juez lo ejerció en el 17,54 % de los casos.

3.2. *Declaración oficiosa de nulidades* (art. 172, C.P.C.): tuvo lugar en el 5,36 % de los casos.

3.3. En relación con ello, se comprobó que el índice de planteamiento de incidentes de nulidad por las partes (art. 169 y ss., C.P.C.) fue del 16,67 % en los mismos procesos.

4. *Impulso (oficioso) de las actuaciones.* En ninguno de los casos analizados el órgano jurisdiccional tomó la iniciativa disponiendo medidas concretas tendientes a evitar la paralización del proceso (art. 36 inc. 1, C.P.C.).

5. Instrucción probatoria

5.1. *Rechazo de pruebas inadmisibles* (art. 362, C.P.C.): se comprobó en el 17,54 de los casos.

5.2. *Ordenación (oficiosa) de exhibición de documentos* (arts. 36 inc. 6, 385-387, C.P.C.): 1,75 %.

5.3. *Absolución de posiciones.*

5.3.1. Presencia del Juez en audiencias: fue del orden del 92,86 %, en las celebradas en el propio asiento (sin computar los supuestos de comisionamiento).

5.3.2. Interrogatorio (oficioso) de los absolventes (art. 413, C.P.C.): sólo en el 4,55 % de las audiencias anteriormente referidas.

5.4. *Testimonial.*

5.4.1. Presencia del juez en audiencias: fue del 47,37 %, en las celebradas en el propio asiento (sin computar los supuestos de comisionamiento).

5.4.2. Interrogatorio (oficioso) testigos o careo (arts. 36 inc. 5, 446, 450, C.P.C.): en ningún caso.

5.5. *Concentración de audiencias.*

5.5.1. En general, el órgano jurisdiccional dispuso la celebración de audiencias en forma concentrada (art. 34 inc. 5, ap. a, C.P.C.) en el 12,28 % de los casos.

5.5.2. En particulares: sólo se fijó la audiencia de vista del artículo 487 C.P.C., en el 5,26 % de los casos.

5.6. *Pericial.*

5.6.1. Fijación puntos de pericia (art. 492, 459 in fine, C.P.C.): en ningún caso.

5.6.2. Requerimiento oficioso de explicaciones (art. 473, C.P.C.): en ningún caso.

5.6.3. Ordenación oficiosa de nueva pericia o de su perfeccionamiento (art. 473 in fine): en ningún caso.

5.7. *Reconocimiento judicial.*

En general, el reconocimiento judicial se dispuso, a petición de parte o de oficio, en el 8,77 % de los supuestos.

5.7.1. En ninguno de esos casos el juez se trasladó fuera de su jurisdicción (art. 380, C.P.C.).

5.7.2. En ninguno de esos casos se dispuso la concurrencia al acto de peritos y testigos (art. 477 inc. 2, C.P.C.).

5.8. *Ejecución de planos, exámenes científicos o reconstrucción de hechos* (art. 471, C.P.C.).

No fueron dispuestas estas medidas en ningún caso.

5.9. *Medidas oficiosas de ordenación de pruebas* («para mejor proveer»); art. 36 inc. 2, C.P.C.

5.9.1. En general, el índice de medidas oficiosas es del 16,07 %.

5.9.2. Las sentencias que se sustentaron en dichas medidas fueron el 7,14 %; o lo que es lo mismo, que en sólo aproximadamente el 45 % de los supuestos, resultaron esas medidas útiles para fundar la decisión final.

A) De todo ello se desprende: a) la actuación oficiosa del juez en el proceso sumario resulta *prácticamente inexistente en la etapa de constitución del proceso*, donde sólo verificó de oficio su propia competencia y la correcta integración de la litis; en cambio, pasó inadvertido el defectuoso planteamiento de la demanda; b) cuando impulsó la *conciliación* de las partes, el resultado fue, en la mitad de los casos, positivo; c) la faz preventiva de los *desvíos de actividad* fue razonablemente cubierta, tanto como la declaración oficiosa de nulidades; d) en cambio, *no han utilizado los jueces sus facultades para impulsar oficiosamente los trámites*, lo que sin duda habría evitado o al menos atenuado la *excesiva duración* del proceso; e) tampoco han ejercitado sus diversas atribuciones tendentes al *debido esclarecimiento de los hechos*, imprescindible para el acierto de la decisión en el mérito.

B) Esta última apreciación denota inercia judicial, por la declinación de potestades de senca, y en definitiva falta de activismo en un cuadrante fundamental que, a la postre, signa negativamente el resultado de la labor jurisdiccional. Lo que supone vulnerar la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ha declarado reiteradamente que la normativa procesal que faculta a los jueces y tribunales para ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos (art. 36 inc. 2, cit.), se torna de irrenunciable ejercicio en los casos en que las pruebas en cuestión resultan decisivas para la solución de la litis (Fallos, 238:550; 302:1611; etc.).

C) También quede palmaria la *falta de inmediación* en la recepción de las pruebas. Aunque la presencia del juez en las audiencias de absolución de posiciones y testigos exhiba índices elevados, que ocultan muchas veces el hecho real de la ausencia física y la ulterior suscripción de las actas, hay datos objetivos terminantes que demuestran que, de todos modos, aquella presencia no pasa, en la ma-

yoría de los casos, de ser nominal, como un verdadero «convitado de piedra»: el interrogatorio oficioso de los absolventes es casi inexistente; respecto de los testigos el careo nunca tiene lugar.

D) Más perplejidad genera, todavía, la virtual inobservancia de la clara disposición que manda recibir las pruebas concentradamente en una *audiencia de vista de causa* (art. 487), visceral en la regulación del proceso plenario abreviado.

E) Por fin, la comprobación de que la mayor parte de los dispositivos específicos que, en los diversos medios de prueba, posibilitan la recolección oficiosa de material conducente, han pasado de hecho a convertirse en «letra muerta». Ni los jueces salen de su jurisdicción para realizar reconocimientos judiciales (art. 380 C.P.C.), ni disponen la concurrencia a ese acto de peritos y testigos (art. 477, inc. 2), ni fijan los puntos de pericia, ni requieren de oficio explicaciones a los expertos, ni ordenan nuevas pericias (art. 473), ni disponen por sí la ejecución de planos, exámenes científicos o reconstrucción de hechos (art. 471 del mismo).

F) En conclusión, que el más moderno y avanzado catálogo de las potestades judiciales yace en la letra escrita del Código, a disposición de los jueces, pero es casi imposible encontrar casos reales en que tales atribuciones sean efectivamente utilizadas, por la declinación de las potestades judiciales.

V. ACTUACIÓN DE LAS PARTES

Con no menor virtualidad, todo diagnóstico de la situación real en que se encuentra el Servicio no puede prescindir de considerar la concreta incidencia que en los resultados finales opera la forma cómo las partes y sus auxiliares —los abogados— cumplen con las cargas y deberes que la ley adjetiva prevé para que, de su lado, se contribuya a la obtención de la finalidad del proceso. La duración de los trámites, el decaimiento de las expectativas de las partes, la observancia de las reglas de probidad y buena fe son otros tantos episodios en los que la actividad de partes y letrados puede tener juego preponderante, y cuya verificación e incidencia en el proceso, por ello mismo, interesa sobremanera comprobar empíricamente.

1. Decaimiento de expectativas atribuible a las propias partes

1.1. *Negligencia en la prueba*. La tasa media de pérdida de pruebas por negligencia declarada en su producción, ha sido del

21,05 % de las causas; lo que equivale a sostener que en poco más de uno de cada cinco procesos se suscitan estas frustraciones de pruebas.

1.2. *Caducidad de la prueba.* En esta variante de decaimiento, el porcentual desciende al 15,79 % de los casos.

1.3. *La pérdida de pruebas en general,* comprensiva de la sumatoria de ambas causales, trepa a guarismos significativos: 36,84 %; lo que significa que uno (o fracción) de cada tres procesos, por omisiones imputables a las partes, se pierden pruebas ordenadas.

1.4. En particular, respecto de cada medida de prueba, los índices de decaimiento de expectativas (comprensivos de negligencia y caducidad), son:

1.4.1. *Confesional:* el 60 % de la ofrecida.

1.4.2. *Testimonial:* el 50 % de la ofrecida.

2. *Caducidad de la instancia*

2.1. Caducidad de la primera instancia: se decretó en el 3,57 % de los juicios.

2.2. Caducidad de los incidentes: se declaró en el 1,79 % de estas actuaciones.

3. *Infracción de deberes de probidad y buena fe*

Quedó acreditado que en el 3,51 % de las actuaciones se declaró la responsabilidad de las partes (y/o sus letrados) por infracción a los deberes de probidad y buena fe (arts. 34 inc. 6, 45, C.P.C.).

A) Del análisis de los datos precedentes se concluye que del lado de las partes, en proporciones significativas, no suele acompañarse el desarrollo de los procesos con una actividad adecuada y puntual. De ese actuar desprolijo, desinteresado o desidioso se derivan pérdidas de expectativas, particularmente en la etapa probatoria, que de común influyen negativamente en el resultado final del proceso, en el que está interesada siempre, siquiera medianamente, la comunidad. Claro que la responsabilidad mayor incumbe, casi siempre, más que a los propios litigantes, a sus auxiliares —los abogados—.

B) En cambio, el bajo índice de sanciones por temeridad o malicia evidencia que, en general, las partes y letrados observan los principios de probidad y buena fe. Aspecto positivo que cuadra aquí destacar.

VI. COSTO DEL PROCESO

El análisis del costo del proceso (18) debe necesariamente brindar —además de cifras y proporciones globales— también datos desagregados del quantum total, comprensivo de las tasas fiscales, gastos de actuación, honorarios profesionales, costo de pruebas y demás ítems que integran la condena en costas (19). Por otro lado, interesa conocer las respectivas proporciones en que, cada uno de ellos, contribuye a formar el costo total, y la relación entre este último y el valor del pleito. Todo, en fin, debe cotejarse y corresponderse con

(18) Las complejas cuestiones que plantea el costo del proceso han suscitado una constante preocupación, particularmente en las últimas décadas. Desde la perspectiva de un verdadero obstáculo para el acceso a la justicia, son ya clásicos los aportes de CALAMANDREI, *Proceso y democracia*, Ejea, Buenos Aires, 1960, trad. FFix Zamudio, H., pp. 175-179, y de CAPPELLETTI, M., *Aspectos sociales y políticos del procedimiento civil...*, en *Proceso, ideologías, sociedad*, cit., pp. 67-73; *El proceso como fenómeno social de masa*, en obra cit., pp. 134-138; *La justicia de los pobres*, en obra cit., pp. 139-147; *¿La justicia es igual para todos?*, en obra cit., pp. 149-152; *Pobreza y justicia*, en obra cit., pp. 153-183; CAPPELLETTI, M. y GARTH, B., *El acceso a la justicia*, cit., especialmente pp. 24-29.

En el derecho español: DE MIGUEL Y ALONSO, C., *Los costos y las costas en el proceso civil español*, Rev. Der. Proc. Iberoamericana, 1969, p. 901. MONTERO AROCA, J., *Introducción al Derecho Procesal*, cit., pp. 168-170. DE ANZIZU FUREST, A., *Aspectos sociológicos de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit. ALMAGRO NOSETTE, J., *Garantías constitucionales del proceso civil*, cit., p. 39. Un completo y actualizado aporte sobre el costo, la gratuidad de la justicia y las soluciones para resolver sus acuciantes problemas, puede verse en GÓMEZ COLOMER, J.-L., *El beneficio de pobreza*, Lib. Bosch, Barcelona, 1982; del mismo autor, *La asistencia judicial gratuita en la República Federal de Alemania*, en «Justicia», 1984, vol. II, pp. 263 y ss.

En Argentina, un enfoque similar se encuentra en las ponencias y discusiones del VII Congreso Nacional del Derecho Procesal (Mendoza, 1982), en *Actas del VII Congreso Nacional de Derecho Procesal*, Tema 5: «La garantía de igualdad frente a la desigualdad económica de las partes. El beneficio de litigar sin gastos y la defensa gratuita. Su equidad y eficacia», vol. I, pp. 102, 104, 137; vol. II, pp. 147, 180; vol. III, pp. 7, 29, 43, 71, 107, 129, 161, 177, 183, 201, 213, 241. El tema se planteó nuevamente en el XI Congreso Nacional de Derecho Procesal (La Plata, 1931); véase: *XI Congreso Nacional de Derecho Procesal*, Universidad Nacional de La Plata, La Plata, 1983, especialmente pp. 1240-1292; 1387-1394.

(19) Es el método seguido en el clásico estudio de DE MIGUEL ALONSO, C., donde se analizan a título ejemplificativo las tasaciones de costas en primera instancia, en los distintos tipos de juicios (de cognición, verbal, sumario ejecutivo, declarativo ordinario), con detalle de cada rubro, y se establece el porcentaje aproximado de lo insumido en relación al monto líquido obtenido en cada proceso (*Los costos y las costas en el proceso civil español*, cit., pp. 928-933).

las disposiciones normativas que encuadran, precisamente, cada uno de los rubros que integran las costas (20).

La verificación empírica de los datos relacionados con el costo del proceso requiere precisar una cuestión preliminar, que ha sido tenida en cuenta en las determinaciones efectuadas y que advierte acerca de la necesidad de homogeneizar las cifras que han de servir para las comparaciones, en atención al proceso de «aguamiento» de la moneda, consecuencia del permanente proceso inflacionario que viene padeciendo nuestro país.

1. Costo global del proceso civil (sumario)

La comparación a valores reales (no históricos o nominales), efectuado al tiempo de cumplimiento efectivo de lo reclamado, arroja un porcentaje general de 61,01 % en la relación *monto del juicio-gastos totales* (incluyendo honorarios profesionales de abogados y peritos, tasas, contribuciones y sellados de actuación, diligenciamientos, notificaciones, edictos, traslados, aportes provisionales sobre honorarios profesionales, etc.).

2. Costo desagregado

En la desagregación de ese guarismo general, se encuentra que el mismo se compone de la siguiente manera:

2.1. <i>Gastos varios</i> (incluyendo tasas, contribuciones y sellados de actuación, diligenciamientos, notificaciones, edictos, traslados, aportes provisionales sobre honorarios profesionales, etc.)	9,97 %
2.2. <i>Honorarios de abogados</i> (incluyendo los regulados judicialmente a los letrados de las partes, por actuaciones en primera, segunda y ulteriores instancias, incidentes, medidas cautelares, etc.)	49,20 %
2.3. <i>Honorarios de peritos</i> (sin discriminar por especialización ni número de expertos)	10,09 %

(20) No nos ocupamos aquí de las soluciones que se postulan para superar los problemas que se plantean en torno del *excesivo costo del proceso*, que se aluden, en un contexto más amplio y abarcador en el movimiento por el «acceso a la Justicia».

Remitimos al Informe General que, como Relator argentino, formulábamos recientemente al VI Congreso de la Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados (U.I.B.A.), que tuviera lugar en Mar del Plata, Argentina (20-24 noviembre de 1984), y que versara sobre el tema «El acceso a la Justicia para quienes carecen de medios».

A) El modelo normativo vigente en la jurisdicción de que se trata consagra el postulado genérico de *economía de gastos* que exige que el proceso civil no sea objeto de gravosas imposiciones fiscales ni que, por la magnitud de los gastos y costas que origine, resulte inaccesible a los litigantes, sobre todo a los de condición económica más precaria. El deber de *moderación en los gastos* se considera, desde otro punto de vista, como una aplicación particular del principio de probidad y buena fe procesales. En esa línea, se estatuye que «la condena en costas comprenderá todos los gastos causados u ocasionados por la sustanciación del proceso y los que se hubieren realizado para evitar el pleito, mediante el cumplimiento de la obligación. Los correspondientes a pedidos desestimados serán a cargo de la parte que los efectuó u originó, aunque la sentencia le fuere favorable en lo principal. No serán objeto de reintegro los gastos superfluos o inútiles. Si los gastos fueren excesivos, el juez podrá reducirlos prudencialmente» (art. 77, C.P.C.).

A su vez, las disposiciones arancelarias regulan la cuantía de los honorarios profesionales de los abogados y auxiliares (peritos). La ley local 8.904, de 1977, determina las regulaciones judiciales, sin perjuicio del derecho de los interesados de convenir los emolumentos dentro de las partes legales. Las retribuciones se fijan en general atendiendo primordialmente, entre otros aspectos, al monto actualizado de los bienes en disputa, siendo la escala general del 8 al 25 % del mismo en las actuaciones de primera instancia; del 20 al 35 % del monto anterior, por las de segunda instancia; la mitad de la escala primera se aplica en el procedimiento de ejecución de sentencia; del 20 al 30 % de la escala genérica, por las actuaciones en los incidentes (arts. 25, 32, 41, 47, ley cit.). Los honorarios de los peritos se prevén en las leyes profesionales respectivas, aunque sin embargo una doctrina jurisprudencial consolidada manda determinarlos dentro de una proporción adecuada a los emolumentos de los letrados en cada proceso; los gastos periciales los fija el juez, cuando medie petición del interesado.

B) Del sucinto cuadro normativo expuesto, cabe deducir que el costo del proceso civil *resulta significativamente elevado en nuestro medio*, particularmente por la algunas veces muy gravosa incidencia de los honorarios profesionales de abogados y peritos, y también de las tasas fiscales.

Este aserto aparece inequívocamente confirmado por los datos empíricos que hemos señalado, y que colocan el costo total promedio a moneda constante del proceso sumario en el orden del 61,01 % de los valores en disputa. Debiendo destacarse la proporción signifi-

cativa que absorben los honorarios profesionales de abogados, que trepa en su expresión media hasta casi el 50 % de los montos que han estado en controversia.

Queda pendiente el desgranamiento de los diversos componentes de tales rubros, empero el resultado global brinda un indicador suficiente para alertar acerca de la inusitada *carestía del proceso civil sumario*.

3. Beneficio de litigar sin gastos

En relación al capítulo anterior, interesa igualmente indagar las proporciones en que el beneficio de litigar sin gastos se utiliza por los justiciables y concede por los jueces.

Se ha comprobado en ese sentido que, en general, sólo en el 7,02 % de los casos examinados se requirió dicho beneficio, no obstante las particulares materias sobre que versa el proceso sumario de que se trata.

Conviene señalar que la forma cómo en el ordenamiento procesal se regula el beneficio de litigar de gastos, de raigambre tradicional y ensamble similar a la vieja auxiliatoria caritativa de pobreza, es susceptible de severas críticas, como que se afianza una tendencia a organizar sistemas de cobertura ampliados y objetivos más propios de los desarrollos de la asistencia social según conocidos modelos recientemente adoptados en las legislaciones europeas (21).

Los magros resultados que arroja la comprobación empírica conducen, sin duda, a reforzar los argumentos que —desde casi tres lustros— postulan la sustitución del mecanismo vigente (véase *infra*, nota 18 *in fine*).

VII. A MODO DE CONCLUSIONES PROVISIONALES

Quedan así presentados, sintéticamente —bajo el signo de provisionalidad que los colorea, y con el inocultable sentido profano que se reconoce en quien esto escribe— los primeros avances de una investigación, *in fieri*, que seguramente —y no obstante su carácter

(21) CAPPELLETTI, M. y GARTH, B., *El acceso a la Justicia*, cit., pp. 39-58. Asimismo, GÓMEZ COLOMER, J.-L., *La asistencia judicial gratuita en la República Federal de Alemania*, cit.

probabilístico— será trascendente para el estudio de cualquier reforma que en el futuro haya de intentarse para el mejoramiento del Servicio de Justicia en la jurisdicción de que se trata. Porque la conclusión fundamental que arroja lo hasta aquí analizado se centra en la *disfuncionalidad*, global y parcial, del sistema de Justicia civil, que se brinda para el tipo procesal sumario (plenario abreviado) en ese ámbito jurisdiccional.

Claro que nos hemos constreñido a volcar los datos —globales y desgranados— que se recogieran al cabo de la verificación de las constancias documentales objetivas de los procesos bajo análisis, actuando a la manera de un observador atento y ordenado de la realidad pasada. Han quedado descritos, a partir de esos datos, diversos fenómenos que —muchas veces— poco tienen que ver con los modelos institucionalizados ideales plasmados en las normas procesales y de organización judicial, como se desprende de la mera comparación entre unos y otros.

No nos hemos detenido —por exceder los razonables límites del presente— en el intento de explicación de conductas o fenómenos, ni tampoco en la predicción de comportamientos.

Somos conscientes, asimismo, que la técnica de muestreo de expedientes utilizada, con todas las reservas que genera por las dificultades del relevamiento y homogeneización de datos y criterios y, en fin, por la aleatoriedad natural de sus resultados, debe ser complementada con otras comprobaciones empíricas (v. fr., estadísticas, opinión y actitud de los protagonistas y especialistas).

Y desde luego, que no quedan agotadas todas las «variables dependientes» o «factores asociados», que tienen incidencia sobre la prestación del Servicio de Justicia (v. gr., insuficiencia presupuestaria, inaplicación de técnicas de organización burocrática, falta de motivación personal en los diversos niveles de los «operadores», disfuncionalidad del régimen de responsabilidad de los mismos, insuficiente preparación profesional de jueces y abogados, etc.). Ambiciosas metas que excediendo, como es obvio, nuestras limitadas posibilidades, han de quedar pospuestas, aunque no abandonadas.

De todos modos, ha de concederse que la agrupación y descripción sistemática de conductas y fenómenos reales y empíricos, y su análisis en paralelo con los modelos normativos teóricos respectivos, con la secuela de disfunciones, arritmias y desarmonías que han quedado evidenciadas, vienen a configurar, en suma, diagnósticos de situación parciales, sólo tendenciales y no acabadamente comprobados, si se quiere, que han de constituir empero muy valiosos antecedentes informativos para el estudio científico de la forma como

se ha desenvuelto el servicio en la época investigada. Y sobremanera, para enhebrar *políticas jurisdiccionales* (22) de base y rigor científicos, superadoras de las meras instituciones con que corrientemente se han abastecido las decisiones legislativas en este terreno.

(22) Para nuestra posición respecto de las políticas concretas en materia jurisdiccional y procesal: MORELLO, A. M., SOSA, G. L. y BERIZONCE, R. O., *Códigos procesales...*, cit., 2.ª ed., vol. I, especialmente Sección Primera, cap. I a IV; Sección Segunda, cap. XI, XII, XIII, XVIII a XXIII y Sección Cuarta, cap. XXVII. También en MORELLO, A. M., BERIZONCE, R. O., HITTERS, J. C. y NOGUEIRA, C. A., *La Justicia entre dos épocas*, cit.

EL DERECHO A UN PROCESO SIN DILACIONES INDEBIDAS

JOSÉ VICENTE GIMENO SENDRA
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Alicante

1. — CONCEPTO

En una primera aproximación el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas puede concebirse como un derecho subjetivo constitucional, de carácter autónomo, aunque instrumental del derecho a la tutela, que asiste a todos los sujetos del Derecho Privado, que hayan sido parte en un procedimiento judicial y que se dirige frente a los órganos del Poder Judicial, aun cuando en su ejercicio han de estar comprometidos todos los demás poderes del Estado, creando en él la obligación de satisfacer dentro de un plazo razonable las pretensiones y resistencias de las partes o de realizar sin demora la ejecución de las Sentencias.

2. — EL DERECHO A UN PROCESO SIN DILACIONES INDEBIDAS COMO DERECHO CONSTITUCIONAL: FUENTES LEGALES

De la definición, un tanto tautológica, que acabamos de realizar nota que ha de destacarse es la de constituir un derecho constitucional. En efecto, el referido derecho, aparece consagrado, de un lado, en el art. 24.2.º de nuestra Constitución, que ha tomado la ex-

* Ponencia presentada a las Jornadas sobre «Derecho Humanos», organizadas por el C.G.P.J., en Madrid, durante los días 23-25 de abril de 1986.

presión sin «dilaciones indebidas» del art. 14.3.º C) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de New York (texto que establece el derecho que toda persona acusada en un proceso penal tiene «a ser juzgada sin dilaciones indebidas») y, de otro, con un carácter más genérico, reclamable tanto en el proceso penal, como en el civil, se encuentra también recogido en el art. 6.1.º del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, que expresamente tutela el derecho que «toda persona tiene a que su causa sea oída... dentro de un *plazo razonable*...».

Ante esta reiteración en la consagración formal de un mismo derecho fundamental, en la C.E. y en los referidos Pactos Internacionales, la primera pregunta que cabe formularse es cuál ha de ser el valor jurídico de los referidos Pactos Internacionales y de sus órganos jurisdiccionales encargados de aplicarlos, y la segunda, ha de ser la de determinar cuál sea el ámbito de aplicación de dicho derecho fundamental en nuestro ordenamiento procesal.

La contestación a la primera de las enunciadas preguntas la ha dado la propia Comisión Europea de Derechos Humanos y, aun cuando pueda parecer sorprendente, dicha contestación lo ha sido en el sentido de excluir la vigencia del art. 6.1.º del C.E.D.H. en nuestro ordenamiento interno. De este modo, en una reciente Decisión, la n.º 11.022/84, dictada en el asunto Pérez-Mahia, ha podido afirmar lo siguiente:

... «En lo que concierne al procedimiento instruido en el Recurso de Amparo, la Comisión recuerda que, tratándose de la República Federal de Alemania o de Suiza, ella ha declarado que el art. 6, párrafo 1.º, es inaplicable a los procedimientos de examen de los recursos de carácter constitucional. En efecto, una Corte Constitucional no se ocupa más que de los derechos constitucionales, dicho en otras palabras, ella soluciona los litigios declarando la compatibilidad con la Constitución nacional de los actos o de las medidas tomadas por los poderes públicos en el ejercicio de la potestad pública...».

De seguir, pues, esta interpretación, el art. 6.1.º del Convenio no sería de aplicación directa e inmediata ante nuestros tribunales. Sin embargo, esta doctrina no puede ser, en el presente caso, reclamada; su fundamento obedece a la voluntad de la Comisión de dar un tratamiento igualitario al valor del Convenio Europeo en los distintos Estados del Consejo de Europa. Como es sabido, la doctrina alemana ha sancionado la afirmación de STERN (1), conforme a la cual «fuera de la Constitución no existe ninguna norma fundamental («Aus der Grundgesetz keine Grundnorm ist»), afirmación que ha sido tam-

bién recogida por el propio Tribunal Constitucional alemán y, en base a la cual, se rechazan no pocos recursos de amparo, fundamentados exclusivamente sobre normas del Convenio, que no están recogidas expresamente en la Ley fundamental de Bonn.

Pero en nuestro caso, en el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (y a diferencia del ordenamiento alemán, que no contiene norma constitucional alguna que expresamente lo tutele), el mencionado derecho se encuentra también recogido por nuestra Constitución; además el art. 10.2.º de la C.E. expresamente establece que «las normas relativas a los derechos fundamentales... se interpretarán de conformidad con la declaración universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

Así, pues, tanto el art. 6.1.º del Convenio, como la jurisprudencia establecida por la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dictada en su desarrollo, son de la entera *aplicación directa e inmediata* por nuestros tribunales, tal y como ha tenido ocasión de recordar nuestro Tribunal Constitucional en distintas sentencias (la 5/1985, de 23 de enero, 18/1983, de 14 de marzo, etc.).

Respondiendo a la segunda de las preguntas planteadas, tal y como ya se ha adelantado, se observa una disparidad entre el Pacto Internacional de New York, de un lado, y el Convenio Europeo y nuestra Constitución, de otro. El art. 14.3.C) del Pacto de New York limita su aplicación al proceso penal, prescripción que habrá de ser tomada en consideración a la hora de ejercitar el recurso internacional ante el órgano encargado de su aplicación. Por el contrario, tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como nuestro Tribunal Constitucional han extendido el ámbito del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, fuera del campo estrictamente procesal penal; de este modo el T.C., en su Sentencia 18/1983, de 14 de marzo, ha podido afirmar que «el proceso público sin dilaciones indebidas a que se refiere el art. 24.2 no es sólo (como pudiera pensarse por el contexto general en que se utiliza esta expresión) el proceso penal, sino que dentro del concepto general de la efectiva tutela judicial debe plantearse como un posible ataque al mismo las dilaciones injustificadas que puedan acontecer en *cualquier proceso*...».

Ciertamente, cuando las dilaciones indebidas inciden sobre el derecho a la libertad, el celo del juzgador a la hora de reparar dicho derecho ha de ser mucho mayor, puesto que, tal y como declara el propio Tribunal «cuando se juzga en materia penal o desde otro orden, en materia de derechos a los que el constituyente ha asignado una preferencia, la idea del plazo razonable tiene otros componentes y otras exigencias. Mientras un proceso más allá de ciertos límites

(1) STERN, *Kommentar Zur Bonner Grundgesetz*, Hamburg, 1982, p. 241.

temporales puede generar un rechazo claro cuando se trata de materia penal, la respuesta puede no ser la misma en el caso de otras materias...». Tratándose, pues, de la protección del derecho a la libertad, la actitud jurisdiccional frente a las dilaciones indebidas ha de ser más enérgica y, de este modo, no ha de resultar extraño que, cuando se infrinjan los plazos previstos por nuestra LECRIM a la duración de la prisión provisional, el preso preventivo, sin necesidad de agotar los recursos contra la sentencia definitiva, pueda acudir en amparo directamente ante el T.C., quien, en su sentencia, de fecha 26 de diciembre de 1984, ha admitido un recurso de amparo *directo* (Vorabverfassungsbeschwerde), tendente a prevenir los perjuicios adicionales, que se le irrogarían al recurrente de agotar los recursos ordinarios contra la sentencia definitiva.

Pero, el ámbito de aplicación del art. 24.2 de la C.E. no puede ceñirse exclusivamente al proceso penal. De hecho, nuestro T.C. guarda ya una copiosa jurisprudencia en la que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas se ha estimado aplicable en los procedimientos civiles, laborales y contencioso-administrativos. El término *proceso* del art. 24.2 debiera, pues, entenderse como sinónimo de *procedimiento judicial* y, por tanto, las dilaciones indebidas han de prevenirse en cualesquiera género de procedimiento, incluidos los actos de la jurisdicción voluntaria.

3. — CAPACIDAD, LEGITIMACIÓN

La segunda nota, que se destaca de la mencionada definición, estriba en atribuir la titularidad del derecho a un proceso sin dilaciones indebida a todos los sujetos del derecho privado, que hayan sido parte en un procedimiento judicial.

La capacidad la ostentan, pues, únicamente los sujetos del derecho privado, esto es, todas las personas físicas o jurídicas, que no formen parte de los poderes públicos, puesto que los derechos fundamentales normalmente se ejercitan frente al Estado y, por tanto, el art. 42.2.º de la L.O.T.C. excluye la posibilidad de que los referidos poderes, puedan ejercitar el recurso de amparo. Pero, en el caso del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas hay que excluir, además, de dicha posibilidad la de que los órganos de la Administración del Estado, actuando bajo normas del derecho privado, puedan ejercitar en este caso el correspondiente recurso de amparo, porque, tal y como se expondrá más adelante, el ejercicio de dicho derecho ha de comprometer a todos los poderes del Estado, de modo que el titular del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas ha de serlo única y exclusivamente el ciudadano justiciable.

La legitimación, en segundo lugar, la ha de ostentar la persona física o jurídica, que ha sido parte formal en el procedimiento judicial, en el que se ha podido producir la dilación indebida. En realidad, éste es un presupuesto, ya consagrado por el art. 46.1.º b LOTC para todos los recursos de amparo provenientes de órganos del Poder Judicial; sin embargo, tampoco es menos cierto que la jurisprudencia del T.C. ha otorgado una cierta laxitud al cumplimiento de este requisito, tratándose de partes materiales que no lo fueron en el proceso por causa no imputable a ellas mismas (S. 4/1982, de 8 de febrero; 46/1982, de 12 de julio, etc.). Pues bien, tratándose de una garantía procesal, cuya lesión tan sólo han de sufrir las partes formales, no parece que, incluso en tales supuestos, se les debiera conferir legitimación activa a aquellas personas que, aun cuando pudieran sufrir los efectos de la cosa juzgada, ello no obstante, no se han convertido en partes formales, dentro del proceso en el que se ha constatado la dilación indebida.

4. — DERECHO DE TUTELA Y A UN PROCESO SIN DILACIONES INDEBIDAS.

La atribución del referido derecho fundamental a las partes formales en un procedimiento judicial en curso y en cuyo desarrollo el órgano jurisdiccional incumple con su deber de pronunciar su resolución dentro del plazo preestablecido, plantea la duda consistente en determinar si la infracción del derecho al proceso sin dilaciones indebidas, del art. 24.2 C.E., conlleva también la vulneración simultánea del derecho a la tutela, del art. 24.1.º, o, si por el contrario, se trata de un derecho fundamental autónomo y distinto al de la obtención de una resolución motivada.

La jurisprudencia de nuestro T.C. no se ha mantenido unánime a lo largo del tiempo. En un primer momento, pudo afirmar que «este derecho a la jurisdicción reconocido en el párrafo 1.º del mencionado art. 24 no puede entenderse como algo desligado del tiempo en que debe prestarse por los órganos del Poder Judicial...» (S. 14 julio 1981, B.O.E. de 20 de julio, que «una justicia tardía equivale a una denegación de justicia» (S. 13 abril 1983, 14 julio 1981) por lo que «debe plantearse como un posible ataque al derecho a la tutela judicial efectiva las dilaciones injustificadas que puedan acontecer en cualquier proceso» (S. 67/1984, de 7 de junio; B.O.E. de 11 de julio).

Efectivamente, el no pronunciamiento de la Sentencia o la no adopción de las medidas de ejecución necesarias (por ej., en el pro-

cedimiento de ejecución de Sentencias contencioso-administrativas, en el que la Administración suele ser reacia al cumplimiento del fallo), conlleva la vulneración del derecho a la tutela efectiva. Incluso, aun cuando las tales resoluciones hayan sido emanadas, si lo han sido en un período desorbitado de tiempo, puede vulnerarse también el derecho a la tutela; ello es lo que puede ocurrir, por ejemplo, en reclamaciones de cantidad, deducidas ante órganos jurisdiccionales de países con una alta tasa de inflación, en los que, de no adoptarse medidas de revalorización y actualización de tales prestaciones, se otorgaría siempre una satisfacción parcial al demandante (2), o, lo que puede ocurrir en los procedimientos de familia que tengan por objeto la patria potestad de los padres sobre los hijos.

Ahora bien, la infracción de aquel derecho fundamental no puede identificarse en todo caso con la del derecho a la tutela. Si así fuera, bastaría con condenar al órgano judicial, que lo ha infringido, a pronunciar su resolución motivada, para entender que ha quedado satisfecho el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Ciertamente ésta ha sido la actitud sostenida, en un primer momento, por nuestro T.C. y, así, en el auto 273/1984, de 9 de mayo, pudo afirmar que una vez dictada sentencia por la Audiencia Territorial de Madrid, ha quedado sin contenido la pretensión del recurrente... pues el derecho que estima vulnerado ha sido restablecido al obtener una resolución jurídicamente fundada» (en el mismo sentido S. 14 julio 1981 y S. 68/1984, de 11 de junio, B.O.E. de 11 de julio de 1984).

Sin embargo, el propio T.C. ha evolucionado su doctrina inicial; de este modo, en la S. 26/1983, de 13 de abril (B.O.E. de 17 de mayo de 1983) ha declarado que si bien «desde el punto de vista sociológico y práctico, puede seguramente afirmarse que una justicia tardíamente concedida equivale a una falta de tutela judicial efectiva; jurídicamente, en el marco de nuestro ordenamiento, es forzoso entender que se trata de derechos distintos que siempre han de ser considerados separadamente y que, en consecuencia, también pueden ser objeto de distintas violaciones»... «Si esas medidas se adoptan, el derecho a la tutela judicial efectiva se habrá satisfecho, aunque si se adoptan con una tardanza excesiva e irrazonable pueda considerarse lesionado el derecho al proceso sin dilaciones indebidas». Idéntica doctrina se mantiene en las sentencias 36/1984, de 14 de marzo (B.O.E. de 3 de abril) y la 5/1985, de 23 de enero (B.O.E. de 12 de febrero).

Como puede observarse, la cuestión no es meramente bizantina. De sostener la autonomía del derecho a un proceso sin dilaciones

(2) GOLDSTEIN, *La protezione del valore delle controversie di inflazione (analisi basata sull'esperienza israeliana)*. RDPC, 1985.

indebidas, junto al restablecimiento del derecho a la tutela, mediante la emisión de la resolución judicial oportuna, puede surgir una pretensión indemnizatoria, tendente al restablecimiento del daño producido por las dilaciones indebidas y de la que nos ocuparemos en el último epígrafe de este trabajo. En cualquier caso, conviene remarcar aquí que, si bien el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, ofrece un marcado carácter instrumental con el derecho a la tutela, por cuanto el exceso de tiempo puede producir una satisfacción platónica a las partes litigantes, tampoco es menos cierto que el derecho fundamental del art. 24.2 constituye un derecho autónomo y distinto al de la tutela, cuya infracción ha de ocasionar el nacimiento de la oportuna pretensión de resarcimiento.

5. — VULNERACIÓN DEL DERECHO: OBJETO MATERIAL

Aun cuando el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas presente un marcado carácter autónomo con respecto al derecho a la tutela, ofrece con él la común característica de constituir un derecho subjetivo de carácter *reaccional* (3). Se trata de un derecho, que nace en nuestro ordenamiento como consecuencia de la prohibición del «non liquet», de la obligación que tienen, juzgados y tribunales de resolver, dentro de los plazos previstos en las leyes de enjuiciamiento, los asuntos de que conozcan (art. 1.7.º del C.C.) o «las pretensiones que se les formulen (art. 12.3.º de la L.O.P.J.), pudiendo incurrir el Juez, si el retardo fuere malicioso, en la responsabilidad penal del delito, previsto en el art. 357.2.º del C.P.

La vulneración, pues, de este derecho fundamental, se realiza siempre como consecuencia de la *omisión* que realiza un órgano jurisdiccional sobre aquella obligación constitucional. Pero el deber de impartir rápidamente justicia, no constituye una obligación de la que estén absolutamente exentos las partes procesales y los demás Poderes del Estado, sino que, antes al contrario, ha de comprometer a todos los poderes públicos y a los propios ciudadanos justiciables, porque, también es una obligación, la que tienen de prestar su colaboración en el curso del proceso (art. 118 de la C.E.) y porque la justicia es un valor superior que informa a todo nuestro ordenamiento (art. 1.1.º de la C.E.);

(3) GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de Derecho Administrativo*, II, Madrid, 1977, pp. 49 y ss.; ROMERO, *La aplicación normativa directa de la Constitución Española*, «La Ley», 1983, n.º 692, pp. 3-4.

A) Frente a los demás poderes del Estado, el derecho previsto en el art. 24.2, se proyecta creando las obligaciones del Poder Ejecutivo y Legislativo de incrementar notablemente el número de plantillas orgánicas, de dotar a la justicia de los necesarios medios materiales y de realizar en nuestros Códigos procesales las reformas oportunas, tendentes a la consagración del principio de aceleración («Beschleunigungsprinzip») del procedimiento.

De la deficiente situación orgánica de nuestra justicia es consciente nuestro T.C., para quien dicha situación puede, en ocasiones, exculpar a los propios jueces, que hayan podido cometer dilaciones indebidas. Así, afirma el T.C., «la penuria de medios que la administración de justicia en sus distintos órdenes padece puede explicar y hasta excusar, la ausencia de iniciativas de las magistraturas...» (S. 26/1983, de 13 de abril), o, como señala la S. 36/1984, «el abrumador volumen de trabajo que pesa sobre determinados órganos jurisdiccionales... puede excusar a los jueces y magistrados de toda responsabilidad personal por los retrasos con los que las decisiones se producen», sin embargo, esta situación «no priva a los ciudadanos del derecho a reaccionar frente a tales retrasos».

B) Frente a las partes en el proceso, el ejercicio de aquel derecho, reclama hoy más que nunca la obligación de probidad, de moverse dentro del proceso de buena fe, sin suscitar incidentes dilatorios que provoquen el retraso de la Sentencia o su ejecución práctica (art. 11.1.º y 2.º de la L.O.P.J.).

Desgraciadamente de esta conducta sinuosa y torticiera no se escapa la propia Administración Pública, quien ha provocado ya más de tres Sentencias condenatorias de nuestro T.C. (las S. 37/1982, de 16 de junio, 67/1984, de 7 de junio y 109/1984, de 26 de noviembre), en las que ha podido apreciarse una conducta obstruccionista de la misma, plasmada en el retardo en la remisión del expediente a la Sala de lo contencioso administrativo, y en el propio procedimiento de ejecución por la vía de incumplir las medidas del art. 110 de la L.J.C.A., suscitando no pocos incidentes en la fase de ejecución con el único y sólo objeto de frustrar la realización práctica de la Sentencia.

Consecuentemente con lo expuesto, la realidad sociológica de nuestra práctica forense exige una reacción más enérgica de nuestra Magistratura en punto a prevenir las dilaciones indebidas y a asegurar aquella obligación procesal de probidad de las partes. Dicha actitud debiera realizarse utilizando las medidas incorporadas en nuestro ordenamiento por la Ley de Reforma Parcial de la LEC y por la nueva L.O.P.J., las cuales debieran concretarse en la asunción por la Judicatura de una doble función: de un lado, la de una actividad nega-

tiva, consistente en repeler los incidentes y excepciones manifiestamente dilatorios, deduciéndose, si fuese necesario, el oportuno testimonio por la comisión del nuevo delito de fraude procesal (art. 11.2.º de la L.O.P.J.); y, de otro, mediante el ejercicio de una función positiva, la cual debiera concretarse en una triple vertiente: en primer lugar, mediante la remoción de obstáculos procesales que pudieran impedir la emisión de una resolución de fondo (art. 11.3.º L.O.P.J. y sentencias del T.C. 119/1983, de 14 de diciembre, y 43/1985, de 22 de marzo) así como la sanación de los defectos no invalidantes de los actos procesales (arts. 242 y 243 de la L.O.P.J.), en segundo lugar, mediante la utilización de las medidas cautelares y de ejecución necesarias para la realización práctica de las resoluciones judiciales, deduciéndose, si fuere necesario, el oportuno testimonio por delito de desobediencia y, por último, la imposición del criterio del vencimiento en las costas al litigante temerario.

6. — CONTENIDO DEL DERECHO: LAS DILACIONES INDEBIDAS

Consecuentemente con la naturaleza reaccional del derecho fundamental que nos ocupa, el Estado ha de comprometerse a prestar una justicia ágil y rápida. Pero, llegados a este punto se hace necesario preguntarse por el contenido de dicho derecho: ¿que es lo que deba entenderse por dilaciones indebidas a los efectos del art. 24.2.º de la C.E.?

Para la integración de dicho «standard», se hace necesario acudir a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y a la de nuestro Tribunal Constitucional. Tal y como ya se ha avanzado, y como el T.C. tiene declarado, «por dilación indebida no se está diciendo cosa distinta de lo que dice el art. 6.1 de la Convención Europea...» (S. 5/1985, de 23 de enero). El derecho, pues, a un proceso sin dilaciones indebidas ha de ser entendido como sinónimo de proceso realizado en un «plazo razonable» y, por lo tanto, la doctrina del T.E.D.H. constituye un límite mínimo, que ha de ser observado por nuestro T.C.

A) *Dilación:* Para que pueda ejercitarse el derecho consagrado en el art. 24.2.º es preciso, en primer lugar, que en un procedimiento judicial en curso se haya producido una dilación. Aun cuando el T.C. haya podido declarar que «el incumplimiento de los plazos dispuesto en la Ley no constituye por sí mismo una dilación...» (Auto n.º 459/1984, de 18 de julio), dicha afirmación contraviene la naturaleza de las cosas. Ciertamente «el art. 24.2 no ha constitucionalizado el derecho a los plazos» (S. 5/1985, de 23 de enero), ni, por tanto, el incum-

plimiento de los plazos dentro de un proceso es circunstancia que, por sí sola, pueda fundamentar una pretensión de amparo, pero dicho incumplimiento genera el nacimiento de una dilación, que, de conformidad con el principio de impulso de oficio, habrá de ser vigilada y subsanada por el propio órgano jurisdiccional.

B) *Indebida*: Lo decisivo, pues, a lo sefectos del art. 24.2 es que la referida dilación sea *indebida*. Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Europeo no puede dictarse una regla universal que clarifique el concepto del plazo razonable o de la dilación indebida, debiendo apreciarse la infracción de dicho plazo en cada caso y según sus circunstancias. En definitiva, son tres los elementos que habrán de ser tenidos en consideración: como señala el T.E.D.H. «el Tribunal ha de tener en cuenta la complejidad del asunto, el comportamiento de los demandantes y el de las autoridades judiciales» (caso König, S. 10 de marzo de 1980, Fundamento de Derecho 1.B.99; caso Eckle, S. 15 julio 1982, II.B.80; caso Foti, S. 10 diciembre 1982, II.a.2.56; caso Corigliano, S. 10 diciembre 1982, II.A.2.37; caso Zimmermann-Steiner, S. 13 julio 1983, I.24). A estos tres requisitos doctrinales nuestro T.C. ha incorporado un cuarto, conforme al cual habrán de ser estimados los standards de actuación y rendimientos normales en el servicio de la justicia, si bien como vamos a ver en seguida este requisito no es nada pacífico.

a) *La complejidad del asunto*: Sabido es que no goza, en la práctica, el mismo tratamiento procedimental una reclamación de cantidad, acreditada a través de documentos públicos, que un procedimiento concursal o un procedimiento penal incoado en base a la comisión de diversos delitos económicos.

En determinadas ocasiones, la complejidad fáctica de un litigio (vgr. la necesidad de realizar distintas pruebas periciales, o de recurrir al auxilio judicial), la jurídica (vgr.: la obligación de resolver las cuestiones prejudiciales suspensivas) o las propias deficiencias técnicas del ordenamiento (por ej.: la necesidad de esperar el órgano judicial a la curación del lesionado en el tratamiento que el C.P. anterior a su reforma parcial, realizaba del delito de lesiones) pueden ocasionar el transcurso de los plazos legales previstos en el ordenamiento. Sin embargo, tales dilaciones no merecerán el carácter de «indebidas» y habrá de prosperar esta excepción de la Abogacía del Estado en un eventual recurso de amparo.

b) *El comportamiento del recurrente*: Tampoco puede merecer el carácter de «indebida» una dilación, que ha sido provocada por el propio litigante, recurrente en amparo, porque a nadie se le autoriza a ir «contra sus propios actos», máxime cuando mediante dicha conducta se atenta al correcto funcionamiento de la justicia.

El T.E.D.H. ha tenido ya ocasión en dos Sentencias (caso Buchholz, S. 6 mayo 1981 y Pretto, S. 8 diciembre 1983) de apreciar esta objeción y declarar la ausencia de violación del art. 6.1.º del Convenio.

Pero, para que pueda prosperar dicha excepción se hace necesario que el litigante dolosamente, mediante el planteamiento de cuestiones incidentales o de recursos abusivos contra resoluciones interlocutorias, o provocando suspensiones injustificadas del procedimiento, haya ocasionado tales dilaciones o, al menos, su conducta adolezca de la falta de diligencia necesario (vgr.: presentación intempestiva de documentos o retrasos en la devolución del sumario o expediente administrativo) para la rápida tramitación del procedimiento (cfr.: art. 295 L.O.P.J.).

Por el contrario, no parece que debiera triunfar esta excepción cuando el litigante se limita únicamente a ejercitar su derecho a los recursos. Opinión contraria es la del T.C., quien, en su Auto 218/1985, de 19 de junio (ibídem A. 255/1983, de 1 junio, F.J. II.3), ha afirmado que «la duración se ha debido a la interposición por los actores de sendos recursos de apelación y de casación, cuyo transcurso les ha favorecido». La referida afirmación pugna contra el derecho a la tutela, que es también el derecho a los recursos legalmente establecidos: una cosa es que el recurrente ejercite los medios de impugnación, que le asisten conforme al ordenamiento (aunque éstos, como en el presente caso, siendo desfavorables en el fondo le beneficien en el tiempo) y otra muy distinta es que en la tramitación de tales recursos el Estado puede ocasionar dilaciones indebidas.

c) *La actitud del órgano judicial*: En tercer lugar, el T.C. o el T.E.D.H. habrá de comprobar en el procedimiento concreto cuál fue el comportamiento del órgano judicial en punto a determinar si fue o no el causante de las dilaciones indebidas, debiendo pronunciarse afirmativamente en el supuesto de que las referidas dilaciones obedezcan única y exclusivamente a la *inactividad* del órgano judicial, que, sin causa de justificación alguna, dejó transcurrir el tiempo sin impulsar de oficio el procedimiento, sin emitir su resolución de fondo u omitió adoptar las medidas adecuadas para conceder la satisfacción real y práctica de las pretensiones de las partes.

En ocasiones, el retraso en la tramitación de un procedimiento puede obedecer a una avalancha momentánea de litigios, que por causas no imputables al Estado, puede sorpresivamente sobrecargar el trabajo de un determinado órgano u orden judicial o sencillamente puede suceder que la urgencia o importancia de determinados asuntos exija una mayor atención a ellos en detrimento de otros. Estas circunstancias pueden constituir todas ellas causas de justifi-

cación del órgano judicial y así lo ha reconocido el Tribunal Europeo en dos Sentencias (el caso Buchholz cit. y el asunto Zimmermann y Steiner, S. 13 julio 1983). En el primero de ellos (se trataba de un despido en el año 1974, en la R.F.A., caracterizado por la gran inestabilidad laboral, como consecuencia de la política de reconversión) pudo afirmar que «tampoco puede el Tribunal olvidar que el hecho de que las demoras en el Tribunal de Apelación se originan en un período de transición significado por un aumento notable en el volumen de conflictividad que resulta de un deterioro en la situación económica general...» y en el segundo declaró que «...un atasco temporal en el despacho de los asuntos no implica su responsabilidad (del Estado) si recurren, con la deseable rapidez, a medidas adecuadas para superar una situación excepcional... Entre los medios que pueden utilizarse excepcionalmente figuran la elección de un determinado orden de tramitación de los asuntos, fundado no sobre la mera fecha de su presentación, sino sobre su urgencia y su importancia, en especial sobre el riesgo que suponen para los interesados. Sin embargo, cuando la situación se prolonga y afecta a la estructura del órgano, dichos medios no son suficientes y el Estado no puede retrasar más la aprobación de medidas que sean eficaces».

Como puede observarse, esta última afirmación del T.E.D.H. (por otro lado, declarado ya en el caso Eckle, S. 15 julio 1982, F.J. 85 y 92, y reiterada por la Comisión Europea, entre otras, en su D. 7984/77, de 11 de julio, F.J. 3.d) (4), viene a desvirtuar uno de los argumentos esenciales que sirvieron al T.C. para desestimar el recurso de amparo resuelto por la Sentencia 5/1985, de 23 de enero, por lo demás excelente, y es que la «acumulación de asuntos», por muy temporal que sea, si no reviste carácter *excepcional* y, sobre todo, si el Estado no aporta los medios para remediar esta situación, que además debe revestir el carácter de *imprevisible*, no constituye causa de justificación alguna del Estado ante el T.E.D.H., por lo que hemos de suscribir íntegramente el voto reservado de TOMÁS Y VALIENTE a la referida Sentencia y afirmar que «la frecuente tardanza excesiva del «servicio de justicia», no puede reputarse como «normal», pues lo normal es lo ajustado a la norma y no lo contrario a ella, aunque sea lo más frecuente... y, en segundo término porque si... hubiese que tomar

(4) «El Gobierno demandado sostiene igualmente que la duración del procedimiento debe ser apreciada teniendo en cuenta la realidad socio-económica en la cual opera la justicia italiana. Sobre este punto la Comisión estima que, bajo reserva eventualmente, de circunstancias excepcionales, pertenece en principio a los Estados Partes del Convenio poner su aparato judicial en la medida de cumplir sus tareas conforme a las exigencias del Convenio y de asumir la responsabilidad».

como regla para medir el respeto o la violación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas ese mismo hecho anormal, pero general, ello equivaldría a dejar *vacío de contenido esencial* el derecho fundamental...».

Por último, señalemos que, de conformidad con el mencionado voto particular, si la dilación fuere excesiva incumbe al órgano judicial, a través de la Abogacía del Estado, alegar en el correspondiente recurso de amparo la oportuna causa de justificación, que «permita apreciar su dilación como no indebida». La carga de la prueba de dicha causa de justificación corresponde, pues, al referido órgano jurisdiccional y no al recurrente.

7.— EL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO VULNERADO

Quédanos finalmente por examinar cómo puede restablecerse la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

Descartada la idea de que la reparación de dicho derecho pueda realizarse exclusivamente por el mero restablecimiento del derecho a la tutela (vide supra, 4), mediante la condena por el T.C. del órgano judicial a la emisión de la resolución, cuya tardanza se ha puesto de manifiesto, se hace obligado concluir que dicho restablecimiento se ha de hacer por la vía sustitutoria, de conformidad con lo dispuesto en el art. 121 C.E., mediante la condena del Estado al pago de la oportuna indemnización al perjudicado. Así lo ha entendido desde siempre la jurisprudencia del T.E.D.H. y lo ha declarado recientemente nuestro T.C. (S. 5/1985, de 23 de enero, F.J. 9).

La jurisprudencia del T.C., sin embargo, no se ha manifestado unánime a lo largo del tiempo. Hasta la promulgación de la S. 36/1984, de 14 de marzo, el criterio sustentado era el de que «el derecho a ser indemnizado no está incluido en los arts. 14, 24 y 30.2.º de la Constitución» (Auto 4. Nos. 1981, Sala 2.ª), por lo que «la petición de indemnización no se corresponde con ninguno de los pronunciamientos que este T.C. puede efectuar al resolver los recursos de amparo» (S. 37/1982, de 16 de junio; en el mismo sentido: Autos de 19 enero 1983, 20 julio 1983 y 9 mayo 1984).

Pero, a partir de la mencionada Sentencia de 14 marzo 1984, la jurisprudencia del T.C. ha evolucionado y, si bien reitera la tesis de que «el derecho a ser indemnizado... no es en sí mismo un derecho invocable en la vía de amparo» afirmará que «la lesión del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas genera, por mandato de la Constitución (art. 121), cuando no puede ser remediada de otro modo, un derecho a ser indemnizado por los daños que tal lesión produce».

Esta última tesis ha sido reiterada por la S. 5/1985, de 23 de enero, constituyendo hoy una doctrina legal.

La mencionada evolución jurisprudencial ha sucedido como consecuencia de una grave laguna, de la que adolecía nuestro ordenamiento, el cual no contemplaba un procedimiento adecuado para la satisfacción de pretensiones de resarcimiento que pudieran surgir como fruto de un defectuoso funcionamiento de la justicia, fuera de los estrechos cauces de los arts. 40 y 49 de la L.R.J.A.E. y del motivo del recurso de revisión, contemplado en el art. 960 LECRIM, que, en realidad, era el único supuesto de responsabilidad *directa* del Estado.

Hoy esta laguna ha sido colmada con los arts. 292 a 297 de la vigente L.O.P.J., en cuya virtud el Estado responde siempre directamente de los daños ocasionados por error judicial o debidos al anormal funcionamiento de la Justicia, sin perjuicio de poder repetir contra Jueces y Magistrados únicamente si los tales daños obedecen a «dolo o culpa grave» (art. 296).

La fórmula empleada por el art. 292 es, pues, lo suficientemente amplia para cubrir la totalidad de las reparaciones que pudieran suscitarse por la infracción del derecho al «plazo razonable». Tanto los supuestos de «excesos de cumplimiento» de los presos preventivos, que encontrarían cabida dentro del concepto de «*error judicial*», como las dilaciones indebidas producidas por el mal funcionamiento («culpa in comitendo») o por la omisión del funcionamiento («culpa in omitendo») entrarían dentro del concepto de «*funcionamiento anormal*» y originarían el nacimiento de la responsabilidad directa del Estado (5). En particular, las dilaciones indebidas motivadas por el «stress» o sobrecarga de trabajo de los Juzgados constituyen supuestos en los que, descartada toda idea de responsabilidad del Juez, ello no obstante, producen el nacimiento de la responsabilidad directa del Estado como consecuencia del funcionamiento anormal de su Justicia.

Ahora bien, debido a que las dilaciones indebidas pueden también tener como causa la actitud dolosa de alguna de las partes litigantes, hemos de distinguir nosotros el referido supuesto del que obedezca al funcionamiento anormal de la Justicia «*strictu sensu*».

A) Si ha sido una de las *partes litigantes*, quien, mediante su conducta, ha provocado las dilaciones indebidas, puede la contraparte (nunca quien las ha suscitado, vide supra, 6.B.b) solicitar del órgano jurisdiccional la oportuna condena de indemnización de daños y perjuicios, sin que pueda oponerse el carácter de ser un «particular»

(5) MARTÍN REBOLLO, *Jueces y Responsabilidad del Estado*, Madrid, 1983, p. 162.

el autor de la lesión (arts. 41.2.º y 44.1.b L.O.T.C.), porque de la violación del 24.2.º responde también por omisión el órgano judicial, quien está obligado a aplicar el referido precepto constitucional (artículos 9.1.º y 53.1.º C.E., S.T.C. 55/1983, de 22 de julio) y restablecer el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

Ante la invocación, pues, por la contraparte del referido derecho fundamental vulnerado y ante la solicitud de la pertinente indemnización, el órgano judicial vendrá obligado a acceder a dicha pretensión de condena en la Sentencia, con o sin reserva de liquidación, la cual habrá de ejecutarse a través del procedimiento de ejecución de Sentencias.

B) Pero si el causante de dicha dilación es el propio *órgano judicial* no parece que los arts. 292 y ss. de la L.O.P.J. le autoricen a dictar este pronunciamiento, pues, si la dilación obedece a un «error judicial», dicha declaración judicial es competencia del T.S. (artículos 293.1 y b L.O.P.J.) y, tanto en este supuestos como en el de «funcionamiento anormal» de la justicia (para el que no es necesaria la previa declaración judicial) el interesado ha de dirigir posteriormente su petición indemnizatoria al Ministerio de Justicia, siendo la resolución de éste revisable en vía contencioso-administrativa (artículo 293.2.º).

Consecuentemente, no pueden los órganos jurisdiccionales ordinarios restablecer el referido derecho fundamental, lo cual es del todo punto inobjetable con respecto al órgano judicial que causó dicha violación, ante su falta de legitimación; pero nada hubiera obstado a que la Ley hubiera conferido esta facultad al Tribunal de Apelación. Al no hacerlo así, pudiera pensarse que pueden vulnerarse el principio de exclusividad de la jurisdicción (art. 117.3.º C.E.) el del control jurisdiccional de la legalidad (art. 106.1.º), que pertenece a todos los Tribunales ordinarios, sean o no contencioso-administrativos, e incluso el principio de igualdad (art. 14) al establecer la Ley un distinto trato para la Administración frente a los particulares, en el restablecimiento del referido derecho fundamental.

Sin embargo, son razones de índole presupuestario (la necesidad de consignar previamente la oportuna partida presupuestaria) las que justifican este trato privilegiado de la Administración Pública (6).

En cualquier caso, lo que no puede hacer la Administración es, al amparo del procedimiento previsto en el art. 293.2.º de la L.O.P.J., dilatar más en el tiempo de la indemnización oportuna, porque, en

(6) MARTÍN REBOLLO, Op. cit., pp. 197 y ss.

tal caso, permanecería sin ser restablecido y, por tanto, vulnerándose el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

Si ello sucediera en la práctica, podría el T.C. determinar dicha indemnización, porque el amparo constitucional abarca, no sólo la declaración de la nulidad del acto lesivo y el reconocimiento del derecho fundamental vulnerado, sino también «el restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación» (artículo 55.1.c L.O.T.C.). Pero, en tanto ello no ocurra, debe procurarse una interpretación adecuada con nuestra Constitución del art. 293.2.º L.O.P.J., de conformidad con la propia doctrina legal de nuestro alto Tribunal (vide, por ej.: la S.T.C. 109/1984, de 26 de noviembre).

NOTAS

TRES SENTENCIAS EXTRANJERAS SOBRE EL SECRETO PERIODISTICO *

FAUSTINO GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Sevilla

El tema que origina las siguientes reflexiones se enuncia así: La previsión legal de un derecho del periodista de abstenerse de depone en juicios penales en orden a las fuentes de las noticias que con carácter fiduciario le hayan sido comunicadas o reveladas y de influencia en la causa penal, plantea al citado profesional un dilema grave, pues deberá sacrificar el secreto profesional en favor de la obligación procesal de testificar o transgredir ésta para no violar el primero.

Este simple enunciado encierra, sin embargo, un número de graves problemas al estructurarse la cuestión doctrinalmente, y aun de mayor trascendencia al ser planteada ante los Tribunales de Justicia. En efecto, se sostiene que el secreto periodístico encuentra su tutela en el derecho a la información que, se dice, es presupuesto de la libertad de manifestación del pensamiento y valor esencial en los sistemas democráticos, debiéndose entender aquél inexistente o vulnerado cuando no reciba un reconocimiento pleno como derecho en el campo procesal.

En nuestro Derecho, la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su art. 416 indica las personas «que están dispensadas de la obligación de declarar» (fundamentalmente, parientes del procesado, y el abogado del procesado respecto a los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor); y en el art. 417, enumera otras «que

* Trabajo destinado al Libro-homenaje al Prof. Gutiérrez-Alviz y Armario.

no podrán ser obligadas a declarar como testigos». En este segundo precepto se contemplan secretos procesales que vienen establecidos con total independencia del inculpado, y que hacen referencia a determinadas relaciones que se presumen de total confianza y en que se exige una especial fidelidad (así el secreto de carácter religioso, y el que afecta a los funcionarios públicos) (1).

La LECri. contiene, pues, un *numerus clausus* de situaciones y profesiones privilegiadas expresadas normalmente y, entre las que, huelga decirlo, no aparece la de profesional de la información. Pero, por otro lado, no podemos olvidar que, respecto a los periodistas, la Constitución en su art. 20 l. d. reconoce y protege el derecho a «comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión», y que «la ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades», con la limitación, expresada en el núm. 4 de este artículo, del debido «respecto a los derechos reconocidos en este título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollan, y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen, y a la protección de la juventud y de la infancia».

Reconocimiento por tanto constitucional del secreto profesional de los periodistas que la ley deberá regular con unos ya claros perfiles y orientaciones.

Pero, además, y para nuestros fines, la solución legal deviene urgente por la rotundidad y gravedad del también dictado constitucional establecido en el art. 24, 2.º párr.: «La ley regulará los casos en que por razón de parentesco o de secreto profesional no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos».

A la espera de tan fundamental normativa y ante su indudable incidencia procesal, nos ha parecido muy ilustrativo el examinar cómo estas cuestiones se regulan o se resuelven en otros ordenamientos europeos de nuestro entorno cultural. La pregunta central es ésta: ¿En caso de conflicto, debe prevalecer el secreto periodístico por su efectiva utilidad instrumental para el ejercicio de las exigencias (y derechos) de la información sobre los intereses fundamentales de la justicia?

I. — En el ordenamiento procesal penal italiano se contempla una situación legal parecida a la española. El *Codice di procedura penale* tampoco reconoce una exención al periodista de su deber de testificar pero la *Corte Costituzionale* ha tenido recientemente la ocasión de pronunciarse sobre la cuestión al habersele presentado el caso

(1) Vid. ampliamente el excelente estudio de MORENO CATENA, *El secreto en la prueba de testigos del proceso penal*, Madrid, 1980.

por tres vías judiciales distintas. Es oportuno encuadrar el contexto en que la sentencia de la *Corte Costituzionale* se pronuncia. Uno, a través del incidente de ilegitimidad constitucional, los otros dos representados por la tentativa de entender ya adquirida —*de iure condito*— la citada facultad de abstención de testificar por parte del periodista fundadas en distintas iniciativas de modificación legislativa.

Las resoluciones de los Pretores de Cagliari, de Roma y de Sondrio, planteaban el mismo problema ya enunciado y la *Corte Costituzionale* con la sentencia de (22 de enero) de 28 de enero de 1981, afronta definitivamente la cuestión con los razonamientos que siguen (2).

Los jueces *a quibus*, aunque con diversa indicación de las disposiciones legales aplicables aducían en sustancia, «que de la libertad de manifestación del pensamiento y del derecho a informarse que notoriamente constituye presupuesto lógico y práctico del derecho activo de información, y también del principio constitucional de igualdad en relación analógica con las hipótesis que exoneran del deber de testificar (reguladas en el art. 351 cod. proc. pen.) se desprende la exigencia también en un plano procesal de respetar el secreto profesional sobre las fuentes de las noticias cuando lo requieran el carácter fiduciario de las mismas» (art. 2.1 del Ordenamiento de la profesión de periodista de 3 de febrero de 1963).

El primer aspecto que la sentencia examina es el relativo a la denunciada violación del principio de igualdad. La Corte rechaza de plano tal asimilación porque «las situaciones comparadas no son iguales, ni siquiera homogéneas en sentido lato, sino diversa bajo aspectos estructurales y funcionales». En un plano estructural, se dice, «el secreto periodístico se diferencia de los secretos que se regulan en el art. 351 Cod. proc. pen. porque protege sólo la fuente y no la noticia, que se confía al periodista precisamente para que la divulgue. De modo que el eventual reconocimiento de un derecho del periodista a no revelar procesalmente la identidad del confidente estaría ante una situación bien diversa a la prevista por el art. 351. Funcionalmente, por la particular naturaleza de las relaciones subyacentes, de las finalidades respectivamente perseguidas y de las exigencias tuteladas. En efecto, por necesidades materiales o morales las personas confían a aquéllos (los indicados en el art. 351) las noticias con la intención que no sean reveladas o divulgadas, mientras que, evidentemente, la situación es totalmente diversa para quienes

(2) La sentencia puede consultarse en la Revista «Giurisprudenza Costituzionale», 1981, parte prima, Fasc. 2,4, págs. 4 ss.

revelan noticias libremente al periodista precisamente para que la divulgue».

La sentencia no desconoce la «cobertura» que el secreto periodístico encuentra en el derecho de información para cuyos fines la adquisición de las noticias representa, en un cierto sentido, el punto de partida que justifica y facilita la más amplia investigación por parte de los periodistas.

En este sentido, la Corte incluso reconoce un cierto paralelismo existente entre la disciplina prevista para el «confidente necesario» de la policía y la deseada para los periodistas para la tutela de su «confidente eventual», pero resalta la diferencia entre las dos situaciones «ya por la diversidad de los intereses que se querrían tutelar, ya porque la disciplina del secreto de la policía se caracteriza por la prohibición de adquisición de la noticia de la que no se pretende revelar la fuente, mientras que en el caso del periodista, la noticia normalmente ya ha sido divulgada».

También se debatió por los jueces de instancia en qué situación se coloca el derecho de la colectividad a informarse —presupuesto de la libertad de manifestación del pensamiento— a cuya más completa actuación tendería el secreto periodístico, respecto a la exigencia contrapuesta y también constitucional de la realización de la justicia.

Bajo esta óptica, la *Corte Costituzionale* declara que «ciertamente el secreto periodístico encuentra su cobertura en el derecho a la información y en el derecho de crónica comprensivo del derecho a la libre adquisición de noticias, así como un derecho de los ciudadanos a la información, como aspecto pasivo de la libertad de manifestación del pensamiento». Incluso tampoco falta el homenaje a la prensa «como eje del régimen de democracia garantizada por la Constitución». Pero, indica «que el interés protegido por el art. 21 de la Constitución (libertad de expresión y de prensa) no es superior en abstracto al igualmente fundamental de la justicia». De tal modo que «en caso de conflicto debe ser precisamente el legislador quien usando de su discrecionalidad debe realizar una razonable y equilibrada composición de los intereses opuestos».

Se afirma, por tanto, y aquí está lo fundamental de la doctrina constitucional proclamada, que corresponde al legislador realizar esa razonable y equilibrada composición de los intereses opuestos, y, en consecuencia, si el secreto periodístico es de esencial o efectiva utilidad instrumental al punto de prevalecer y con qué límites sobre los intereses de la justicia, habida cuenta que entre éstos «hay que considerar junto al interés en la averiguación de la verdad también el de la defensa de los sujetos implicados por las noticias divulgadas,

y que, por otro lado, las exigencias de la información suponen también un interés en el control de las noticias periodísticas por parte de los lectores y de otros "operatori" de la prensa como condición de un efectivo pluralismo de la información».

Con razón ha indicado PISA que esta remisión al legislador deja algunos interrogantes abiertos: el «peso» del interés de la justicia, en su concreta ponderación que lo contrapone al interés del secreto, varía también en función de la gravedad del delito objeto del procedimiento, pues no es lo mismo que el silencio sobre la fuente informativa afecte a un homicidio que a un robo o incluso a un delito de escasa gravedad. Igualmente la apelación a la discrecionalidad no debería suponer la perduración del actual conflicto entre secreto periodístico y justicia penal, en virtud del cual el secreto de ciertos profesionales prevalecen siempre sobre los intereses de la justicia mientras que aquéllos excluidos del catálogo legal (art. 351 Cod. Proc. Pen.) no prevalecen nunca (3).

Ante la Sentencia constitucional que la doctrina italiana más influyente acepta, se expresa la duda que de este modo poco espacio queda para la reforma. Por ejemplo, CONSO señala cómo en la propia motivación de la Sentencia se dice que entre los intereses de la justicia no está sólo el siempre fundamental de la averiguación de la verdad histórica, sino también el de la defensa de los sujetos implicados por las noticias divulgadas. «La importancia de esta afirmación, a su juicio, es fundamental tanto en el plano conceptual por la reconducción del derecho de defensa entre los intereses de la justicia objetiva, como en el terreno probatorio por la situación de privilegio que emerge en favor de las pruebas para la defensa». E incluso, todavía le parece más sorprendente la referencia sucesiva al control de las noticias periodísticas por parte de los lectores y de otros «operatori» de la prensa, pues de tal modo las exigencias de la información se colocan en conflicto con el secreto periodístico: *La controllabilità di una notizia giornalistica non prende, infatti, le mosse dalla sua fonte?* (4).

II.— En Inglaterra la situación legal difiere sustancialmente del modelo antes descrito. La prensa ha tenido siempre el mayor cuidado en proteger sus fuentes de información, lo que unido a la objetividad y seriedad de las noticias le ha valido tradicionalmente un reconocido prestigio. Si ello no hubiese sido así sus noticias y prestigio habrían perdido gran parte de su efectividad o credibilidad. Un

(3) PISA, *Il segreto giornalistico nel processo penale: spazi stretti per una proseptiva di riforma*, en Riv. it. di dir. e proc. pen., 1982, pág. 302.

(4) CONSO, *Commentario a la Sentenza en Giur. Cost.*, 1981, cit., pág. 17.

tipo de prensa pues moderno y eficiente, por algunos llamado «periodismo de investigación» se ha ido abriendo paso gracias a esas cualidades y al «reporter privilege». Incluso en estos últimos años esta línea de actuación ha llegado a sus cotas más altas en Estados Unidos con la rigurosa investigación de las fuentes e información ofrecida acerca de hechos que han conmocionado al mundo, piénsese por ejemplo en el caso del Watergate.

Por otra parte, tradicionalmente la actitud del público, esto es, los ciudadanos de ambos países, también es diferente y más exigente en cuanto a que se les mantenga informados de cualquier asunto que pueda afectar a la comunidad. Este auténtico derecho, como tal de antiguo legalmente reconocido, aunque no se extienda a las fuentes de la información, anima a la prensa a mantenerse consecuentemente con una similar diligencia en el cumplimiento de su variada misión informativa.

La materia que nos concierne ha sido regulada recientemente en Inglaterra en virtud de la *Section 10* de *Contempt of Court Act* de 1981, en los siguientes términos: «*No court may require a person to disclose, nor is any person guilty of contempt of court for refusing to disclose, the source of information contained in a publication or which he is responsible, unless it be established to the satisfaction of the court that disclosure is necessary in the interests of justice or national security or for the prevention of disorder or crime.*».

Y los hechos que dieron lugar a la sentencia de la *House of Lords* de 25 de octubre de 1984, *Secretary of State for Defense and another v. Guardian Newspaper Ltd.*, pueden resumirse así (5). En octubre de 1982, el Secretario de Defensa dirigió al Primer Ministro una nota o memorándum señalada como secreta en la que se indicaba la inmediata instalación de misiles nucleares tipo crucero en una base militar del país. Se hicieron sólo siete fotocopias de la nota que se distribuyeron al Primer Ministro y a distintos miembros del Gabinete. Una persona, de forma anónima, envió otra fotocopia al periódico *The Guardian*, donde la noticia apareció posteriormente publicada.

El representante legal de la Corona basó sustancialmente su argumentación en que «el interés de la seguridad nacional» demandaba la identificación de la persona que había hecho la fotocopia y enviado ésta al periódico y la fuente de la que procedía la fotocopia, lo que era posible por las marcas especiales realizadas en el propio documento. A esta pretensión se opuso el representante legal de *The*

(5) El texto de la Sentencia lo citamos por la «All England Law Reports», 16 noviembre 1984, págs. 601 y ss.

Guardian invocando entre otras razones lo dispuesto en la *Section 10* del *Act de 1981*.

En primera instancia el *Judge* reconoció el derecho de la Corona en obtener la devolución del documento. El periódico apeló a la *Court of Appeal*, que desestimó el recurso, y, finalmente ante la *House of Lords* se confirmó la sentencia de apelación por tres votos favorables frente a dos. La importancia de este asunto radica en que, gracias a él tiene ocasión la *House of Lords* en delimitar el alcance de la *Section 10* de la *Contempt of Court Act 1981*.

La fundamentación jurídica de la opinión mayoritaria del Tribunal se debe a Lord Diplock, cuyo razonamiento seguidamente tratamos. «Bajo las reglas del *common law* y con anterioridad a la actual normativa, el juez tenía ya un margen discrecional para declinar se revelasen las fuentes de información sopesando los intereses públicos en contraste. Con la regulación actual el tribunal está de acuerdo que se debe efectuar una interpretación amplia de su ámbito precisamente por las limitaciones o excepciones que la propia *Section* establece. Son sólo cuatro intereses y cada uno de ellos específico: «*justice*», «*national security*», «*the prevention of disorder*», y «*the prevention of crime*». La carga de la prueba (*onus of proving*) incumbe a la parte que pretenda la revelación de la fuente informativa, y en la valoración de la oportunidad de su concesión por el tribunal (*unless it be established to the satisfaction of the court*) se apunta que éste será quien califique la revelación de «*necessary*» en función de los cuatro intereses específicos protegidos».

Centrada la cuestión como esencialmente de carácter probatoria, el magistrado reconoce expresamente que «lo que nos divide es si los hechos relatados y acreditados por la Corona son suficientes para establecer que la identificación del funcionario responsable de la «filtración» es necesaria para los intereses de la seguridad nacional». A este respecto, para el magistrado, «no hay duda que la índole del asunto —instalación de misiles nucleares en el Reino Unido— afecta vitalmente a un aspecto de la seguridad nacional». Además, «el mantenimiento de éste en un país tan estrechamente en cooperación con sus aliados de la NATO, pondría en peligro sus relaciones y afectaría también gravemente a la confianza recíproca». Finalmente, opina Lord Diplock que «ese claro riesgo a la seguridad nacional que el Gobierno temía estaba no tanto en la publicación del documento cuya devolución se pretende, sino por la posibilidad que quien quiera que fuese el autor de la «filtración» pudiera también en el futuro revelar otros documentos clasificados que tuvieran peores consecuencias para la seguridad nacional». Por todo ello, «ya sólo el sentido común justificaría la revelación», y considera «el material probatorio aportado ante el tribunal como suficiente para ordenar

necesariamente la entrega del documento en interés de la seguridad nacional».

Lord Roskill coincide plenamente con los argumentos ya expuestos. En su opinión, «sólo una de las cuatro excepciones específicas es relevante: el interés de la seguridad nacional. Y es la Corona quien tiene que indicar lo que es necesario en interés de la seguridad nacional para obtener la entrega del documento y consiguiente identificación del culpable».

Lord Bridge of Harwich, acepta también la misma línea argumental, y ante la objeción de la insuficiencia de la prueba aportada como necesaria en interés de la seguridad nacional, aduce «que no existe ambigüedad en la frase necesaria en interés de la seguridad nacional» y que «la sola presencia del funcionario desleal representa una potencial amenaza a la seguridad nacional», le parece evidente.

La opinión contraria minoritaria del tribunal la expresaron Lord Fraser of Tullybelton y Lord Scarman.

Lord Fraser señaló como primer punto obvio «que el contenido del documento filtrado no tenía ningún valor militar en absoluto. No revelaba información secreta de carácter militar aunque aquella pudiera haber causado un pequeño problema político al Gobierno». También «que la única prueba aportada por la Corona consistía en un *affidavit* (declaración jurada por escrito) de quien se describía como responsable de la seguridad el Ministerio de Defensa, y que ante el tribunal se requerían pruebas y no meras suposiciones, con lo que el test de la necesidad que exigía la *Section 10* no se satisfacía, máxime cuando transcurrieron doce días desde la publicación de la noticia a cuando fue requerido por escrito el editor del periódico para la entrega del documento, de lo que resultaba para la Corona imposible el mantener que el presente caso fuese de especial urgencia».

A su juicio, convenía insistir «en que la diferencia con la opinión mayoritaria era estrecha por importante, pues el test de la necesidad es estricto, y su carácter estricto no debía diluirse en la lectura de la *Section 10* a como si dijera conveniente. El Parlamento había usado el vocablo «necesario», y el tribunal carecía de facultad para rebajar el *standard* fijado por el Parlamento, especialmente en un asunto de esta naturaleza donde hay un «*flavour*» a derecho constitucional de libertad de expresión». Tampoco creía que la falta de prueba pudiera ser dada por buena dejando al tribunal su posible justificación, por lo que consideraba que la *Court of Appeal* no ponderó suficientemente el test de la necesidad.

Como segundo punto, se refirió a la alusión que la filtración de la noticia representase una amenaza para el Reino Unido con sus aliados de la NATO, indicando «que es fácil ver que existe tal posi-

bilidad, al menos en teoría, pero que no veía cómo un tribunal podía juzgar acerca de la realidad o seriedad de ese riesgo sin prueba alguna, pues prueba en sentido estricto no se aportaron sino meras afirmaciones en el *affidavit*». Finalmente, reiteró con énfasis que él juzgaba el asunto sólo por las pruebas aportadas y que ante la falta de ellas (*proper evidence*), en consecuencia, él estimaba el recurso.

Lord Scarman apoyó también estos criterios, resaltando cómo una de las novedades de la *Section 10* es que, a su juicio, «*established*» (*to the satisfaction of the court*) debe significar probado (*proved by evidence*). Esto, para él, «suponía jurídicamente un cambio de profundo significado». Ya el representante legal del *The Guardian* había hablado cómo con la *Section 10* se introducía un «derecho constitucional» y aunque Inglaterra carezca de Constitución escrita, en opinión del magistrado esto significa «la dirección en que también el Derecho inglés se debe orientar con un parecido estructural a muchos de los preceptos de la Convención Europea para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales». Insistió cómo esta interpretación de la norma «de profundo significado constitucional también beneficia al público para la existencia de una prensa verdaderamente efectiva».

Respecto a la suficiencia de la prueba aportada, señaló cómo «la existencia de una excepción a la prohibición general impuesta por la norma es una cuestión de hechos y de grado». Examinó con rigor como el *affidavit* aportado por la Corona no constituye una prueba, y puso seriamente en duda tanto que el documento constituya un riesgo para la seguridad nacional como que represente una amenaza para las relaciones con los aliados de la NATO, pues aunque como «ciegamente obvio» y «de sentido común» lo estimase el tribunal de apelación, su criterio es contrario. «No es parte de la función del juez —dijo— usar el sentido común para llenar una laguna que sólo la prueba debe colmar». Concluyó su parecer manifestando que la Corona había aportado la prueba suficiente para convencerle de la necesidad de que la revelación de la fuente informativa era necesaria, y, consecuentemente era partidario de estimar el recurso.

III.— En la República Federal Alemana, nos encontramos también con una normativa relativamente reciente que reconoce el derecho al profesional de la información de abstenerse de testificar en un proceso penal. En efecto, gracias a la Ley de 25.7.75, sobre «el derecho a rehusar el testimonio por parte de los profesionales de la prensa y radio», se añadió un núm. 5 al parágrafo 53 de la *Strafprozessordnung* del siguiente tenor: «Las personas que en la preparación, producción o difusión de obras impresas o emisiones de radio colaborasen profesionalmente o hubieran colaborado, sobre la persona

del autor, remitente o corresponsal de contribuciones y datos, así como sobre las comunicaciones hechas a ellos en relación con su actividad, en cuanto que se tratase de contribuciones, datos y comunicaciones destinadas a la parte de redacción» (6). Con ello se cerraba un largo período reivindicativo protagonizado por dichos profesionales y que había encontrado desigual eco en la doctrina.

En 1978 se publicó en el semanario *Der Spiegel* un artículo de Hans-Joachim Klein, quien *motu proprio* reconocía haber pertenecido a un peligroso grupo terrorista. Klein manifestaba su abandono de tales actividades terroristas, su rechazo a que el terrorismo sirviera de medio para la consecución de fines políticos y, especialmente, instaba a los jóvenes a que se apartasen de ese erróneo camino.

Tras esas declaraciones el Fiscal Federal del Estado en uno de los procesos pendientes contra Klein —a causa de tres asesinatos y otros hechos delictivos— solicitó que H., redactor del *Spiegel*, fuese llamado a testificar acerca de la exactitud de los hechos narrados en el semanario. H. afirmó que las citadas declaraciones las había efectuado el propio Klein, e invocando la norma legal anteriormente citada se negó a contestar tanto a las preguntas del Fiscal como del Juez instructor dirigidas a posibilitar la búsqueda y captura del informante e inculpado Klein.

El Tribunal Supremo Federal alemán por resolución de 28.12.1978 ha sentado la siguiente doctrina (7).

El Tribunal reconoce en su sentencia los dos intereses que el legislador en un Estado democrático de derecho ha debido tener en cuenta y ponderar con la promulgación del núm. 5 del parágrafo 53 StPO., de un lado, «el interés en la eficacia de la labor instructora y de control social de la prensa, y, de otro, el interés de una efectiva justicia penal». Admite que de la expresión literal de la norma «sobre la persona» no resultaba claro si el derecho de rehusar el testimonio comprende y protege sólo la identidad (es decir, el anonimato) o también todas aquellas noticias que pudieran conducir a la búsqueda y descubrimiento del informante ya identificado. Además, se plantea cómo el alcance material del derecho de rehusar el testimonio por los profesionales de la información no está tampoco claramente delimitado cuando la norma no precisa o determina fácilmente que sean «las comunicaciones hechas» o defectuadas (*gemachten Mitteilungen*).

(6) GÓMEZ COLOMER, *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Barcelona, 1985.

(7) BGH St 28, 240., la reproducen también entre otras las Revistas JZ, 1979, 202; NJW, 1979, 1.112.

Expongamos, pues, la motivación dada por el Tribunal Supremo a estas dos cuestiones fundamentales.

La expresión legal «sobre la persona», se dice, excede de su propia literalidad para alcanzar unas más amplias posibilidades de interpretación cuando, por ejemplo, ya haya sido desvelado el anonimato del desconocido informante y se oculte cualquier indicación que pudiera conducir a su hallazgo. Esto no acaecía con arreglo a la legislación anterior, donde sólo se protegía las noticias sobre la identidad de la persona pero no las que fueran dirigidas a averiguar el lugar donde se encontrase el informante ya identificado. «El objetivo y finalidad de la nueva regulación es asegurar el ejercicio de una prensa y radio libres... en el terreno de un procedimiento judicial... para que en un sistema democrático puedan cumplir la indispensable tarea de contribuir a la formación de la opinión pública». Pero si éste es el espíritu de la nueva norma que en un supuesto normal (*Regelfall*) excluye que se pueda conminar al testigo con preguntas dirigidas a averiguar quién es el desconocido informante y, por tanto, también están dispensados de contestar a cualesquiera preguntas que pudieran servir para saber el lugar donde se encuentre el informante, su identidad o por la autoría del escrito, al ser una atribución que incumbe sólo a los órganos de la prensa el guardar o no el anonimato. Más, cuando, por el contrario, el anonimato haya sido desvelado sólo les incumbe a aquéllos el derecho de rehusar las preguntas referentes al contenido de las comunicaciones efectuadas, pues a los funcionarios encargados de la persecución penal no se les puede impedir la búsqueda de un informante ya conocido apelando a un derecho de rehusar el testimonio».

El Tribunal entiende que «con esta delimitación se evita la posibilidad de un abuso de la libertad de prensa cuando por ejemplo, en una publicación un delincuente hiciera gala con toda publicidad, de su nombre, foto e historial delictivo e informase sobre el mismo incluso vanagloriándose de ello al saber que su búsqueda no peligraba porque puede contar con el profesional de la prensa, con lo que de esta forma se llegaría en la práctica al reconocimiento de un excesivo derecho a rehusar el testimonio».

No obstante, no desconoce el Tribunal «que las declaraciones de Klein no sólo son dignas de crédito sino también muy adecuadas para contribuir eficazmente a la protección de la vida humana y de la paz» y que, de otra forma «tal eficacia quizás no se hubiese conseguido». Por ello, reconoce que pueden existir excepciones (*Ausnahmen*) al supuesto normal. Una de esas posibles excepciones se acepta en este caso por razones de extraordinario interés público (*in seltenen Ausnahmefällen eines ganz besonderen, ausserordentlichen Publikumsinteresses...*).

En efecto, «la publicación de las declaraciones de y sobre el inculpado Klein son de una significación fuera de lo corriente, pues él mismo se declaró perteneciente a uno de los grupos terroristas más peligrosos, renunciando al uso de la fuerza armada como medio y aclarando el fin que con ello perseguía: poner fin al terrorismo y, especialmente, apartar de ese equivocado camino a los jóvenes simpatizantes. El procedimiento empleado y su publicación, cuya pretendida eficacia sólo así podía lograrse, tiene también una significación fundamentalmente política. El terrorismo organizado no representa un peligro inmediato para la integridad del Estado, pero ha practicado con la muerte y la fuerza una eficaz y permanente coacción sobre muchos hombres, y el Estado de derecho ha debido intervenir obligado para disponer medidas especiales y significativos cambios legales que afectan a los derechos de la libertad, y que aún no exentos de fundamentos legales comportaban un menoscabo a la libertad...».

También el Tribunal Supremo justificaba estas limitaciones «porque la tendencia a la expansión de la libertad de prensa podía en parte rayar los límites de lo admitido constitucionalmente».

Las críticas doctrinales a estos planteamientos no se hicieron esperar, Rengier afirmó que no se precisa ser ningún profeta para decir que tras esta sentencia Klein ha sido el último informante cuya identidad sería desvelada, pues de lo contrario, en el futuro, tanto el informante como el periodista correrían un incalculable riesgo —una lotería— cuya salida sólo estaría en las manos de los funcionarios encargados de la investigación penal. Incluso no le parecía tampoco convincente la apelación del Tribunal a las indicaciones restrictivas hechas por las implicaciones terroristas cuando de la dicción del núm. 5 del párrafo 53 no se puede deducir semejante interpretación, y aún menos admisible la restricción a la libertad de prensa, con lo que el Tribunal llega a una conclusión que no satisface ni a los intereses de la persecución penal ni a los de la colectividad, confiando en la posibilidad que el propio Tribunal revise en el futuro su propia doctrina (8).

De otra arte, Kühl también ha puesto de relieve que con esta construcción se llega a una inseguridad en cuanto a la delimitación del supuesto normal del de los especiales que puede terminar en una ruptura de los propios canales de información. Estas dificultades en la interpretación se evitaría, a su juicio, si con los criterios teleológi-

(8) RENGIER, *Die Reichweite des 53 Abs. 1 Nr. 5 StPO zum Schutze des namentlich preisgegebenen, aber unauffindbaren Informanten*, en *JZ*, núms. 23-24, 1979, pág. 799.

cos y literales de la norma propuestos se opta por un posible cambio en la interpretación de la frase «sobre la persona» comprensivo de todas las declaraciones que pudieran conducir bien a la búsqueda bien a la captura de la persona (9).

El otro extremo objeto de especial consideración por el Tribunal versaba sobre la delimitación del derecho a rehusar el testimonio «sobre las ...comunicaciones efectuadas». A este respecto, se dice, «hay que extender a lo ya indicado por la propia norma, todo lo que a la prensa en consideración a su actividad y en relación con la eventual publicación de la noticia le haya podido ser comunicado o transmitido en la redacción como antecedentes o material reservado. Se incluyen como tales antecedentes incluso las publicaciones anteriores que no fueron tomadas en consideración por ninguno de los colaboradores como las comunicaciones efectuadas por el propio informante a los periodistas. También la pertinente asistencia legal prestada y las preguntas indagatorias comprometidas que el periodista haya formulado durante las conversaciones personales. Igualmente las respuestas a las preguntas que se refieren a *si* tales comunicaciones han sido hechas».

Por el contrario, continúa, «no atañen fundamentalmente a las comunicaciones provenientes de un informante, las que el propio periodista haya investigado, a no ser que el resultado de estas investigaciones provengan de las comunicaciones hechas por el informante».

Finalmente, se dice que «estas limitaciones en cuanto al alcance objetivo del derecho a rehusar el testimonio por parte de los periodistas y profesionales de la radio frente a las situaciones y derechos atribuidos a determinados profesionales regulados en el propio párrafo 53 de la StPO., resultan de las diferentes expresiones legales y encuentran su justificación material en las muy diversas formas en que se protegen las relaciones de confianza por la ley».

A estas precisiones jurisprudenciales sobre el alcance de la expresión «sobre las comunicaciones hechas», Rengier ha objetado que con ellas se excluye del ámbito de protección de la norma los resultados de la propia labor investigadora del periodista, y que la delimitación entre la propia labor investigadora (no protegida) y las noticias comunicadas por terceros (protegida) se hace depender de cómo lo ha sabido el periodista de un tercero o por lo menos cómo ha realizado u obtenido el material que le ha confiado un tercero. Para este autor, parece claro que con estas distinciones tan difíciles de

(9) KÜHL, *Strafprozessrecht: Grenzen des Zeugnisverweigerungsrechts von Pressemitarbeitern*, en *JA*, 1980, pág. 685.

efectuar y tan dependientes en cada caso de las circunstancias, el Tribunal Supremo pretende limitar la clase de la comunicación, y esta fundamentación la reputa manifiestamente arbitraria, pues la dicción de la norma se refiere sólo a si existe o no «una comunicación» y el porqué reducir el carácter de la decisiva comunicación permanece un misterio (10).

(10) RENGIER, *op. cit.*, pág. 798.

EL PROYECTO DE LEY ORGANICA DE CONFLICTOS JURISDICCIONALES

PEDRO LUIS SERRERA CONTRERAS
Letrado del Estado

SUMARIO:

I. El Proyecto de Ley. — II. El Organo decisor. — III. El sujeto activo de los conflictos. — IV. El Organo requerido. — V. Trámites previos al conflicto. — VI. El requerimiento de inhibición. — VII. Alcance del requerimiento. Supuestos especiales. — VIII. Tramitación de los conflictos. — IX. Las cuestiones negativas. — X. Resolución de los conflictos. — XI. Faceta económica del procedimiento. — XII. Consideración final.

I. EL PROYECTO DE LEY

Desde que se promulgó la Constitución Española de 1978 pocas normas habían sido tan reclamadas por la doctrina como la que viniera a sustituir a la vieja Ley de Conflictos Jurisdiccionales de 17 de julio de 1948. La disposición adicional primera de la Ley Orgánica del Poder Judicial disponía en su párrafo primero que en el plazo de un año el Gobierno remitiría a las Cortes Generales el Proyecto de Ley de Conflictos Jurisdiccionales.

En cumplimiento de ese mandato en el boletín oficial del Congreso de los Diputados de 7 de febrero de 1986 aparece el Proyecto de Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales al que dedicamos estos comentarios. Hay que decir que tal proyecto quedó decaído como consecuencia de la disolución de las Cámaras. El interés, sin embargo, permanece.

La nueva regulación no es total porque no se ocupa ni de los conflictos entre las distintas jurisdicciones (materia propia de la Ley Orgánica del Poder Judicial) ni de los llamados conflictos de atribuciones entre las autoridades administrativas. De ahí que la disposición derogatoria primera del proyecto que contemplamos deje vigentes los artículos 48 al 53 de la vieja Ley de 1948.

A la nueva da el proyecto el carácter de orgánica. Creemos que con todo acierto. Primero porque si el Poder Judicial es objeto de una ley orgánica, el mismo tratamiento deberían recibir los conflictos jurisdiccionales, que vienen a ser como una delimitación extensa del contenido de dicho Poder. Después porque tal carácter deben tener, conforme el art. 81 de la Constitución, las leyes relativas al desarrollo de los derechos fundamentales. Y uno de esos derechos, de los primarios, es el acceso a la justicia, que queda delimitado por la nueva ley en proyecto.

La exposición de motivos de éste habla de que la nueva regulación supone un ajustarse a la Constitución. Efectivamente, ya dijimos que desde que ésta se promulgó, las voces reclamaban una nueva normativa. El régimen de las cuestiones previas es el que primero se discutía. Después todo el sistema de la Ley de 1948.

Al no haber prosperado el sistema, mantenido en algún momento de la elaboración de la constitución, de atribuir la decisión de las cuestiones de competencia al Tribunal Constitucional, la resolución de aquéllas por el jefe del Estado se mantuvo para no crear un vacío normativo y en base al período final del apartado 1 del art. 56 de la propia Constitución.

Lo que resultaba inadmisibles era el papel decisor relevante que la Ley de 1948 atribuía al Gobierno. Hubo propuestas sustitutivas de distinto género. En conclusión la Ley Orgánica del Poder Judicial en el artículo 38 creó el órgano que había de decidir los conflictos jurisdiccionales. En esa línea se pronuncia el proyecto que comentamos.

II. EL ORGANISMO DECISOR

Aquel artículo 38 encomienda la decisión de tales conflictos a un órgano colegiado constituido por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá, y por cinco vocales, de los que dos serán Magistrados de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, designados por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, y los otros tres serán consejeros permanentes del Estado, actuando como Secretario el de Gobierno del Tribunal Supremo. Di-

cho artículo establece que el Presidente tendrá siempre voto de calidad en caso de empate.

No establecía tal precepto la forma de designación de los tres consejeros de Estado. A ello subviene la disposición adicional 2.ª del proyecto que examinamos. Los tres consejeros permanentes serán designados para cada año por el Pleno a propuesta de la Comisión Permanente del Consejo de Estado. En tal sentido se propone adicionar ley orgánica de dicho consejo.

Pues bien, el artículo 1 del Proyecto de Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales termina diciendo que aquel órgano colegiado decisor recibirá el nombre de Tribunal de Conflictos de Jurisdicción. La denominación parece correcta.

La composición merece alguna observación. Es paritaria respecto a componentes de la Magistratura y de la administración, pero el voto de calidad del Presidente inclina decididamente la balanza del lado de la justicia. Y no puede olvidarse que en tales conflictos el Poder judicial aparece como una parte implicada (la otra es la Administración), por lo que reservarle la potestad decisoria supondría ser a la vez juez y parte, lo que conceptualmente no es adecuado.

Hay que esperar la actuación de tal órgano, y la forma de producirse sus resoluciones. Una sistemática presencia del voto de calidad para inclinar los conflictos del lado de la jurisdicción terminaría por cuestionar el prestigio de la Institución. E incluso potenciaría el que la administración se sintiera tentada de acudir a otras instancias en búsqueda de soluciones más satisfactorias. Esperemos, por bien del Derecho, que ello no ocurra en absoluto y que el flamante Tribunal alcance y consolide rápido y sólido prestigio.

III. EL SUJETO PASIVO DE LOS CONFLICTOS

Frente al criterio restrictivo de la Ley de 1948 sobre órganos jurisdiccionales que podrán plantear el conflicto, el proyecto establece una total libertad en el art. 2. «Cualquier Juzgado o Tribunal podrá plantear conflictos jurisdiccionales a la Administración».

Esa amplitud se compagina con la plena autonomía de los órganos jurisdiccionales. Se extiende hasta los propios jueces de paz que de hecho serán legos en muchos casos. Para este supuesto, la máxima garantía es el dictamen del Ministerio Fiscal. Sin que en este momento haya que entrar en la problemática de tales jueces de paz que depende en lo fundamental del desarrollo que se haga de la ley orgánica del Poder judicial.

El artículo 3 del proyecto enumera los órganos de la Administra-

ción que pueden entablar los conflictos. Por el Estado se enuncian los de la Administración civil y los de la militar. Sólo nos ocuparemos de los primeros. Se citan: a) los miembros del Gobierno; b) los delegados del Gobierno en las Comunidades autónomas; c) los gobernadores civiles; d) los delegados de Hacienda.

Por lo que hace a estos últimos no se añade, cual hacía la Ley de 1948, «en las materias referentes a dicho ramo». De todas formas, así habrá que entenderlo, porque la representación general de la administración estatal corresponde a los gobernadores civiles. Por otro lado, la mención hay que entender incluye a los delegados de Hacienda especiales, porque en suma son también delegados de dicho ramo; claro es que en las competencias que tengan atribuidas.

Junto a la tradicional mención a los gobernadores civiles, aparece en el proyecto la lógica a los delegados del Gobierno en las Comunidades autónomas, que es fruto de la nueva estructura territorial del Estado y de la aparición de ese cargo que crea la Constitución. En las provincias donde ese delegado asuma las funciones de gobernador civil, su legitimación será parecida a la de éste. Cuando el delegado del Gobierno se superponga a los gobernadores de todas las provincias, podría plantear los conflictos en aquellas materias que específicamente son de su competencia, pues la general es la correspondiente al gobernador civil.

Novedad importante del proyecto es la inclusión entre las autoridades legitimadas de los miembros del Gobierno. Hay que entender que su intervención se producirá para las actuaciones administrativas en que fueran competentes los órganos centrales del Ministerio, porque para las desarrolladas a nivel periférico lo normal es que el conflicto lo promueva el correspondiente gobernador civil, como delegado del Gobierno en esa circunscripción.

El art. 3 en el apartado 3 dispone que en las Comunidades autónomas, el legitimado será el órgano que señale el correspondiente Estatuto de Autonomía. Subsidiariamente lo estará el Consejo de Gobierno de la Comunidad por conducto de su Presidente.

Que sepamos, previsión al respecto sólo la había en el Estatuto de Autonomía de Andalucía, cuyo artículo 42 establece en el apartado 1: «El Consejo de Gobierno por conducto de su Presidente, podrá plantear conflictos de jurisdicción a los jueces y tribunales conforme a las leyes reguladoras de aquéllas». La concordancia con el proyecto no puede ser mayor.

Superior novedad supone el apartado 4 del artículo 3 del proyecto sobre órganos legitimados en la administración local. Lo están los presidentes de las diputaciones u organismos provinciales, los de los cabildos y consejos insulares y los alcaldes presidentes de los ayuntamientos. Recordemos que el alcalde de Madrid podía promo-

mer estas cuestiones de competencia conforme al art. 8 de la Ley especial de 11 de julio de 1963.

La exposición de motivos del proyecto aclara que con esta innovación se asume la doctrina del Tribunal Constitucional. Se alude a la sentencia de 2 de febrero de 1981 que resolvió recurso de inconstitucionalidad contra la anterior ley de régimen local. En ella se decía que para evitar vacíos legislativos la actuación del Estado había de estar vinculada a lo pedido por el ente local, de forma que obrase a modo de representante de éste.

La posibilidad de que cualquier ayuntamiento plantee conflictos jurisdiccionales a los tribunales ofrece no pocos inconvenientes. La autonomía de los entes locales hubiera sido compatible con alguna intervención del Estado (o en su caso de la Comunidad autónoma competente), aunque fuera por vía de informe. Porque se trata de cuestiones esencialmente jurídicas y con las que se puede lograr la paralización de los tribunales por el efecto suspensivo que aquéllas tienen.

Comprendiéndolo así, el apartado 3 del artículo 11 del proyecto introduce un cierto temperamento. Cuando el conflicto de jurisdicción lo plantee el Presidente de un ente local, el acuerdo de suscitarse deberá ser adoptado, en todo caso, por la mayoría absoluta de los miembros del plenario de la Corporación, previo informe del Secretario, quien deberá emitirlo en un plazo no superior a diez días.

A la vista de ello pensamos que quien en realidad plantea el conflicto es el Pleno de la corporación por conducto de su Presidente. La fórmula se asimilaría a la de las Comunidades autónomas. Por lo demás, la mayoría absoluta puede no resultar suficiente garantía.

Porque la ley no distingue; y en pequeños municipios, donde los servicios jurídicos sean deficiente y en los que la pasión pueda prevalecer en algún momento, el arma del conflicto jurisdiccional, cabe que tenga alcance desmesurado. A tiempo se está de meditar profundamente tal tema.

IV. EL ORGANISMO REQUERIDO

Visto desde la óptica de que quien requiere es un Organismo judicial, de la cuestión se ocupa el art. 10 del proyecto en su apartado 1. Según éste si el Juzgado considera de su jurisdicción un asunto del que esté conociendo un órgano administrativo, deberá antes de requerirle de inhibición... Parece que el órgano requerido es el que está conociendo del asunto.

Pero más adelante el precepto se corrige. Porque el requerimiento de inhibición se dirigirá directamente al órgano que corresponda

de los enumerados en el art. 3. Por tanto la legitimación pasiva coincide con la activa. La solución tiene lógica. El conflicto debe trabarse a cierta altura.

Claro que entonces había de determinar a qué órgano dirigirse. Si quien conoce del asunto es de los enumerados en el art. 3 no hay problema. Si no lo fuera, habría que dirigirse a aquel de los enunciados de quien dependa más directamente el órgano que conocía del asunto. Algo así tendría que recoger el proyecto.

La vieja ley de 1948 en su art. 9 expresaba que sólo las autoridades enumeradas en los dos artículos anteriores podrán promover las cuestiones de competencia. Pues bien, la ley 52 de 1966 de 28 de diciembre añadió que ello sería así «aunque sean distintas sus respectivas demarcaciones».

El art. 6 del proyecto repite que sólo las autoridades expresadas en el art. 3 podrán promover conflictos de jurisdicción a los Juzgados, Tribunales. Entendemos que es oportuno conservar el inciso introducido por la ley de 1966, puesto que el problema puede seguirse planteando, la solución era la adecuada.

V. TRÁMITES PREVIOS AL CONFLICTO

El art. 10 del proyecto en su apartado 1 establece que cuando un Juzgado vaya a plantear el conflicto de jurisdicción, antes de requerir de inhibición, deberá solicitar el parecer del Ministerio Fiscal, que deberá evacuarlo en el plazo de cinco días. Ya sabemos que para las corporaciones locales también era preceptivo el informe del Secretario.

Por ello nos parece más extraño que análogo trámite de asesoramiento no se prevea para la Administración estatal y para la autonómica. La falta es tanto más sensible cuanto que estos conflictos tienen un matiz esencialmente jurídico y porque tras nuestra Constitución alcanza más relevancia el estado de derecho. Por supuesto que ese informe de la asesoría jurídica estaba previsto en la ley de 1948.

Bien es verdad que el apartado 2 de su artículo 11, donde brilla por su ausencia tal informe, establece que el planteamiento del conflicto por el órgano competente se hará «cumpliendo los requisitos establecidos por las normas sobre procedimiento administrativo». Ciertamente estas normas contemplan como posible el informe en derecho, pero en general con carácter potestativo. Por ello lo correcto es que ese trámite se hubiese previsto como obligado en el apartado 1. Las garantías jurídicas habían aumentado considerablemente.

En cambio, el art. 11 en el apartado 1 dispone que cuando el órgano administrativo entiende que debe plantear conflicto a un Tri-

bunal, «dará en primer lugar, audiencia a los interesados en el expediente, si los hubiere». Lo curioso es que para la autoridad judicial que requiere la inhibición no está previsto igual trámite de audiencia.

La diferencia de trato no nos parece adecuada. Creemos que el criterio preferible es el vertido para el órgano jurisdiccional. El conflicto enfrenta, en definitiva, a dos poderes del Estado. Además, hay casos en que la celeridad en promover la cuestión es algo esencial. Y ello puede peligrar en el caso de la audiencia que el proyecto establece (sólo para la Administración); primero por la demora que supone y después por el entorpecimiento que podría producirse si ante ese trámite los interesados acuden a interponer recursos, incluso por vía contencioso-administrativa. Habría pues que reconsiderar el tema.

VI. EL REQUERIMIENTO DE INHIBICIÓN

Para cuando requiere una autoridad judicial, el apartado 1 del art. 10 del proyecto señala que se hará «citando los preceptos legales que sean de aplicación al caso y aquellos en que se apoye para reclamar el conocimiento del negocio».

A su vez cuando quien requiere es la autoridad administrativa, el apartado 2 del art. 11 prescribe que dirigirá oficio de inhibición, «expresando los preceptos legales a que se refiere el artículo 10.1».

Con ello se aparta el proyecto del régimen de la ley de 1948, cuyo artículo 19 exigía que se citara «literalmente los textos íntegros de los artículos, preceptos legales que sean de aplicación al caso y aquellos en que se apoyen para reclamar el conocimiento del negocio, sin que baste la cita de la presente ley».

El sistema era enormemente rígido, fue templado en algunos casos por la jurisprudencia de conflictos y ha sido sustituido con todo acierto por el mucho más flexible que establece el proyecto. Sólo plácemes merece por ello.

Dos requisitos se añadían al requerimiento en la ley de 1948 que no reproduce el actual proyecto. El primero en el art. 19 de aquella. Los requerimientos «se harán en oficio separado para cada uno de los distintos asuntos de que el requerido se halle conociendo». Nos parecía una medida de orden que hay que sobrentender en el nuevo sistema. Otra cosa podría estar abocada a la oscuridad y complejidad.

El otro requisito tenía más envidia. Según el art. 12 de la ley de 1948 los requerientes «no podrán adeducir sobre un mismo asunto

más que un solo requerimiento, siendo nulos los que promovieren después de propuesto el primero». Nada de ello se dice en el proyecto.

Creemos que la omisión debe salvarse. El conflicto de jurisdicción es un arma contundente y poderosa que debe utilizarse con toda circunspección. Porque puede suponer una paralización de la vida administrativa y hasta de la actuación de los Tribunales. Permitir sucesivos requerimientos donde se podrían corregir defectos de los anteriores implicará un enorme riesgo para el desarrollo normal de los poderes del Estado.

VII. ALCANCE DEL REQUERIMIENTO. SUPUESTOS ESPECIALES

El alcance del requerimiento es recabar una competencia. Por ello el art. 6 del proyecto, al referirse a las autoridades administrativas que pueden plantear conflictos, añade que «únicamente los suscitarán para reclamar el conocimiento de los asuntos de que, de acuerdo con la legislación vigente, corresponda entender a ellas mismas...».

Esta prevención, en la ley anterior de 1948 era extensiva a los Juzgados y Tribunales. Entendemos que lo mismo ha de ocurrir en el nuevo sistema. Por ello el art. 18 del proyecto, al tratar de la sentencia que ponga fin al procedimiento, aclara que «declarará a quien corresponda la jurisdicción controvertida, no pudiendo extenderse a cuestiones ajenas al conflicto jurisdiccional planteado». Rompería una equitativa igualdad que la Administración sólo pudiera requerir para recabar la competencia y en cambio los Tribunales para cualquier finalidad. Podía pues aclararse el extremo.

Precisamente el contenido de ese art. 6 del proyecto que no contiene excepción alguna en lo que permite afirmar tajantemente que las cuestiones previas en materia penal no podrán ya plantearse por la administración. En tal sentido, frente al tratamiento detenido de las mismas en la ley de 1948, el silencio del proyecto no puede ser más elocuente. Se ha dado así satisfacción a la gran parte de la doctrina que postulaba la inconstitucionalidad de tales cuestiones previas.

Los arts. 8 y 9 del proyecto reiteran la prohibición de plantear conflictos de jurisdicción en asuntos terminados por sentencia firme o por acto que hubiera agotado la vía administrativa. Con mayor novedad, perfectamente justificable, el art. 7 prescribe que «no podrán plantearse conflictos frente a la iniciación o requerimiento de un procedimiento de *habeas corpus* o de adopción en el mismo de las resoluciones de puesta en libertad o disposición judicial».

El efecto suspensivo del requerimiento de inhibición lo reitera el apartado 1 del art. 12 del proyecto. Allí se establecen las medidas provisionales que cabe adoptar. En la ley de 1948 la adopción de las mismas se encomendaba al Ministro del departamento correspondiente. Como el concepto de perjuicio al interés público es bastante elástico, no hubiera sido malo mantener aquella competencia ministerial.

Pero la excepción fundamental al efecto suspensivo del requerimiento es la contenida en el apartado 2 del art. 12 del proyecto. «Cuando el requerimiento se dirija a un órgano jurisdiccional del orden penal o que esté conociendo de un asunto tramitado por el procedimiento preferente para la tutela de los derechos y libertades fundamentales previsto en el art. 53.2 de la Constitución, no se suspenderá el procedimiento, sino, en su caso, hasta el momento de dictar sentencia».

El régimen especial establecido para el proceso penal y tan alejado del anterior de las cuestiones previas, nos parece plenamente justificado por el carácter preferente que siempre ha tenido el proceso penal. Lo mismo cabría decir del procedimiento preferente del art. 53.2 citado, aunque en algunos casos a tal proceso se acude abusivamente en supuestos en los que no sería propiamente aplicable.

VIII. TRAMITACIÓN DE LOS CONFLICTOS

Cuando lo plantea la autoridad judicial, el trámite está previsto en el apartado 2 del art. 10 del proyecto. El órgano requerido dará vista a los interesados en el procedimiento, si los hubiere, para que se pronuncien en el plazo común de diez días, debiendo en nuevo término de cinco días, pronunciar si mantiene su jurisdicción o si acepta la solicitud de inhibición.

Ya expusimos antes que la autoridad administrativa requerida podía no coincidir con el órgano que conociere del asunto. Por ello podía encomendar a éste la realización de aquel trámite de audiencia, enviándole el requerimiento de inhibición para conocimiento de los interesados. Todo ello se devolvería posteriormente, junto con el expediente a la autoridad que ha de decidir.

Cuando el requerido es un órgano judicial, el caso está previsto en el apartado 4 del art. 11 del proyecto. Aquél dará vista a las partes y el Ministerio Fiscal por plazo común de diez días y después en otro plazo de cinco días dictará auto manteniendo o declinando su jurisdicción. En general hay coincidencia con lo previsto para la Administración.

Sin embargo, en el caso de ser requerida ésta, ha desaparecido la audiencia a la asesoría jurídica, lo que nos parece un hueco lamentable, teniendo en cuenta que estamos en asuntos esencialmente jurídicos. Por supuesto tal trámite estaba previsto en la ley de 1948. Debía mantenerse, entre otras razones, por el paralelismo que también hay con el informe al Fiscal. Es lo mismo que decíamos del informe de la asesoría jurídica antes de promover el conflicto.

Incluso en puridad el informe del Ministerio Fiscal y el de la asesoría jurídica debían ser posteriores al trámite de audiencia a las partes. El alargamiento moderado del plazo quedaría sobradamente compensado porque aquellos asesores dictaminarían con más fundamento al conocer no sólo el requerimiento sino también el criterio de las partes. En alguna ocasión la jurisprudencia de conflictos aplicó ese ponderado criterio.

Cuando el requerido es el órgano administrativo el art. 10, apartado 2, *in fine*, establece que contra una decisión no cabrá recurso alguno. Nos parece acertado, ya que la categoría de tal órgano será como mínimo la de gobernador civil o delegado de Hacienda, autoridades en las que la Administración puede confiar para la adopción de un criterio fundamentado.

En cambio, cuando la requerida es la autoridad judicial, el apartado 4 del art. 11 del proyecto establece un régimen distinto. Contra el auto resolutorio «podrán las partes personadas en el procedimiento y el Ministerio Fiscal interponer recurso de apelación ante el órgano jurisdiccional superior, a cuya resolución se dará preferencia y sin que contra ella quepa ulterior recurso. Los autos que dicte el Tribunal Supremo no serán, en ningún caso, susceptibles de recurso alguno».

Nos parece que aquella preferencia debe tenerla no la resolución sino la tramitación de la apelación. Incluso sería deseable que a tal fin y cual hacía la ley de 1948, el propio proyecto delineara el procedimiento abreviado de tal apelación.

Pero sobre todo el recurso al Tribunal superior nos parece excesivo y muy alejado del sistema que se sigue para la Administración. Conservaríamos tal apelación cuando el órgano requerido es un juez cualquiera de las jurisdicciones. Para las Audiencias, Tribunales Superiores y Audiencia Nacional el régimen debía ser el mismo que el del Tribunal Supremo. Porque ya la decisión se adopta a un nivel muy aceptable. Además la rapidez con que deben tramitarse los conflictos así lo pide.

IX. LAS CUESTIONES NEGATIVAS

Dice la exposición de motivos que el procedimiento de las mismas es objeto de notoria simplificación, inspirada en la que contiene en la ley orgánica del Tribunal Constitucional. De la materia se ocupa el art. 14 del proyecto.

Según el mismo, en la vía que inicialmente hubiera escogido el interesado hay que llegar hasta el final. Obtenida la declaración de incompetencia, hay que acudir a la autoridad alternativa. Si también ésta opta por su incompetencia, el interesado podrá plantear el conflicto en el plazo de quince días.

El escrito dirigido al Tribunal de conflictos se presentará ante el órgano jurisdiccional que se hubiere declarado incompetente. Hay que entender que será el que lo hubiere decidido en primera instancia. Resulta interesante esta preferencia en cuanto al trámite por la autoridad judicial, presumiblemente por las mayores garantías que ésta siempre ofrece.

Con todo, lo que nos parece cuestionable es que en la vía alternativa a que el particular tiene que acudir el proyecto se conforme con la primera decisión sin que quepa recurso alguno. Con ello el conflicto podría trabarse sin que en uno de los poderes en cuestión tuviera oportunidad de pronunciarse órgano de cierto nivel y relieve. Creemos que, aun en detrimento de la total celeridad, hubiera sido deseable establecer una apelación rápida al superior jerárquico cuando aquella autoridad alternativa no fuera de suficiente rango.

X. RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS

A esa fase se refiere una serie de artículos del proyecto a que brevemente aludiremos. Conforme al 18, apartado 2, el Tribunal podrá apreciar que el conflicto fue incorrectamente planteado, en cuyo caso ordenará que las actuaciones se repongan al momento en que se produjo la incorrección.

No obstante, lo que destaca en la ley es el principio de subsanación. Lo consagra el art. 16, apartado 1. Cuando antes de la sentencia se aprecien irregularidades procedimentales que puedan ser subsanadas, se requerirá a las autoridades contendientes para que las subsanen en un breve plazo. Con esta facultad es probable que las potestades anulatorias hayan de utilizarse pocas veces.

Igualmente el apartado 2 de tal art. 16 reconoce al Tribunal la facultad de requerir a las partes o demás autoridades la aportación de antecedentes que se estimen pertinentes. Es como una manifestación de las diligencias para mejor proveer.

Innovación fundamental es la contenida en el art. 15 del proyecto apartado 1: «para resolver cualquier conflicto de jurisdicción, el Tribunal de conflictos dará vista de las actuaciones al Ministerio Fiscal y al Defensor de la Administración interviniente por plazo común de diez días». El trámite nos parece sumamente acertado, aunque no debiera eximir del previo dictamen de la asesoría jurídica antes de promover la Administración el conflicto o de contestar al requerimiento de inhibición, como más arriba decíamos.

El plazo de diez días es realmente corto, máxime al ser común para las dos partes. Con tal trámite se sustituye la intervención que a los Ministerios afectados daba la ley de 1948. Las alegaciones de aquellos defensores servirán con toda seguridad para ilustrar el juicio del Tribunal de conflictos. Por ello (así lo dispone el apartado 3 del art. 16) cuando a las actuaciones se hayan aportado nuevos datos relevantes, el Tribunal dará vista de ellos a aquellos defensores por plazo de cinco días. El contradictorio se salva a ultranza.

Para la deliberación y votación de la sentencia el apartado 2 del art. 15 del proyecto se remite a la Ley Orgánica del Poder Judicial. Se otorga voto de calidad al Presidente, cosa absolutamente necesaria en un Tribunal con número par de componentes.

El plazo para dictar la sentencia es de diez días. Convendría que en la práctica se respetara, si bien para algún caso especial pudiera resultar algo estrecho. En todo caso el art. 21 del proyecto en su apartado 1 prescribe que «contra las sentencias del Tribunal de conflictos de jurisdicción no cabrá otro recurso que el de aclaración...».

Entendemos que este mandato no puede tomarse en términos absolutos. Porque tratándose de la protección de los derechos fundamentales siempre cabría el recurso de amparo al Tribunal Constitucional. Algunos ejemplos significativos pueden citarse ya.

El primero el recurso de amparo interpuesto contra acuerdo del Presidente de la Junta de Andalucía que resolvía requerir de inhibición a una Magistratura de Trabajo. Tal recurso fue desestimado.

El segundo ejemplo fue el de un recurso contencioso interpuesto por el letrado del Estado, al amparo de la ley de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, contra requerimiento de un ayuntamiento al gobernador civil para que en nombre de aquél planteara una cuestión de competencia a un Juzgado. La resistencia de la administración estatal se basaba en considerar improcedentemente el requerimiento que podía desconocer el principio del juez

natural. En caso tan interesante la Audiencia de Sevilla declaró inadmisibile el recurso.

Pero está claro que si en la sentencia del Tribunal de conflictos y más aún en la tramitación de éstos, se desconoce algún derecho fundamental, el recurso de amparo sería procedente. Antes decíamos que una presencia sistemática del empate en las sentencias de conflictos decidido por el voto de calidad de un Presidente podrá obligar a la Administración a buscar el equilibrio en instancias superiores. El recurso de amparo podría serlo en ocasiones.

XI. FACETA ECONÓMICA DEL PROCEDIMIENTO

A ello hacen referencia tres artículos a que brevemente aludiremos. El 22 del proyecto declara gratuito el procedimiento de los conflictos de jurisdicción. Es totalmente acertado para un expediente donde en realidad se enfrentan dos poderes del propio Estado.

Temperamento de lo anterior es la prescripción del art. 19, según el cual el Tribunal podrá imponer multa hasta una cuantía de 100.000 pesetas a los que promoviesen un conflicto con manifiesta temeridad o mala fe o para obstaculizar el normal funcionamiento de la justicia. Más arriba mostrábamos nuestra preocupación ante la amplia legitimación que los ayuntamientos tienen para plantear estos conflictos. Pues bien, la sanción de este art. 19 podría ser un freno.

Finalmente el art. 17 prevé que el Tribunal podrá sancionar con multas de hasta 50.000 pesetas a quienes no prestaran la necesaria colaboración para la tramitación de los conflictos, pero siempre previo el oportuno requerimiento. Es también una prevención sumamente adecuada.

XII. CONSIDERACIÓN FINAL

Pocas disposiciones podrán tener tanta repercusión en la buena administración de la justicia como la Ley de Conflictos Jurisdiccionales. De ahí el examen que hemos hecho del nuevo proyecto y los comentarios críticos y sugerencias en que no hemos sido cortos.

Sobre todo es importantísima la tarea que recae sobre el flamante Tribunal de conflictos. Sería esencial que con sus fallos exquisitos y ponderados supiera estar a la altura de la tarea que se le enco-

mienda, que es la excelsa de deslindar los confines de dos poderes del Estado. Para ello deberá alejar la tensión de sentirse más inclinado a uno que a otro y procurar en cambio un consolidado prestigio y autoridad.

Sólo entonces los posibles fallos de la ley podrían no ser demasiado graves; y los recursos ulteriores a que antes hemos hecho referencia quedarían como una posibilidad meramente platónica pero inaplicable en la realidad. Así sería de desear. A colaborar modestamente en esa dirección y a llamar la atención sobre extremos en que el proyecto es mejorable van dirigidas las presentes líneas.

JURISPRUDENCIA

PROCESAL PENAL

ALBERTO MONTÓN REDONDO
Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad de Salamanca

SUMARIO:

1. Competencia. — 2. Partes. — 3. Medidas cautelares personales. — 4. Prueba. — 5. Sentencia. — 6. Recurso de casación. — 7. Cosa juzgada. — 8. Revisión. — 9. Costas.

1. COMPETENCIA

TERRITORIAL. LUGAR DONDE HA DE ENTENDERSE COMETIDO UN DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA.

A 18 febrero 1985 (RA 972)

Se entrega a un representante de joyería un muestrario en la ciudad de Córdoba. Este dispone de ellas, en su provecho, en la ciudad de Valencia.

Planteado conflicto de competencia positivo entre los Juzgados de Instrucción de ambas ciudades, se resuelve a favor del de Valencia.

CONSIDERANDOS: Que, son presupuestos básicos e indispensables para la adecuada decisión de la cuestión de competencia positiva suscitada entre el Juzgado de Instrucción número 2 de Valencia y el de igual clase de Cór-

doba número 1, los dos siguientes: 1.º) para la atribución y distribución de la competencia territorial entre órganos jurisdiccionales de la misma categoría o de igual rango, el art. 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en sus cuatro números, establece, como criterio uniforme, primordial y prioritario, el del denominado «forum delicti commissi», es decir el de atribuir, dicha competencia, al Juez de Paz, de Distrito o de Instrucción, o a la Audiencia, en sus respectivos casos, en cuyo término, distrito, partido o circunscripción se haya cometido el delito, y, de no constar el mentado dato, como criterios escalonadamente subsidiarios, el legislador, en el art. 15 del referido cuerpo legal, señala cuatro debidamente numerados, y, entre los cuales, son preferentes uno u otro de acuerdo con el orden en el que están expresados en los números citados;

y 2.º) el delito de apropiación indebida, no se entiende cometido en aquel punto, en el que, el sujeto activo, recibe la posesión legítima de los bienes de que se trate, sino que, por el contrario, se perpetra en el lugar en el que, dicho agente, asumiendo unas facultades dominicales que no le corresponden, trueca la referida y legítima posesión en antijurídico dominio, se adueña de dichos bienes, los hace propios, los incorpora a su patrimonio, les da un destino distinto al precedente o convenido, o, finalmente, niega haberlos recibido.

Que, a los solos efectos competenciales, de lo actuado se colige que, el acusado, Alejandro J. C., en calidad de viajante o representante de D. Miguel R. S., recibió, de éste en Córdoba, un muestrario de joyas valorado en quince o dieciséis millones de pesetas, pero que fue en Valencia donde, el citado sujeto activo, se apropió del meritado muestrario, disponiendo, en su provecho, de parte de él, cediéndola, a título oneroso, a tercera persona. Con lo que, a la vista de los susodichos hechos, no cabe duda de que, el hecho punible, se perpetró en la referida Ciudad de Valencia, correspondiendo, por lo tanto, a la luz de los principios antes enunciados, la competencia para la instrucción del sumario, a los Juzgados de la misma, y, dentro de ellos, al número 2.

TERRITORIAL. DETENCIÓN DE UN BARCO FRENTE A LA COSTA POR PRESUNTO DELITO DE CONTRABANDO.

A 21 febrero 1985 (RA 1128)

Producido el apresamiento de un barco a diez millas de la costa, por presunto contrabando de tabaco, los Juzgados de Instrucción de Laredo y Número 3 de San Sebastián rechazan el conocimiento de la causa.

El Tribunal Supremo entiende que la competencia corresponde al Juzgado

de San Sebastián por proximidad geográfica al lugar de la detención.

CONSIDERANDOS: Que, a los solos efectos de fijar los hechos para dirimir la cuestión de competencia sometida a la decisión de la Sala, basta con destacar que, cuando en la madrugada del 20 de septiembre de 1984, la patrullera Carabo, en servicio de vigilancia aduanera, prestaba sus servicios en zona marítima comprendida entre Bermeo y Cabo Higuer, detectó la presencia de un pesquero, el Virgen de Luján, al que dio alcance y detuvo a la altura de diez millas del Monte Igueldo, de la Bahía de San Sebastián, saltando a bordo una dotación de presa, que pudo comprobar que en su bodega había una estiba de tabaco rubio americano, supuestamente procedente de un alijo de contrabando, por lo que procedió a su aprehensión y navegando las dos embarcaciones en conserva hasta enfilarse la bocana del puerto de Castro Urdiales, donde ambos quedaron atracados, instruyéndose las correspondientes diligencias, cuya competencia rechazan, al unisono, los Juzgados de Laredo y número 3 de los de San Sebastián.

Que, así las cosas, y recordando tan sólo que, conforme a las Ordenanzas de Aduanas (art. 33) y a los efectos de represión de contrabando, se entiende que las aguas jurisdiccionales son aquellas adyacentes a la costa en una distancia lineal de doce millas de ancho, medidas en la linde de la bajamar, por lo que resulta evidente que si la aprehensión fue dentro de esta zona y en la más próxima de San Sebastián, corresponde al Juzgado de esta Capital, número 3 de los que contendieron en la competencia, conforme a lo dispuesto en el número 2.º del artículo 14, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y doctrina de esta Sala contenida, entre otras, en autos de 23 de marzo y 5 de octubre de 1982.

CUESTIÓN DE COMPETENCIA. INHIBITORIA TRABADA INCORRECTAMENTE. NULIDAD DE ACTUACIONES.

S 15 marzo 1985 (RA 1655)

La Audiencia Provincial de Gerona se inhibe a favor de la de Barcelona, por considerar que en una determinada causa se estaban enjuiciando hechos que tenían naturaleza conexa con los que constitulan objeto de inhibición.

La Audiencia Provincial de Barcelona rechaza la competencia alegando haber sido ya sentenciada la causa a la que se pretendía acumular la que era objeto de inhibición.

El Tribunal Supremo considera incorrectamente trabada la cuestión de competencia, y al mismo tiempo declara la nulidad de las actuaciones de la Audiencia de Barcelona, por incumplimiento de la normativa procesal sobre la materia.

CONSIDERANDOS: Que la primera condición que se requiera para que pueda ser decidida en cuanto al fondo una cuestión de competencia, es que la misma se encuentre correctamente trabada entre los dos organismos judiciales contendientes con sujeción a los preceptos de ley, y siendo así que en este caso lo único que aparece de las actuaciones elevadas a este Supremo Tribunal por la Audiencia Provincial de Gerona es que ésta se inhibió a favor de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona del conocimiento de la causa 21/1983, del Juzgado de instrucción número 2 de Figueras, por entender que los hechos que en ella se denuncian son conexos con los que son objeto del sumario 150/1981, del Juzgado de Instrucción número 7 de esta última capital, y que por lo tanto deben comprenderse en un solo proceso cuyo conocimiento y fallo corresponde al Tribunal últimamente citado, es claro que, con estos solos datos, sin réplica alguna por parte de la Sección requerida, que se limitó a rechazar la competencia que le

era planteada pretextando haber dictado ya sentencia definitiva en la causa a la que se pretendía acumular la que era objeto de inhibición, no puede en modo alguno resolverse sobre cuál de los dos Tribunales es competente con arreglo a la ley, pues ni se sabe el punto de vista del requerido, que guardó silencio sobre la cuestión, ni el muy importante del Ministerio Público al que ni se le comunicó ni se le oyó en este conflicto, frustrado por la negativa de los juzgadores de Barcelona a entrar en el tema promovido, por lo que existiendo en el procedimiento los vicios esenciales que acaban de referirse, no es posible resolverlo, cual se pretende, sin la previa subsanación de los mismos.

Que en otro orden de cosas esta Sala ha podido constatar, por el examen que ha hecho de la causa seguida ante la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona, unida en cuerda floja a esta cuestión de competencia aprovechando la circunstancia de encontrarse pendiente ante ella el recurso de casación interpuesto contra la sentencia que dictó dicha Sección en la misma fecha 27 de octubre de 1984, que tal Sección no cumplió, con la escrupulosidad y rigor que es exigible, los preceptos que la Ley de Enjuiciamiento criminal previene para el planteamiento y decisión de las cuestiones de competencia que se susciten entre Audiencias Provinciales respecto del conocimiento y fallo de las causas que les estén atribuidas, pues, habiendo recibido durante la sustanciación del juicio telegrama de inhibición cursado por la Audiencia Provincial de Gerona, en la que ésta promovía cuestión de competencia atribuyéndola correspondiente la resolución acumulada de los sumarios 21/1983, del Juzgado de instrucción número 2 de Figueras y 150/1981, del Juzgado de instrucción número 7 de Barcelona —este último aquel en que se profirió sentencia, indebidamente—, lejos de cumplir las prescripciones tajantes del art. 24 de la citada Ley de enjuiciar en lo crimi-

nal, a cuyo tenor era obligado suspender el curso de los procedimientos seguidos por cada Audiencia hasta la decisión del conflicto, hizo caso omiso de tal prevención legal, y del requerimiento que con la inhibición se le hacía, para, con quebranto de ley, proceder a la celebración del juicio, que debió paralizar, y a proferir en él la resolución que posteriormente fue recurrida en casación ante esta Sala, y ante tal cúmulo de infracciones, que de ninguna manera pueden pasarse por alto por afectar a intereses de orden público procesal cuya salvaguardia es preciso por encima de todo defender por ser garantía del derecho de los justiciables y de la propia administración de la justicia, no queda otra alternativa que la de declarar la nulidad radical y absoluta de todas las actuaciones practicadas por la citada Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona en el rollo de sala número 3136/81 de dicha Sección, desde y con inclusión de su providencia de 23 de octubre de 1984 por la que tuvo por recibido el oficio telegráfico inhibitorio de la Audiencia Provincial de Gerona y lo mandó unir a sus efectos al rollo correspondiente, a partir de cuyo momento, y con paralización del proceso, como ordena la Ley, sustanciar y decidir previamente a su prosecución, por los trámites establecidos en el capítulo II del título II del libro I de la Ley procesal penal, la cuestión que le fue planteada, en tiempo y forma hábil, por la otra Audiencia Provincial contendiente.

2. PARTES

ACTOR CIVIL. EL DERECHO A INDEMNIZACIONES CIVILES NO ES RENUNCIABLE INFORMALMENTE CUANDO PUEDA CORRESPONDER A MENORES.

S 13 diciembre 1985 (RA 6255)

En una determinada causa por delito los civilmente perjudicados manifiestan ante Notario haber sido indem-

nizados, renunciando con ello a la pretensión civil de resarcimiento.

No obstante, y al no haberse ratificado judicialmente la renuncia, se condena al procesado a las pertinentes indemnizaciones. Recurrida la sentencia, el Tribunal Supremo la confirma en parte al encontrarse menores entre los perjudicados respecto a los que considera no produce consecuencias la renuncia efectuada.

Fundamentos de Derecho:

CUARTO.— Se hace constar en la narración histórica de la sentencia, en su presupuesto básico, que Francisco J. C., en su propio nombre, y Antonia C. J., en el suyo y en el de sus tres hijos menores de edad, comparecieron ante Notario el día 7 de diciembre de 1983, manifestando haber sido indemnizados, «manifestaciones que no han sido ratificadas ante la presencia judicial»; y, en razón a ello, la sentencia condena al abono de las cantidades que estima procedentes, «a reserva de que hayan sido ya hechas efectivas, lo que se acreditará en ejecución de sentencia»; obrando en el rollo de la Audiencia el acta notarial aludida, con especificación de la mayoría de edad de Francisco J. C. En el tercer motivo del recurso y por el cauce del art. 849, n.º 2.º, de la Ley Procesal Penal, se denuncia la comisión de error de hecho derivado de documento auténtico, al haberse concedido indemnización a herederos que habían renunciado previamente, sin que sea óbice la falta de ratificación a la presencia judicial; en el cuarto de los motivos, cita del número 1.º del art. 849, se señala infracción del art. 25, párrafo segundo, del Código Penal, al haberse extinguido las obligaciones de reparación. Argumentación jurídica acogible en cuanto hace referencia a las indemnizaciones reconocidas a Francisco J. C. y a Antonia C. J., dada la plena capacidad jurídica de obrar que les asistía para cualquier acto transaccional o de renuncia, y el reflejo fehaciente de su realización, sin constancia de vicio alguno de consentimiento que pudiera

empañar la validez de semejante acto jurídico. No siendo de aceptación la impugnación llevada a efecto en cuanto concierne a la renuncia que Antonia realiza, en nombre de sus hijos menores, de los «derechos y acciones que pudieran corresponderles al haber sido totalmente indemnizados, a su satisfacción, de los daños y perjuicios sufridos con ocasión del accidente». Y ello porque, al suponer la norma del art. 117 del Código Penal un reenvío a la legislación civil en lo referente a las causas y modos de extinción de la responsabilidad civil nacida de delito o falta, han de tenerse en cuenta, como disposiciones básicas al respecto, las siguientes: 1.º) el concepto de transacción plasmado en el art. 1809 del Código Civil, pudiéndose transigir sobre la acción civil proveniente de un delito, sin que por ello se extinga la acción pública para la imposición de la penal legal (art. 1813); 2.º) para transigir sobre bienes y derechos de los hijos bajo la patria potestad, se aplicarán las mismas reglas que para enajenarlos, exigiéndose, pues, para cualquier renuncia de derechos o transacción afectante a los mismos, de que los hijos sean titulares, la existencia de causas justificadas de utilidad o necesidad y la previa autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio fiscal —arts. 1810 y 166, del Código Civil, según redacción dada por Ley 11/1981, de 13 de mayo. Requisitos y trámites que, habiendo sido inobservados, conllevan, cual ha efectuado la Sala de instancia, la imposibilidad de que la renuncia de derechos efectuada por la madre, representando a sus hijos menores, pueda ser tenida en cuenta por la Sala reconociéndole eficacia, en razón al vicio de nulidad que le afecta; criterio puesto de manifiesto en numerosas sentencias de esta Sala, tales las de 30 de octubre de 1967, 8 de octubre de 1968, 12 de febrero y 19 de diciembre de 1969, 22 de mayo de 1974, 29 de enero de 1981 y 7 de junio de 1983, entre otras muchas. De todo lo que se infiere la desestimación del motivo tercero, al no apreciarse error

de hecho y recogerse en el *factum* la realidad de las renunciaciones efectuadas, procediendo a la estimación parcial del cuarto, en cuanto hace referencia a la renuncia llevada a término por la madre de las indemnizaciones correspondientes a sus hijos menores.

RESPONSABLE CIVIL SUBSIDIARIO. CITACIÓN.

S 26 de enero de 1985 (RA 362)

En causa penal derivada de accidente de tráfico, se dicta sentencia por la que se condena a la Compañía aseguradora, sin haber sido citada como parte, con carácter de responsable civil subsidiario.

El Tribunal Supremo considera procedido quebrantamiento de forma.

CONSIDERANDO: Que esta Sala viene distinguiendo desde hace ya tiempo (1975) en numerosas sentencias dictadas en materia de seguro de responsabilidad civil y en lo que se refiere a la legitimación de las compañías Aseguradoras en los procesos correspondientes dos distintas situaciones, según se trate solamente del seguro obligatorio en cuyo proceso de reclamación los aseguradores no se hallan legitimados para intervenir en el proceso penal en virtud de la prohibición expresa contenida en la regla 5.ª del art. 784 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ni para interponer recurso de casación contra la sentencia en que se les condene a indemnizar, en tanto hayan sido condenados al pago de cantidades que no excedan de los límites señalados a dicho seguro; o a aquellas otras situaciones en que la entidad aseguradora hubiera contratado con el causante del accidente, además del seguro obligatorio para atender las indemnizaciones que excedieran los límites de aquél, de cuyo pago deben responder frente a la acción directa de la víctima, pues en este supuesto está su responsabilidad derivada del contrato pactado o «ex contractu» y

no directamente del delito «ex delicto», por lo que tratándose de una responsabilidad contractual de tipo civil se rige preferentemente por las normas de este carácter donde resultan esenciales no sólo el principio de rogación establecido en los arts. 100, 105, 110 y 111 de la citada Ley Adjetiva penal, sino también los de bilateralidad, audiencia y contradicción, habiendo declarado esta Sala que cuando el perjudicado ejercita la acción civil correspondiente sobrepasando los límites del seguro obligatorio, la Empresa Aseguradora tiene derecho a tal legitimación como aseguradora voluntaria constituyéndose como parte en defensa de sus intereses, por lo que debe dársele entrada en el proceso por el cauce de los arts. 615 y siguientes de la expresada Ley de Trámites, para que pueda defender sus legítimos intereses —Sentencias de 7 de mayo de 1975, 16 de marzo y 14 de junio de 1977, 18 de febrero y 27 de junio de 1980, 18 de mayo, 3 de julio y 26 de diciembre de 1981, 18 de Febrero, 22 de noviembre y 13 de septiembre de 1982, 28 de junio de 1983 y 4 de febrero de 1984, entre otras muchas—; pues es principio procesal inconcusos elevado a rango Constitucional en el art. 24 de nuestra Ley fundamental que nadie puede ser condenado sin haber sido oído en el correspondiente proceso, debiendo darse cumplimiento a los artículos 652, 692 y 736 que imperativamente otorgan la condición de parte a dicho responsable y exigen que califique la causa frente a las acusaciones y conceden finalmente el derecho a defenderse con la amplitud necesaria para la defensa de sus intereses y que ésta se ejercite con el contenido suficiente y la pretensión pueda ser objeto de debate o discusión y decisión en el proceso —Sentencias del Tribunal Constitucional de 16 de diciembre de 1981 y 8 de febrero de 1982 para la defensa de sus intereses.

RESPONSABLE CIVIL SUBSIDIARIO. RESPONSABILIDAD NO DECLARADA EN EL SUMARIO.

S 18 diciembre 1985 (RA 5343)

En un determinado proceso, la acusación solicita la condena de varias entidades como responsables civiles subsidiarios. Sin embargo, en el sumario no se había abierto pieza relacionada con tal clase de responsabilidad, ni aquellas habían sido citadas como parte. La sentencia no se pronuncia sobre este punto y es recurrida en casación.

El Tribunal Supremo desestima el recurso.

Fundamentos de Derecho:

SEGUNDO. — Tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular, en sus escritos de calificación provisional, elevados más tarde a definitivos, solicitaron la condena de ENSIDESA y de TRACONSA, como responsables civiles subsidiarias, sin que, la Audiencia de origen, en su sentencia, ni estimatoria ni desestimatoriamente, se pronunciara sobre dicho pedimento. Sin embargo, no por ello, debe acogerse el segundo motivo del recurso, amparado en el n.º 3.º del art. 851 de la meritada Ley, pues, por una parte, habiendo sido declarado solvente, el acusado, en la pieza de responsabilidad civil, carece de legitimación para denunciar la omisión dicha, la cual no supone carga, gravamen o perjuicio para él, y, por otra, siendo indudable la obligación, de las Audiencias, de decidir o resolver, los extremos o puntos planteados oportunamente, y en forma, por cualquiera de las partes, también lo es que, dicha obligación, no se extiende a la resolución de peticiones excéntricas, extravagantes o que se hallen totalmente desconectadas con el «thema decidendi», lo que sucedía, en esta causa, en la cual, no se había declarado, en el sumario, dicha responsabilidad civil subsidiaria, ni abierta la pieza correspondiente, el procesado había sido declarado solvente, al terminar el citado sumario

no se había, naturalmente, emplazado, a los supuestos responsables civiles subsidiarios, los cuales, en ningún momento se mostraron parte, y, finalmente, en trámite de instrucción, ni el Ministerio Fiscal ni la acusación particular, pidieron la revocación del auto de terminación para que, el Instructor declarara dicha subsidiaria responsabilidad, lo que, imposibilitaba, de todo punto, la condena, en el concepto indicado, de quienes no habían sido ni oídos ni vencidos en juicio. Así pues, es imperativa la desestimación del referido segundo motivo, amparado en el precepto adjetivo ya citado.

CAPACIDAD DE POSTULACIÓN.

S 5 julio 1985 (RA 3960)

En proceso seguido por el delito cometido por funcionarios públicos (funcionarios de prisiones) contra el ejercicio de los derechos reconocidos por las leyes, el entonces Abogado del Estado (actualmente Letrado de los Servicios Jurídicos del Estado — Ley 2 agosto 1984 y Real Decreto 30 junio 1985) asume la defensa de los procesados.

Se recurre considerando que esta circunstancia determina la nulidad de la actuación de aquél, por tratarse de un supuesto de doble defensa (la particular de los procesados y la que les otorga el Estado en su condición de funcionarios) contraria al principio de igualdad ante la Ley.

SEGUNDO CONSIDERANDO: Que la nulidad de actuaciones, de acuerdo con la doctrina reiterada de esta Sala y últimamente aceptada de manera uniforme, como se desprende de las Sentencias 27 de marzo, 13 de 1984 y 3 de abril de 1985, entre otras, es admisible en el proceso penal, siempre que sea susceptible de apreciarse la violación de un precepto de orden público, con efectos dimensionales diferentes, según la repercusión y conexión que implique la nulidad del acto

procesal, siendo principal causa generadora de la nulidad la infracción de los preceptos constitucionales, entre los cuales se encuentra el principio de igualdad de todos los españoles ante la Ley, consagrado en el art. 14 de la Constitución, obligatorios para todos los Organos Estatales, según su art. 53 —doctrina del Tribunal Constitucional en sentencias de 2 de noviembre de 1983, 23 y 29 de noviembre de 1984—, lo que no es óbice para que el legislador, ante la existencia de determinadas situaciones, cree normativas específicas con destinatarios, no genéricos o abstractos, sino individualizados y concretos, pues, como dice la misma doctrina, lo que prohíbe «el principio de igualdad jurídica» es la discriminación, con lo que los Tribunales cuando tengan en consideración este principio de igualdad, lo que han de tener presente, en todo momento, es si la excepción legal es injustificada o no a través de la finalidad y de los efectos que se consideran como dignos de tratamiento específico desde el punto de vista ético, cuyo carácter ha de ser tenido en cuenta en razón de la opinión común del entorno en que se desenvuelve la actividad que se contempla en el enjuiciamiento. De conformidad con esta doctrina, el motivo primero del recurso interpuesto por el acusador particular Rafael M. P. y la petición o pretensión articulada por medio de otrosí de la acusación de Ventura P. M. y 35 más, deben desestimarse, porque si bien es cierto que las leyes anticonstitucionales han de considerarse como derogadas de acuerdo con la Disposición o cláusula derogatoria de la Constitución, en el caso que se está enjuiciando no es susceptible de tenerse en cuenta la argumentación de la derogación de los preceptos procesales que se alega y que consiste en que la defensa de los procesados por el Sr. Abogado del Estado ha incurrido en el vicio de nulidad, en cuanto que su amparo en el Real Decreto de 21 de enero de 1925, convalidado en Ley por Disposición de marzo de 1932, que faculta a la Abogacía

del Estado el representar, no solamente a la Administración del mismo, sino también a la defensa de los funcionarios que cometan delitos en el ejercicio de su función, supone, una doble defensa del sujeto activo del delito (la suya particular y la que le confiere el Estado) que origina cierta discriminación contraria al principio de igualdad ante la Ley, no debiéndose aceptar esta argumentación porque la legitimación que se confiere, en estos supuestos, para actuar la Abogacía del Estado en una doble vertiente, tiene su razón de ser, no en consideración a la persona, sino por los intereses de la Administración que se encuentran afectados por la infracción penal, de la misma forma que está legitimada la posibilidad de una múltiple acusación, no por la calidad o cualidad de la persona del sujeto activo del delito, sino por los intereses sociales que se ven afectados, lo que da lugar, en uno y en otro caso, a la inexistencia de discriminación que requiere la violación del principio de igualdad ante la Ley, por lo que, como se dice, las pretensiones sobre la nulidad de actuaciones no pueden ser aceptadas.

3. MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES

HABEAS CORPUS CONTRA UNA MEDIDA INFORMAL DE CUSTODIA POLICIAL.

A 12 marzo 1985 (RA 3856)

Se produce un intento de robo, en el que su presunto autor sufre lesiones que le inflige un vigilante Jurado, motivo por el que es ingresado en un Centro Sanitario.

Al tener conocimiento de los hechos, se establece un servicio de custodia en aquel Centro por Inspectores del Cuerpo Superior de Policía, que es puesto en conocimiento del Juzgado de Instrucción.

Por el Juzgado, y en fechas posteriores se solicitan diversos informes

acerca de la posible participación del lesionado en el intento de robo, pero sin adoptar ningún tipo de resolución formal acerca de la custodia policial.

En tal situación se plantea por el lesionado procedimiento de «Habeas Corpus», en el que se decreta la cesación de aquella custodia.

CONSIDERANDOS: Que como antecedentes concretos a lo que aquí se resuelve, hay que hacer constar: 1.º Que sobre las once de la noche del día 11 de noviembre se produjo un intento de robo violento como consecuencia del cual se causaron lesiones al presunto atracador por parte del vigilante jurado del establecimiento en cuestión objeto de aquél. 2.º Que sobre las once y media de la noche del mismo día 11 de noviembre ingresó en la Clínica La Paz, Juan R. D. con heridas presuntamente de bala. 3.º Que el día 13 de noviembre, Inspectores del Cuerpo Superior de Policía, iniciaron sobre dicho individuo un servicio de custodia que comunicaron a su Comisario para que a su vez lo hiciera saber al Juez correspondiente, por sospechar de participación en el referido intento de robo. 4.º Que el Comisario informó al Juez de Guardia, con fecha 14, la situación de «permanencia bajo custodia» del lesionado, para su conocimiento y demás efectos. 5.º Que el Juez de Guardia, que ya el n.º 23, remitió tal comunicación al Juzgado n.º 21 que era el que estaba en funciones el día 11 y el que, en consecuencia, tramitaba las oportunas diligencias por el robo. 6.º Que dicha remisión se hizo el día 14 de noviembre, acordándose el día 21 de noviembre, por el titular del Juzgado n.º 21, dirigir oficio al Comisario dicho con objeto de que informara sobre el resultado de las gestiones practicadas para concretar la posible participación del encartado y lesionado en el repetido delito de robo, sin resolver por tanto sobre la custodia ya comunicada. 7.º Que la Policía, receptora de tal comunicación el día 24 de noviembre, contestó el 3 de diciembre dando cuenta de las gestiones y de la

continuación del lesionado bajo custodia. Y 8.º Que con fecha 2 de diciembre de 1984, el titular del Juzgado de Instrucción n.º 7, que tramitaba Diligencias de Habeas Corpus, desde ese mismo día, decretó la libertad del lesionado, lo que por la Policía se cumplimentó el 4 de diciembre desde cuya fecha quedó éste ingresado en el Centro Sanitario ya sin custodia alguna.

Que «la puesta bajo custodia» ha de marcar la base de cuanto aquí ha de resolverse, porque a la vista de los antecedentes fácticos antes expresados, resulta evidente la distinta interpretación que a tal expresión se atribuye por el titular del Juzgado n.º 21 o por el Comisario Jefe principal aquí interviniente, siendo así que, como acreditan las manifestaciones de los Abogados que propiciaron el «Habeas Corpus», las declaraciones de los principales interesados en el tema debatido y, finalmente, los documentos que por fotocopia se aportaron por el Juez, mientras que por la autoridad judicial se manifiesta que la puesta en custodia o bajo custodia no significa privación de libertad, a pesar de que se comunique oficialmente por la Policía, si no se expresa incuestionablemente, como se hace en la generalidad de los casos, que tal custodia o vigilancia lo es con el carácter de detención, en cambio la Policía estima que esa comunicación, sin más, significa la competencia del Juez, exclusiva, para acordar lo procedente como si de una auténtica privación de libertad se tratara, aunque, dice, «en unas ocasiones y otras no, se participa que continúe la custodia o que se levante ésta, incluso sin añadir cuál sea la situación de la persona custodiada».

Que la institución de Habeas Corpus, propulsada por el art. 174 de la Constitución, hecha realidad en Ley Orgánica 5/84, de 24 de mayo, e inspirada esencialmente en la cláusula 39 de la Carta Magna de 1215, nacida en Gran Bretaña precisamente para defender a los individuos de las posibles

arbitrariedades, equívocos o confusiones de la autoridad judicial, o de sus agentes, supone, junto con la asistencia Letrada al detenido, la gratuidad de la Justicia, la eliminación de las torturas y el control efectivo de las escuchas telefónicas, la culminación de un Estado de Derecho en el que la investigación judicial ha de desenvolverse siempre con observancia de los principios básicamente configuradores de la dignidad humana en el conjunto conocido como derechos humanos, auténtica y feliz realidad que, por el camino que en cuanto a España ya señalaron las Constituciones de 1876 y 1931, sirve para resolver y clarificar situaciones como la presente en las que la ratificación de una privación de libertad o la inmediata libertad, como en este caso, son los efectos espectaculares, por justicia rápida, que se pretenden, aunque después, y como también aconteciera en este supuesto, una vez acumuladas pruebas y convicciones, se volviera a decretar la privación de libertad del presunto encargado.

Que la defensa de cuantos derechos constitucionales aparecen insertos en la Ley básica del País, ha de obligar a la depuración de léxico que en cierta medida ha venido siendo utilizado, de manera habitual, en las diligencias judiciales, cuestión ya puesta de manifiesto en otra ocasión (Circular de la Presidencia de la Audiencia Territorial de Canarias de 15 de septiembre de 1983), lo mismo cuando es la autoridad judicial la que se dirige a los miembros de la genérica Policía judicial para la entrega o presentación de menores, en los conflictivos pleitos familiares, como medio de ejecución establecido para las resoluciones judiciales en los arts. 919 y 376 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o para la presentación de determinadas personas ante los Tribunales penales, inculcados o testigos, arts. 420 y 488 de la Ley Procesal Penal, en obligada comparecencia, como si es la Policía la que, tal puesta en custodia, sin mayor concreción, acontece ahora, comunica una simple

ción, porque en cualquiera de los casos es de siempre una exigencia legal determinar el carácter, la naturaleza y el contenido que tiene la comunicación librada sobre todo para respeto de aquellos derechos fundamentales atinentes a la persona cuya conculcación implica la invasión del texto penal punitivo y también para la propia garantía de quien recibe la mentada comunicación u oficio.

Que por todo lo expuesto, dadas las características en que se desarrolló el oficio de la Policía por el que se comunicaba al Juez la puesta en custodia de un lesionado, y teniendo a la vista la naturaleza trascendental que implica hoy el contexto del art. 1 del Código Penal, o principio de culpabilidad nunca presumible que evidencia no sólo la exigencia de dolo o culpa sino la necesidad de tener en cuenta las circunstancias personales del presunto inculcado, especialmente su grado de conocimiento de la significación jurídica del hecho, procede decretar el archivo de las presentes actuaciones en tanto no constan indicios suficientes que permitan su prosecución en averiguación de presuntas responsabilidades cuando la autoridad judicial obró en la creencia de que la medida acordada por la Policía nunca implicaba una privación de libertad que a él incumbiera vigilar, no obstante lo cual sería deseable que, conforme a lo antes explicitado, se aclararan y determinaran con exactitud el sentido y significado de cuantas comunicaciones se produzcan entre jueces y policías para evitar equívocos lamentables como el presente, lo que deberá indicarse, en su caso, al Director General de la Policía y al Juez Decano a los efectos pertinentes y por el conducto reglamentario, con reserva de cuantas acciones pudieran derivarse, a favor de quien sea, de los hechos aquí contenidos.

4. PRUEBA

FALTA DE PRÁCTICA DE LA PRUEBA ADMITIDA.

S 25 febrero 1985 (RA 1534)

El Ministerio Fiscal y la defensa proponen en sus escritos de calificación a unos mismos testigos. Prueba que es declarada pertinente.

Incomparecidos éstos en la vista oral, el Ministerio Público solicita se tengan por reproducidas sus declaraciones efectuadas en el período de instrucción. Sin embargo, la defensa solicita la suspensión de la vista hasta que aquéllos comparezcan, lo que es denegado por la Audiencia y expresamente protestado.

El Tribunal Supremo considera que aquella denegación fue improcedente.

CONSIDERANDOS: Que, en el supuesto analizado, no sólo el Ministerio Fiscal sino también la defensa del acusado, en sus respectivos escritos de calificación provisional, propusieron, como prueba testifical, el interrogatorio de D. Rosendo P. R. y el de D. Juan G. C., ambos testigos presenciales del hecho de autos, declarándose pertinente la prueba testifical propuesta mediante Auto de 22 de noviembre de 1983, sin que se acredite, en el Rollo de la Audiencia, la citación de cualquiera de ellos, cuya citación había de hacerse de oficio. Llegado el día de la apertura de las sesiones del juicio oral —30 den oviembre de 1983—, se procedió al interrogatorio del acusado recurrente, el cual se limitó a manifestar que no eran ciertos los hechos que se le imputaban, no compareciendo los dos testigos propuestos, ante cuya incomparecencia, el Ministerio Fiscal, solicitó se tengan por reproducidas sus declaraciones, mientras que, la defensa, solicitó la suspensión del juicio hasta que comparecieron los referidos testigos, denegando la Sección Primera de autos, la pretendida suspensión, sin razonamiento alguno que fundamentara tal decisión, formulando, en el acto, la citada defensa, la correspondiente

protesta, que se hizo constar en acta, si bien no se hicieron constar la pregunta o preguntas que, la parte antedicha, se proponía dirigir a los testigos, no practicándose otras pruebas distintas a las reseñadas, recayendo, el 1 de diciembre siguiente, sentencia condenatoria, por cierto, sin que, el testimonio de la misma que aparece unido al Rollo de la Audiencia, se halle autenticado o suscrito por persona alguna.

Que, si no se quiere hipervalorar la fase sumarial del proceso, convirtiendo las solemnidades del juicio oral y los principios que inspiran su sustanciación, en mero formulismo carente de toda observancia de las garantías procesales así como de relevancia y trascendencia —lo que supone patente subversión de lo estatuido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal—, es preciso sancionar desfavorablemente y repudiar lo sucedido en esta causa, pues es evidente que no puede condenarse al reo con su sola manifestación, para inri, exculpatoria, mientras cualquier otro tipo de acreditamiento brillaba por su ausencia. Los dos testigos incomparecidos, fueron propuestos, en tiempo, en forma y «nominatim», no fueron citados, o, al menos, no consta que la diligencia correspondiente se llevara a cabo, no acudieron al presunto llamamiento judicial, y, el Tribunal provincial, sin razonamiento alguno, deniega la suspensión solicitada por la defensa, que hay que suponer, pues no se dice, con fundamento en sentirse informado con el resultado de las demás pruebas, las que no existen, condenando al reo, seguidamente y pese a que en el juicio oral nada se acreditó de signo incriminatorio. Es cierto que, el procedimiento era de urgencia y que los dos testigos habían declarado en el sumario, pero también lo es que, el art. 801 de la meritada Ley, se refiere a la incomparecencia de los testigos pero nunca a la de todos ellos, y, además, presupone la existencia de otras pruebas, las que, en este caso, no se dieron, debiéndose agregar que,

en la causa que se examina y analiza, concurrió una peculiaridad especialísima, como lo es la de que, uno de los testigos —G.—, durante la diligencia de reconocimiento en rueda, practicada judicialmente, identificó, sin dudas ni titubeos, al procesado, como autor del delito que motivó esta causa, el otro, P. R., en diligencia distinta pero de idéntica índole, con la misma seguridad y aplomo, señaló, como autor del hecho punible, a otra persona, integrante de la rueda, pero que no era el procesado; coligiéndose, de lo dicho, que la prueba sumarial no era incontestable y definitiva, ni siquiera coincidente en sus resultados, por lo que era indispensable la comparecencia de los mencionados testigos en el acto del juicio oral con el fin de depurar su testimonio y también con el de que, la Sección primera de la Audiencia de origen, pudiera formar su convicción con respeto escrupuloso del principio de inmediación que informa la fase plenaria del proceso penal español y no de forma distante y lejana respecto a acreditamientos tan trascendentes. Y, como, por otra parte, aunque la defensa no hizo constar en acta la pregunta o preguntas que se proponía dirigir a los referidos testigos, ello, es decir, el objeto del interrogatorio, dadas las singularidades del caso, era tan ocioso como obvio, aunque inexplicablemente no lo fuera para la Sección de origen, procede, a virtud de todo lo razonado y expuesto, la estimación del primer motivo del recurso formalizado por el acusado, fundado en el n.º 1.º del art. 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procediendo igualmente casar y anular la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona, con fecha 1 de Diciembre de 1983, anulando asimismo todas las actuaciones anteriores a dicha resolución a partir del Auto de pertinencia de pruebas, para que se sustancie de nuevo la causa con arreglo a Derecho, citando, en legal forma, a los dos testigos incomparecidos, y se celebre de nuevo el juicio oral con asistencia e interroga-

torio de los mismos; sin que sea necesario, ante el acogimiento del motivo primero, ocuparse de los restantes admitidos.

S 12 marzo 1985 (RA 1612)

En el escrito de calificación provisional se propone como prueba la pericial médica, dirigida a demostrar la inestabilidad emocional del procesado, que es declarada pertinente en todos sus extremos.

La prueba, sin embargo, no se desarrolla íntegramente, al no incluirse en el oficio que la Audiencia remite a los peritos, el texto completo de la pericia que había de practicarse.

El interesado reclama por tal motivo, siendo desestimada su reclamación.

El Tribunal Supremo considera que tal prueba debió practicarse en su integridad.

CONSIDERANDO: Por lo que se refiere al primero de los motivos del presente recurso, amparado en el número 1.º del art. 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y citando como infringido el art. 241 de la Constitución española en lo que atañe a la indefensión que se dice producida al recurrente al habersele denegado la práctica de una diligencia de prueba tendente a demostrar la inestabilidad mental en que se encontraba al ejecutar la acción parricida por la que se le condena, que efectivamente es cierto que se propuso la práctica de una prueba pericial médica sobre el «estado psiquiátrico del procesado»; que dicha prueba se solicitó en el escrito de calificación provisional, a realizar por dos especialistas en la materia, o sea, en tiempo y forma hábiles; que el Tribunal la declaró pertinente en todos sus extremos, entre ellos en el de que se realizasen los oportunos «tests y electroencefalograma en el Sanatorio del Rebullón»; que la misma era útil y necesaria a los fines para los que se impetraba; que no se practicó íntegramente por olvido de la Sala

sentenciadora que dejó de incluir, en el oficio que remitió a los médicos que debían evacuarla, el texto completo de la pericia interesada; que el recurrente reclamó contra su no práctica cuando tuvo conocimiento de ello; que los juzgadores de instancia rechazaron tal reclamación sin expresar la razón por que lo hicieran, y que la importancia de la pericia denegada era incontestable, como expresaron en el acto del juicio oral los doctores psiquiatras a quienes se encomendó realizarla, cuando dijeron, no sólo que habían «hecho un reconocimiento único en la prisión y que hubieran querido hacer otras pruebas más», sino, sobre todo, que consideraban «preciso un electroencefalograma a practicar en el Sanatorio del Rebullón», por lo que, ante tal cúmulo de circunstancias y a la vista de la trascendencia que la prueba solicitada tenía a los fines de determinar con exactitud la situación psiquiátrica del encausado en el momento de cometer su crimen, no queda otra alternativa que la de estimar indebidamente denegada esta diligencia de prueba propuesta en tiempo y forma y pertinente, y revocar por ello la sentencia impugnada, ordenando la retroacción del procedimiento al instante mismo de producirse el quebrantamiento de forma denunciado y acogido, a partir de cuyo momento continuará después el juicio por sus trámites correspondientes.

S 12 junio 1985 (RA 3002)

La defensa, en su escrito de calificación, se adhiere en abstracto a la prueba propuesta por el Ministerio Fiscal, entre la que se encuentra la testifical.

Producida la incomparecencia de los testigos de la acusación, la defensa solicita la suspensión de la vista que le es denegada. Por tal motivo, recurre en casación alegando haberse producido denegación de diligencia de prueba.

El Tribunal Supremo confirma la postura denegatoria de la Audiencia en el supuesto concreto, pero estima

legítima la posibilidad de fundamentar el recurso sobre aquella base, por considerarlo como una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva.

CONSIDERANDO: Que la viabilidad del motivo de casación fundado en el número 1.º del art. 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal viene condicionada, en primer lugar, por la existencia de una prueba propuesta en tiempo y forma, y la jurisprudencia de esta Sala, con un criterio ajustado al texto del art. 656 de dicha Ley, viene entendiendo que no es procesalmente correcta la adhesión abstracta a la prueba del Ministerio Fiscal, exigiendo la designación «nominatim» de los testigos a fin de facilitar los datos identificativos y de localización necesarios para su convocatoria al plenario, y una prueba mal propuesta, igual a prueba inexistente, no habilita para pedir la suspensión del juicio, ni —consecuentemente— en este trámite instar la nulidad del mismo, ahora bien, el derecho a la tutela judicial de rango constitucional (art. 24.1) obliga a interpretar la normativa procesal vigente en el sentido más favorable para la efectividad de tal derecho y a propiciar una interpretación menos rigurosa, estimando que la simple adhesión a la prueba testifical de las partes acusadoras puede ser presupuesto válido para solicitar, en su caso, la suspensión del juicio, y legitimar el recurso extraordinario de nulidad, definiendo al Tribunal de casación, si están cumplidos los demás requisitos formales, el examen de la adecuación objetiva y funcional de la prueba omitida, con una perspectiva más angosta porque debe ser tenido en cuenta, además del resultado de las pruebas practicadas hasta entonces y los datos informativos que ofrezca el trámite sumarial (párrafo tercero del art. 801 de la Ley), las dificultades que ofrezca su práctica, acaso insalvables o con mengua de la celeridad del trámite, siempre sin perder de vista, como valores superiores, la efectividad del derecho

a la tutela judicial y la posible indefensión de las partes.

NATURALEZA DEL INTERROGATORIO DEL PROCESADO EN LA VISTA DEL JUICIO ORAL.

S 19 abril 1985 (RA 2106)

Procesadas varias personas por delito contra la salud pública, la defensa de una de ellas propone como prueba el interrogatorio de los demás procesados, con carácter de prueba testifical.

En el acto de la vista se produce la incomparecencia de aquéllos. Solicitada la suspensión, es denegada por el Tribunal.

Se recurre en casación contra la sentencia alegando denegación de diligencia de prueba. El Tribunal Supremo desestima el recurso por considerar, entre otras motivaciones, que el interrogatorio de los procesados en la vista oral no tiene la naturaleza de prueba.

CONSIDERANDO: Que, propiamente, la razón impugnatoria que late en este motivo del recurso argüido por la representación de José S., estriba en que, entre los medios probatorios propuestos en su escrito de conclusiones provisionales y admitidos por el Tribunal de instancia, figura el «interrogatorio de los procesados», es decir, que contaba con las declaraciones de los otros procesados con significación de prueba testifical a efectos exculpativos de su participación en los hechos, derivando de ello su actitud de protesta, al comienzo de las sesiones del juicio oral, dado que la no presencia de los inculpados José Gabriel J. y Manuel M. implicaba la frustración o denegación de hecho de una prueba conferida pertinente; mas en ningún momento devendría prosperable tal reclamación, ya que —cual ha señalado esta Sala— el interrogatorio de los procesados no fue propuesto nominalmente, indicando claramente

cuál o cuáles de los procesados deberían ser inexcusablemente interrogados y, en segundo término, porque el interrogatorio de los procesados en el acto del juicio oral no es una prueba propiamente dicha, al no tener aquellos obligación de declarar y si lo hacen, deducir la verdad —sentencia de 9 de julio de 1984—; y aunque supiese homologar las declaraciones de los procesados con las de los testigos propiamente dichos, devendría indispensable para la prosperabilidad del recurso de casación no sólo la verificación de la oportuna protesta sino la consignación de las preguntas a que se intentaba someter al interrogado a fin de que esta Sala pudiese apreciar su pertinencia y su trascendencia en orden a la aclaración de los hechos enjuiciados, y ello al objeto de evitación de solicitudes de suspensión tendentes a dilatar el procedimiento, ausente la originación de la menor indefensión —Sentencias de 6 y 11 de abril y 20 de septiembre de 1984, entre otras nuestras—; ello parte de la conminación que entraña la norma del art. 801, párrafo tercero, prohibiendo, en cierto modo, al Tribunal el acuerdo de suspensión del juicio por la incomparecencia de alguno de los testigos, si éstos hubieran declarado en el sumario y el Tribunal se considera suficientemente informado con la prueba practicada para formar juicio completo sobre los hechos, tenor del precepto del que se hacen adecuado eco las sentencias de 27 de abril y 7 de mayo de 1984; razones todas las expuestas que llevan a la desestimación del motivo de casación por quebrantamiento de forma interpuesto con invocación del art. 850, número 2, de la Ley procesal penal.

ERROR DE HECHO EN SU APRECIACIÓN.

S 24 octubre 1985 (RA 5050)

En un determinado proceso se dicta sentencia estimando en el condenado serias limitaciones en su capacidad in-

telectual y volitiva. Posteriormente por ese Tribunal y en distinto proceso se dicta sentencia contra la misma persona y por hechos semejantes, pero sin entrar a considerar su estado mental.

El Tribunal Supremo considera que tal contradicción es suficiente para afectar a los derechos que se declaran probados.

Fundamentos de Derecho:

SEXTO.— El tercer y último motivo del recurso, está interpuesto por el recurrente Miguel G. C., por entender que la Audiencia ha incurrido en error de hecho en la apreciación de la prueba, e indica como fundamento, que pone de relieve la existencia de la equivocación, la sentencia dictada por el mismo Tribunal con fecha anterior con fecha anterior contra el recurrente por delito de la misma naturaleza, en la que se manifiesta que el mismo condenado padece oligofrenia en grado de debilidad mental, con trastornos caracteriológicos que limitan grandemente sus facultades intelectivas y volitivas sin llegar a anularlas. Entre la sentencia impugnada y la que se acompaña como documento auténtico, para poner de relieve la equivocación poralmente con un día de diferencia, todas, por hechos realizados temporalmente por el Tribunal, que están dicentemente con un día de diferencia, por el mismo Tribunal, con fechas de 70 de marzo y 30 de abril del mismo año, y en las que se analiza el estado mental del condenado, se pone de relieve una gran contradicción, pues en la que se acompaña como documento se dice que padece una oligofrenia que produce grado de debilidad mental con trastornos caracteriológicos que limitan grandemente sus facultades intelectivas y volitivas sin llegar a anularse, y en la impugnada que sufre una personalidad psicopática con ligerísima debilidad mental y coeficiente intelectual del 0,80 que corresponde a un estado normal. Esta evidente contradicción da lugar a una gran duda a la

Sala sobre la auténtica y verdadera personalidad psíquica del recurrente en el momento de decidir sobre este extremo, con lo que debe admitirse el motivo para modificar los hechos que se declaran probados, en virtud del principio «in dubio pro reo».

PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

S 9 abril 1985 (RA 2072)

El procesado, en declaración ante la Policía manifiesta la compra de una determinada cantidad de heroína. Ello es posteriormente negado ante el Juez de Instrucción y en la vista del juicio oral.

El Tribunal Supremo considera que las diligencias policiales carecen de valor probatorio y, a falta de otras pruebas, debe aplicarse, incluso de oficio, la presunción de inocencia.

CONSIDERANDO: Que involucrado en el anterior motivo, el recurrente formula otro por fondo, por infracción del art. 24.2 de la Constitución; no invoca tal precepto especialmente, lo que no es preciso, ya que como ha declarado el Tribunal Constitucional en sentencia de 16 de noviembre de 1984, entre otras, con motivo del recurso de amparo contra resoluciones judiciales la exigencia de la invocación del precepto constitucional infringido, se satisface cuando de manera inequívoca se deduce de la exposición del recurso. Por otra parte tiene declarado esta Sala, interpretando el artículo constitucional citado, que la presunción de inocencia puede ser aplicada de oficio, cuando del contenido de los autos aparezca su procedencia. El examen de los mismos sólo acredita que el procesado declaró ante la Policía, aunque con asistencia de Letrado, que había comprado a un tal Noé por mediación de otro individuo llamado Arturo treinta y dos gramos de heroína, a la que es adicto, adquiriéndola para su consumo; la heroína no fue hallada ni en poder del procesado ni en su

domicilio en el registro que con su consentimiento, efectuó la policía. Negó posteriormente la compra imputada, en la primera declaración ante el Juzgado, en la indagatoria y en el juicio oral. Ante la falta del cuerpo del delito ni la prueba indirecta de la procedencia del dinero intervenido, que se devolvió a los familiares del procesado, ni las declaraciones de Noé y Arturo, que como era de esperar, negaron su intervención en la venta de la droga, aportaron prueba complementaria alguna. Por todo ello queda como única prueba la confesión del procesado ante la Policía. Ya el art. 406 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no dispensa al juez, aunque el procesado confiese, de practicar todas las diligencias necesarias al fin de adquirir el conocimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito; y la trascendental sentencia del Tribunal Constitucional, de 28 de julio de 1981 sólo da valor de denuncia, a las diligencias practicadas en el atestado policial, y exige, para que la confesión producida en las mismas pueda tener ese mínimo de prueba que el principio de presunción de inocencia exige para ser desvirtuada, que la confesión se haga con las garantías procesales, y se ratifique ante la autoridad judicial. Exigencia, la primera, que puede estimarse cumplida por la existencia de Letrado, pero no la segunda, pues ante aquella autoridad, en ningún momento reconoció el procesado la compra de los treinta y dos gramos de heroína para su reventa.

S 26 enero 1985 (RA 361)

En causa seguida por delito de robo, el presunto culpable declara su participación en el mismo ante los miembros de la Policía Judicial, ratificándose posteriormente a presencia judicial.

No obstante, en el acto del juicio oral niega toda intervención en los hechos delictivos que se le imputan.

A pesar de no existir más pruebas, el Tribunal Supremo no considera aplicable la presunción de inocencia.

CONSIDERANDO: Que el segundo motivo del recurso que ahora se examina en primer lugar, se expuso y alegó por infracción de Ley del número 2.º del art. 849 de la norma adjetiva sin hacer, cuando su preparación, designación alguna de documento que demostrará el error de hecho por equivocación evidente del juzgador, con clara infracción del párrafo segundo de art. 855 de la misma ley procesal, y sabido es, por constante declaración de esta Sala, cómo la inadmisión es sinónima, en el trámite procesal de ahora al que tal motivación no debió tener acceso, de desestimación, sin perjuicio de lo cual y si se estimara que las argumentaciones del recurrente tendientes a negar la existencia de prueba respecto a la participación del procesado en el delito de robo por el que ha sido condenado se estiman incuras, con un criterio ciertamente benévolo, en la novísima vía casacional de la presunción de inocencia contenida, como principio básico y esencial, en el art. 24.2 de la Constitución, es preciso entonces asumir cuanto se ha dicho, extensamente, en numerosísimas sentencias de esta Sala —22 de octubre, 30 de noviembre, 29 de noviembre, 6 de diciembre y 14 de diciembre de 1984, entre otras muchas— por las que se resalta no sólo la obligada observancia del principio con su vinculación para ante todos los poderes públicos, según el art. 53.1 de la Constitución, sino también la verdadera esencia del principio en el sentido de que con el mismo no se trata de sustituir el criterio valorativo de la instancia sino sólo de anular la resolución pronunciada en el supuesto de que no exista prueba a valorar, que no exista lo que se ha denominado «mínima actividad probatoria», que de darse, y tal se ha indicado, únicamente al Tribunal de la instancia cabe valorar adecuadamente según su íntima convicción y conforme al art. 741 de la Ley procesal, todo lo cual también lleva a la desestimación del motivo en tanto que, como se desprende de las actuaciones, el procesado prestó su declara-

ción, amplia y detallada, ante los miembros de la policía judicial, en la que sustancialmente reconoció los hechos aquí enjuiciados para después ratificar su contenido ya ante la presencia judicial, mínima aunque suficiente prueba que legalmente tiene que propiciar la conclusión desestimatoria referida.

5. SENTENCIA

REQUISITOS DE LA DECLARACIÓN DE HECHOS PROBADOS.

S 19 febrero 1985 (RA 1123)

Se considera que incurre en este defecto la sentencia dictada en un proceso por hurto que, en su narración fáctica prescinde de datos de identificación de las personas y de otros necesarios para conocer la verdadera relevancia de los hechos.

CONSIDERANDOS: Que el primero de los motivos del recurso de Antonio Ll. S., interpuso al amparo del número 1.º del art. 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por falta de claridad en la exposición de los hechos debe ser acogido, ya que en el relato fáctico, contenido en el primer resultando de la resolución impugnada, faltan los indispensables elementos descriptivos de los hechos enjuiciados, sin cuya expresión o determinación, no pueden ser incardinados o subsumidos en los preceptos legales aplicados, con la necesaria precisión, imprescindible de todo punto para poder fundamentar una sentencia condenatoria en un proceso penal, y sin los cuales resulta imposible calificar el tipo del delito cometido por los acusados así como la participación de cada uno de ellos en los mismos, como son entre otros los siguientes: Nombre, apellidos y demás datos de identificación o identidad de la persona, denominada en la narración fáctica «el conservador» o encargado del Museo Diocesano de Solsona; atribuciones de representación y ad-

ministración que dicha persona ostenta o tenía conferidas para el ejercicio o mejor desempeño de su cometido al frente del mismo; si los cuadros u objetos artísticos que se mencionan como indebidamente transferidos eran de la propiedad de la Mitra y si fueron sacados del Museo con la autorización del llamado conservador o sin ella, por los hermanos M., y si éstos firmaron algún documento de recibo de los citados cuadros en calidad de depositarios para su restauración o le fueron entregados en dicho concepto o se apoderaron o tomaron los mismos, sustrayéndolos subrepticamente del poder y custodia de su dueño, o los quitaron del lugar donde se hallaban expuestos, por sí mismos o con el conocimiento y consentimiento de las personas u Organos de Gestión y representación del Museo en que se hallaban y si la sustitución de las tablas que se mencionan como auténticas por las copias o falsificaciones era conocida o fue consentida por el mencionado conservador; sin cuyos datos resulta imposible conocer la auténtica relevancia o trascendencia de tales hechos, ni la calificación jurídica de las respectivas conductas, no sólo de los condenados en instancia, sino de las demás personas que participaron en los mismos, todas las cuales debieron ser investigadas en el mismo sumario como dispone el art. 300 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y enjuiciadas en un mismo proceso ya que se trata de un delito continuado, para no dividir la continencia de la causa, en vez de ordenar la deducción de testimonio e incoación de otra causa criminal contra Francisco C. M. y Antonio Ll. S., que paradójicamente figuraran en este proceso como acusadores en vez de acusados, cuando de la actividad del segundo depende entre otros extremos el que los condenados en esta causa puedan ser absueltos o condenados por un delito de hurto o de otro de apropiación indebida, por lo que su participación debiera haber sido enjuiciada, aquí y ahora, para que pudiera ser discriminada y calificada

la participación de las demás personas participantes activas del mismo, por lo que, como queda razonado, procede la anulación de la sentencia y su sustitución por otra en las que aparezcan consignadas y valoradas tales circunstancias, resultando por ello improcedente el examen de los demás motivos de dicho recurso.

Que idéntica falta de claridad se da en la resolución impugnada, en lo que se refiere a la trayectoria, transmisión o tracto sucesivo recorrido por la tabla o cuadro descrito en dicho resultado, representando el Tránsito de la Virgen, que se dice adquirida por el recurrente Sr. N., quien alega haberla comprado en pública subasta en la Sala de Arte que cita y de cuya propiedad se le priva en la sentencia, sin entrar en detalles sobre la veracidad de sus manifestaciones de hecho y sobre la validez de las transmisiones anteriores de que ha sido objeto, con sus correspondientes datos para poder resolver sobre la propiedad de la misma, como se denuncia en el primero de los motivos del recurso interpuesto por el nombrado y del que por lo expuesto procede la estimación lo que hace innecesario del examen de los demás motivos formulados por infracción de ley, en los que se postula la irrevindicabilidad de dicha tabla.

S 4 octubre 1985 (RA 4620)

En causa seguida por delito de coacciones, entre otros, no se establecen en la sentencia los hechos determinantes del mismo merecedores de semejante calificación, pero se condena por ellos.

El Tribunal Supremo considera procedido quebrantamiento de forma.

Fundamentos de Derecho:

SEGUNDO.— Que el motivo de forma articulado al amparo del número 1.º del art. 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia como vicio de forma el no expresar la sentencia

combatida clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados al omitirse la narración de los hechos causantes de la obstaculización e intimidación, en efecto, en el Resultando de hechos probados, en relación con el delito de coacciones por el que se condena a los recurrentes, tan sólo se dice que «los procesados han obstaculizado e intimidado a D. Antonio R., al abandonar el local para impedirle la apertura de la farmacia», pero no se dice los actos en que consistieron la obstaculización e intimidación, la fecha de comisión, detalles de ejecución, participación de cada uno de los procesados, por lo que no se ha consignado en la relación fáctica de la sentencia recurrida clara y terminantemente los datos que puedan servir para valorar jurídicamente los hechos perseguidos y procede, por ello, estimar este motivo del recurso, apoyado en el acto de la vista por el Fiscal, lo que obliga a anular la sentencia recurrida, reponiendo las actuaciones al ser y estado que tenían cuando se cometió la falta, es decir, al momento de dictarse sentencia por el Tribunal de instancia, a fin de que proceda a dictar otra más ajustada a derecho en la que subsanando y eliminando el defecto de forma apreciado se guarde lo preceptuado en el art. 142, regla 2.ª de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y Orden de 5 de abril de 1932, en relación con el art. 741 y 742 de la citada Ley Procesal Penal.

S 5 julio 1985 (RA 3985)

En causa seguida por delito contra el ejercicio de los derechos de las personas (malos tratos y lesiones) por funcionarios del Cuerpo Superior de Policía, se dicta sentencia en la que se acusa la falta de datos significativos, al tiempo que la relación de hechos supone, en determinados puntos, una simple transcripción de informes periciales.

*El Tribunal Supremo considera pro-
ducido quebrantamiento de forma,*

CONSIDERANDO: Que, por más que se reconozcan las dificultades de instrucción y de enjuiciamiento inherentes a causas criminales como la presente, así como la imparcialidad, ecuanimidad, rectitud y evidente deseo de resolución certera —así lo demuestra el voto particular formulado— de una cuestión intrincada y polémica como la presente, la que además tiene resonancia y honda repercusión en el orden social y comunitario, lo cierto es que, la narración histórica de la sentencia de instancia, no cumple enteramente las exigencias formuladas por la regla 2.ª del art. 142 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y por el inciso primero del número 1 del art. 851 de la misma, pues no es totalmente clara, ni siempre expresa y terminante, ni suficiente y acabada. En efecto, por lo pronto, como si la Audiencia de origen estuviera insegura respecto a lo que constituye su función y a la facultad soberana de formar, en conciencia, su convicción sobre los problemas fácticos que defiere este proceso —art. 741 de la citada Ley—, y, por otra parte, deseara rehuir declaraciones rotundas y categóricas —inculpatorias o exculpatorias—, abusa de la corruptela de confundir las pruebas propiamente dichas con las conclusiones fácticas obtenidas del examen y valoración conjunta de las mismas y con la consecutiva declaración también fáctica, la que debe verificar el propio Tribunal, sin, virtualmente, atribuir, dicha misión, que es al mismo tiempo deber inexcusable, a los peritos, a los testigos, a los acusados, a la inspección ocular, a los careos o a otras diligencias —en este caso a los peritos médicos, y, además, se encuentran ausentes del relato o no se consignan de modo rotundo y categórico los siguientes e indispensables datos: 1.º) causación de los hematomas y otras lesiones que le fueron apreciadas, facultativamente, al después imperfecto, a las 14,30 horas del día 4 de febrero de 1981; 2.º) identidad de los veinte funcionarios del Cuerpo General de Policía integrantes de la Briga-

da Central de Información que instruyeron las diligencias y practicaron los interrogatorios; 3.º) si, en el curso de dichos interrogatorios, A., fue sujeto pasivo de malos tratos físicos, de violencias o de coacciones intimidantes produciéndosele quemaduras en las plantas de los pies y hematomas en la región palpebral o en la orbitaria o cualquier otra clase de heridas o de lesiones; 4.º) permaneciendo siempre, salvo en una ocasión, A. en el despacho que se cita, no se declara dónde realizaba sus funciones o necesidades fisiológicas, si le alimentaban normalmente, si podía dormir, diaria y suficientemente, y si iba abrigado como la estación invernal aconsejaba; 5.º) identidad del Jefe de la Brigada, así como si participó, en su caso, en los malos tratos, o al menos, los conocía y consintió; 6.º) si D. Antonio P y D. Ricardo S., instructor general y Secretario, respectivamente, de las diligencias, tuvieron alguna intervención en los referidos malos tratos, si los conocieron y, en su caso, los consintieron, así como si tenían mando o jerarquía sobre los veinte interrogadores y sobre los demás integrantes de la Brigada; 7.º) si los acusados maltrataron personalmente a A. durante el curso de la investigación, si conocieron dichos malos tratos y los consintieron y si tenían mando o jerarquía respecto a los demás interrogadores; 8.º) origen y causación de los flictemas que se recortaron a A., así como origen de la intolerancia gástrica que el A. padecía el 12 de febrero ya indicado, así como el de la bronconeumonía a consecuencia de la cual falleció; y 9.º) causación de las lesiones que, los Doctores, le apreciaron ese día, y de las que fueron registradas en el informe de autopsia, especialmente, las quemaduras de primero y segundo grado en las plantas de ambos pies y los hematomas de la región palpebral o de la orbitaria, determinando el origen de las mismas así como si fueron producidas o no, en el curso de los interrogatorios y como consecuencia de golpes, malos tratos o aplicación de elementos de ig-

nición. Procediendo, por consiguiente, la estimación del primer motivo del recurso interpuesto por el Ministerio popular, fundado en el inciso primero Fiscal y al que se adhirió la acusación del número 1.º del art. 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procediendo igualmente casar y anular la sentencia dictada por la Sección quinta de la Audiencia Provincial de Madrid, el 2 de diciembre de 1983, para que, una vez le sea devuelta la causa, y sin levantar mano, dicten nueva sentencia en la que se hará declaración clara, expresa y terminante de los hechos enlazados con las cuestiones planteadas, respondiendo fácticamente a todos los puntos antes numerados y procurando que, partiendo del examen y valoración de las pruebas practicadas, sea, el propio Tribunal sentenciador en instancia, el que asuma la responsabilidad de relatar lo sucedido, sin «delegar» por decirlo así, sus susodichas funciones, en los peritos Médicos, de tal modo que sean, virtualmente, éstos, quienes reseñan varios de los episodios sucedidos y no el Tribunal como era lo legal y procedente, cuyo Tribunal, en ciertos detalles, se ha limitado a constituirse en fiel eco de los dictámenes emitidos.

SS 16 enero 1985 (RA 316) y

25 de enero (RA 359)

No es incluíble en el concepto de falta de claridad en los hechos probados las dudas, ni las omisiones cuando derivan de insuficiencia de prueba; así como tampoco los errores mecanográficos, o la forma de expresión, si en la descripción de las conductas que se sancionan se reúnen los requisitos que las configuran como punibles.

CONSIDERANDOS: Que por falta de claridad a que se refiere el artículo 851-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debe entenderse, según reiterada doctrina de esta Sala, bien la

carencia absoluta de hechos probados, bien la oscuridad, vaguedad o inconcreción en su redacción, o que ésta sea ininteligible o incomprensible y por fin que no se redacten en forma concluyente, imperativa, terminante o categórica. En cambio quedan excluidas del concepto formal de que se trata, las dudas, si no afectan a la claridad de los hechos y las omisiones cuando aquéllas han dejado el ánimo valorativo del Tribunal en términos dubitativos o cuando éstas —las supuestas omisiones— no han quedado, a juicio del Tribunal, suficientemente probadas.

Que el art. 142 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, exige que la redacción de las sentencias, sea clara, expresa y terminante y desarrollando el precepto, con ocasión del quebrantamiento de forma, contenido en el inciso 1.º del art. 851-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la Sala viene sosteniendo, de manera concorde, que solamente se produce tal quebrantamiento y por tanto la transgresión del art. 142 de la Ley, cuando la Sentencia carece de manera absoluta de hechos probados, cuando éstas se redactan de forma oscura, vaga o sin concreción de realidades ocurridas, cuando se redactan de tal manera que sean ininteligibles o incomprensibles, y por fin cuando no se redacten de forma concluyente, categórica o manifiesta; defecto que no concurre cuando la prueba haya sido tan endeble que deje dubitativo el ánimo del Tribunal y éste no procede, como es correcto en derecho a la aplicación del principio jurídico, in dubio pro reo. No afectan a la falta de claridad, igualmente los errores mecanografiados, ni las equivocaciones u omisiones en la determinación típica del «modus operandi» y en fin cuando basta una rectificación ideal de buena fe y de bien hacer jurídico, dentro de las imperfecciones humanas, si en la descripción de las conductas que se penan, se reúnen los requisitos básicos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad —Sentencias

de 1.º de diciembre de 1980, 15 de junio de 1981, 4 de octubre de 1982, 25 de abril y 16 de diciembre de 1983 y 26 de noviembre de 1984, entre otras muchas—.

CORRELACIÓN CON LA ACUSACIÓN.

S 27 febrero 1985 (RA 1551)

Benito encarga a Antonio que le proporcione un coche de la misma marca que él ya tiene, pero en mejor estado de conservación. Antonio lo hurta y Benito cambia la matrícula de su coche a éste, al tiempo que altera los números del bastidor.

El Ministerio Fiscal acusa sólo a Antonio del delito de hurto, y a ambos procesados por el cambio de matrícula y el falseamiento del bastidor.

La Audiencia condena a Benito por los tres hechos imputados y absuelve de los tres a Antonio.

La defensa de Benito y el Ministerio Fiscal recurren en casación por considerar que éste no había sido acusado de hurto y, sin embargo, fue condenado por este delito.

CONSIDERANDO: Que examinados los elementos y características del artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el motivo de casación del número 4.º del art. 851 de la misma, en cuanto interesa el recurso que se examina, el supuesto de hecho que en síntesis puede deducirse del relato histórico, aparece, que el procesado Benito que tenía un Simca 1.200 viejo, concibió la idea de sustituirlo por otro idéntico pero en mejor estado, para ello encargó al procesado Antonio, que le buscara el coche deseado, que se apoderara de él y se lo entregara, por ello recibiría 25.000 pesetas; Antonio encontró y hurtó el coche nuevo, y para asegurar su total apropiación, Benito, puso la matrícula del viejo al coche nuevo y cambió el número del bastidor de éste. El Ministerio Fiscal imputó el hurto sólo a Antonio, el cambio de matrícula y la

falsedad del bastidor a ambos procesados. La sentencia absuelve a Antonio de los tres delitos imputados, y condena por los tres sólo a Benito. Es decir, Benito es condenado por la comisión del delito de hurto por el que nadie le había acusado. Conforme a la doctrina expuesta en el anterior considerando. El Tribunal no puede condenar por delito por el que no ha sido objeto de acusación, sin que pueda esudarse en que por tratarse de un tema de participación delictiva pueda prescindirse de la exigencia de formular la tesis a que se refiere el art. 783 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tantas veces citado. También conforme a la doctrina anteriormente expuesta, habrá de devolverse la causa al Tribunal sentenciador conforme ordena el art. 901 bis a) de la ley adjetiva para que repongan la misma al trámite de dictar sentencia.

S 5 julio 1985 (RA 3958)

El Fiscal acusa a los procesados como autores de un delito de introducción de moneda falsa. La Audiencia los condena por delito de tenencia de moneda falsa, imponiéndoles una sanción menor que la solicitada por la acusación.

Se recurre contra la sentencia, por considerar que incurre en el motivo del número 4.º del art. 851 al penarse un delito más grave que el constituyó objeto de acusación.

El Tribunal Supremo desestima el recurso.

CONSIDERANDO: Que según determina el número 4.º del art. 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el recurso de casación por quebrantamiento de forma podrá interponerse cuando se pene un delito más grave que el que haya sido objeto de acusación, siendo doctrina reiterada de esta Sala que los Tribunales de instancia gozan de libertad para la calificación de los hechos perseguidos, no constituyendo ello materia impugnada en casación

más que en el supuesto de que se imponga al reo pena superior a la señalada por la Ley al delito impugnado por las acusaciones; supuesto éste que no se da en el supuesto enjuiciado en el que los procesados fueron acusados por el Fiscal como autores de un delito de introducción de moneda falsa de los arts. 283 número 3.º, 284 y 290 del Código Penal, solicitando se les impusiera a cada uno de ellos las penas de doce años y un día de reclusión menor y multa de treinta millones de pesetas, el Tribunal sentenciador calificó y penó a los acusados, no como introductores, como venían acusados, sino como tenedores de moneda falsa preordenada a su expedición, delito previsto y penado en el art. 287 del citado Código Penal e imponiéndoles la pena, muy inferior de la pedida por la acusación pública, de cuatro años y dos meses de prisión menor y multa de treinta millones de pesetas, delitos ambos de idéntica naturaleza y homógenos, sancionados en el mismo capítulo del Código, por lo que no ha existido indefensión y tan sólo ventajoso cambio para los reos de la forma de comisión en el delito de falsificación de billetes de banco, por todo lo cual procede desestimar el motivo primero del recurso del procesado Millán L. G., en el que denuncia el vicio de nulidad del número 4.º del art. 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

S 17 octubre 1985 (RA 5000)

Se abre sumario por presuntos delitos de utilización ilegítima de vehículos de motor y receptación, habiendo sido admitido este segundo por el inculcado en tal periodo procesal.

En los escritos de calificación provisional de la acusación sólo se hace referencia al primero de los mencionados delitos, pero no al de receptación a pesar de lo cual la sentencia condena por ambos.

El Tribunal Supremo considera producida indefensión y casa la sentencia. Fundamentos de Derechos:

CUARTO.—a) la sentencia recurrida condenó al recurrente como autor de un delito de receptación, aparte del de utilización ilegítima de vehículo de motor, a pesar de que en ese primer supuesto las conclusiones provisionales, elevadas después a definitivas, únicamente comprendían la autoría por un delito de robo del art. 500.5 y último párrafo; b) la resolución condenatoria por la receptación se basa en la recepción por parte de quien insta este trámite, de 25.000 pesetas entregadas que le fueron, después del atraco bancario, por uno de los que en éste había intervenido; y c) si bien en las actuaciones sumariales tal acto fue revelado por el propio inculpado, no había en cambio referencia al mismo en el contenido de las referidas conclusiones provisionales ni en las pruebas practicadas a partir de ese instante procesal.

QUINTO.—El condenar por delito de distinta naturaleza con pena en abstracto no superior a la correspondiente al delito, del que inicialmente se acusaba, no supone infracción del principio acusatorio en tanto sigan respetándose los límites del «petitum condenatorio»; mas ello no tiene por qué ser igual en cuanto al principio de la no indefensión que supone realmente, quizás en correlación con la igualdad del art. 14 de la Constitución o con la bilateralidad, la contradicción y la lealtad procesal (cual características definitivas de la actividad procedimental), el derecho de todo ciudadano a un juicio justo, lógico y equilibrado en el que claramente se planteen las distintas cuestiones a ventilar sin merma de los derechos de defensa y de su legítima pretensión a obtener un proceso eficaz, fuera de cualquier escondido resorte jurídico, siendo lo cierto, sin embargo, que la determinación de cuándo se sobrepasan los derechos de la defensa, deriva de lo que no deja de ser sino una cuestión de límites, señalando a este respecto el Tribunal Constitucional y esta Sala —Sentencias de 10 de marzo de 1982 y 17 de

noviembre de 1983— la fuerza vinculante del principio, art. 53.1 de la Constitución así como su general operatividad, habida cuenta que en ningún caso, dice el texto, puede haber excepción, y es precisamente que la indeterminación en el escrito de conclusiones provisionales, al impedir la defensa y la proposición de pruebas pertinentes, debe llevar inexcusablemente al vicio proclamado de la indefensión.

S 24 diciembre 1985 (RA 6462)

El Fiscal acusa al procesado de asesinato, al tiempo que manifiesta que aquél fue sorprendido cavando una fosa con la intención de enterrar el cadáver de su víctima.

El Tribunal, ante esta manifestación, hace uso de las prerrogativas que le concede el art. BAA de la Ley de Enjuiciamiento Criminal pidiendo ilustración sobre la posibilidad de concurrencia de un delito de inhumación ilegal en grado de tentativa.

La defensa considera que el artículo 733 no es de aplicación a un nuevo delito sobre el que no existía acusación. No obstante, el Tribunal condena por delito de asesinato y tentativa de inhumación ilegal.

Recurrida la sentencia, el Tribunal Supremo desestima el recurso.

Fundamentos de Derecho:

TERCERO.—Ahondando más en el espíritu, que no en la letra, el motivo del recurso, viene éste a plantear el interesante problema de si un Tribunal de Instancia a través del art. 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, planteando la tesis, puede introducir en el juicio, o en el acta de acusación, un delito no designado nominalmente por las acusaciones, aunque comprendida en los hechos objeto de la calificación provisional o definitiva y para el supuesto en que proceda el Tribunal afirmativamente, si se produce indefensión de la parte acusada.

CUARTO.—El problema plantea en toda su integridad la correcta interpretación del art. 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el contenido y las facultades que el Tribunal de instancia concede dicho precepto. Desde un punto de vista legal, ateniéndonos a la redacción del precepto, pueden sentarse, como bases fundamentales para su interpretación las siguientes:

1.º Inalterabilidad del hecho justificable tal como lo han planteado las partes en su acta de acusación. — 2.º Restricción de dichas facultades, exclusivamente a la calificación jurídica, cuando estime el Tribunal que la calificación o apreciación jurídica de tales hechos ya inalterables, en dicho trámite, se ha procedido con manifiesto error. — 3.º Extensión de dichas facultades a que ilustren al Tribunal, sobre si el hecho justificable constituye otro delito distinto del calificado o si concurre alguna circunstancia eximente de la responsabilidad criminal, no alegada por las partes.

QUINTO.—Tal facultad que es excepcional y ordena la ley que se haga uso de ella con moderamiento, tiene dentro de la misma Ley determinadas limitaciones, que son las siguientes: 1.º No puede extenderse a los delitos que se persigan a instancia de parte. — 2.º Tampoco se han de extender a los errores cometidos por las partes en la apreciación de circunstancias atenuantes o agravantes. — 3.º Tampoco se extiende respecto de la participación de cada uno de los procesados en la ejecución del delito público, vuelve a reiterar la idea de que no sea privado —que sea materia del juicio—. 4.º No podrá pensarse un delito más grave que el que haya sido objeto de la acusación, si el Tribunal no hubiera procedido en la forma en que determina tal art. 733.

SEXTO.—Desde un punto de vista doctrinal, es opinión dominante que el hecho ha de ser individualizado «his-

tórica o materialmente» no con arreglo a los caracteres de la norma penal, lo cual significa que el objeto de la sentencia es un factum y no un crimen y sobre ese factum recaen las facultades del Tribunal, por el principio «iura novit curia». De aquí que el Tribunal sentenciador pueda extender, por virtud del precepto que se comenta, sus funciones y su propia jurisdicción a una tesis distinta y a una calificación más grave —sin exceder la pena pedida— por medio de la facultad que le concede el art. 733, pudiendo hacer y sin necesidad de más requisitos las declaraciones y condena respecto de la existencia de un delito distinto del que fue objeto de la acusación si el apreciado por el Tribunal es menos grave que el contenido por la acusación.

SEPTIMO.—Jurisprudencialmente ha sostenido esta Sala que al Tribunal no le vincula la calificación jurídica de las partes gozando para inculpar de amplia autonomía decisoria con la sola limitación de no poder castigar un delito más grave que el que haya sido objeto de la acusación, de donde se infiere «a sensu contrario» que no sobrepasada la pena solicitada por la acusación no se infringen las normas procesales reguladoras de la forma de dictar sentencias —Sentencia 23 de septiembre 1967—. La congruencia entre la acusación criminal y la sentencia tiene su encaje en el art. 851.4.º en relación con el art. 733, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en cuanto que se prohíbe penar al acusado por delito más grave que el que haya sido objeto de la acusación —Sentencias 28 de marzo de 1983 y 10 marzo de 1981, 8 y 9 de julio de 1982—. Si persistiendo los hechos de la acusación... lo que la sentencia varía es el número de delitos a sancionar, transformando en tres más leves lo que la parte acusatoria formuló en principio uno solo, es evidente que en tal supuesto no puede asegurarse que se incurrió en el defecto de forma del artículo 851.4.º, ya que no hay indefensión

y se favorece al delincuente, debiendo pues atenderse a la punición decretada realmente para ver si el Tribunal hizo mal uso del art. 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal e incurrió en el defecto formal del art. 851-4.º —Sentencia 7 de octubre de 1974—. Debiendo atenderse, en este sentido, el Tribunal a la pena asignada al delito para estimar la gravedad del mismo —Sentencias 25 de enero 1967, 6 noviembre de 1969, 21 marzo de 1970, 30 de noviembre de 1971, 30 abril de 1975, 6 de octubre y 22 de noviembre de 1982—. El uso de la tesis, por parte del Tribunal garantiza a las partes su derecho a discutir y debatir sobre la nueva calificación y se salvaguarda al principio de contradicción, evitando la incongruencia, entre la acusación y la sentencia (Sent. 18 de junio de 1972).

OCTAVO.—Profundiza quizá el problema con más detenimiento la sentencia de 30 de noviembre de 1971, en que plantea el problema de si el Tribunal a quo pudo cambiar la incriminación del delito —propaganda por manifestación— y cotejando las penas, viene a concluir la sentencia de instancia de ver que son más benignas las impuestas, lo que haría inaplicable el motivo de casación que se postula. Y plantando el problema de la indefensión, cuando en la tesis se plantea calificaciones jurídicas distintas, añade la sentencia, que es menester que el delito contenido en la tesis, sea diametralmente opuesto al contenido en la acusación, por su naturaleza, bien jurídico protegido, sujetos intervinientes y modalidades típicas. Pero si se trata de delitos, entre sí relacionados con puntos de contacto evidente, es manifiesta que no puede haber lugar a la casación por quebrantamiento de forma.

NOVENO.—Resumiendo lo expuesto y ateniéndonos al texto legal, lo que es intangible es el acta de acusación, contenido en los hechos. La calificación jurídica de las partes no vincula al Tribunal que puede discrepar, ve-

lando por el interés público, el orden social o subsanando los errores de calificación de las partes, tanto involuntarias, como intencionadas, con las limitaciones antes indicadas y sobre todo sin sobrepasar las penas pedidas por las acusaciones.

DECIMO.—Con estos antecedentes, debe concluirse que el Ministerio Fiscal en los hechos de la acusación, después de referirse a la muerte de Francisco R. S. causada por el procesado Juan Manuel R. M. añade «siendo sorprendido éste cuando pretendía cavar una fosa con el propósito de enterrar el cadáver». El hecho ya intangible, se respeta. El Fiscal acusa de un delito de asesinato, para el que pide 23 años de reclusión mayor. El Tribunal en el acto del juicio oral, haciendo uso de las facultades del art. 733, desea ilustración acerca de si el hecho justiciable puede constituir además el delito de inhumación ilegal en grado de tentativa. El Ministerio Fiscal estima que es posible que se dé tal delito; la defensa afirma que no es posible. El juicio queda suspendido durante una hora, para preparar un informe sobre la tesis y es entonces cuando la defensa entiende que el art. 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no puede extenderse a la apreciación de un nuevo delito del que no venía acusado el procesado. El Tribunal sentenciador en su fallo estima la comisión de un delito de asesinato por el que impone veinte años y un día, en lugar de los veintitrés pedidos por el Ministerio Fiscal y una tentativa de inhumación ilegal para el que impone multas de 30.000 y 15.000 pesetas con arresto sustitutorio de mil pesetas por día, si las dejare de pagar.

UNDECIMO.—A la luz de la exposición acabada de hacer debe concluirse: 1.º Que el Tribunal respetó los hechos de la acusación. — 2.º Que estimó que el hecho justiciable era además una tentativa de inhumación ilegal, consecuencia, ligada y forzada por la muerte ocasionada. — 3.º Que no

impuso pena más grave que la pedida por la acusación. — 4.º Que se movió correctamente dentro de los límites de los arts. 733 y 851-4.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Todo lo más, conduce a la desestimación del primer motivo del recurso.

OMISIÓN DE PRONUNCIAMIENTO.

S 27 marzo 1985 (RA 2039)

En el escrito de calificación provisional, elevado posteriormente a definitivo, la defensa alega la concurrencia de la eximente de estado de necesidad.

La sentencia de la Audiencia condena al procesado estableciendo expresamente, sin más manifestaciones, la no concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

El Tribunal Supremo considera que se trata de un supuesto de incongruencia omisiva.

CONSIDERANDO: Que, en el caso controvertido, la sentencia recurrida, en el cuarto de sus Resultandos, dice, «que la defensa del procesado en igual trámite alegó que su defendido no había cometido delito alguno y que procedía su absolución», en el tercer Considerando, añade que «en realización del expresado delito no han concurrido circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal conforme a la legislación vigente», y en el Fallo, reitera «sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal»; pero como, en el escrito de conclusiones provisionales, elevado más tarde a definitivas, el acusado, invocó, «alternativamente concurrir la eximente de estado de necesidad tipificada en el núm. 7 del art. 8 del Código Penal», cuya invocación había sido precedida de un relato de hechos, congruente, en lo pertinente, con la petición antedicha, se infiere que, al desechar, la Audiencia de origen, toda concurrencia de circunstancias modificativas —el estado de necesidad es

una causa de exención y no de modificación de la responsabilidad criminal—, no comprendió, dentro de la genérica e indiferenciada desestimación, al estado de necesidad debidamente alegado, sino que, antes al contrario, habiendo inadvertido la alegación de la citada eximente, se abstuvo, inconscientemente, de decidir la cuestión planteada, no dando respuesta a la misma, estimatoria o desestimatoria, explícita o, al menos, implícita, incidiendo, de ese modo, en patente incongruencia omisiva, la que obliga a la estimación del tercer motivo, fundado en el número 3.º del art. 851 de la Ley Procesal Penal, procediendo igualmente casar y anular la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona con fecha 4 de julio de 1983, a cuyo organismo jurisdiccional se devolverá sumario y Rollo de la Audiencia con testimonio de esta resolución, para que, sin levantar mano, dicha Sección dicte nueva sentencia en la cual, fáctica y jurídicamente, se pondere y resuelva, además de todo lo pertinente, cuando concierne a la eximente de estado de necesidad invocada por el acusado; no siendo preciso, ante el acogimiento de este motivo, ocuparse de los restantes.

S 15 mayo 1985 (RA 2490)

La defensa califica los hechos cometidos por sus patrocinados como delito de allanamiento de morada. La Audiencia condena por delito de robo, sin entrar a resolver acerca de la existencia o no de la figura delictiva calificada por la defensa.

Se recurre en casación alegando incongruencia omisiva. El Tribunal Supremo estima correcta la sentencia recurrida.

CONSIDERANDO: Que igualmente ha de decaer el motivo cuarto de los enumerados en el escrito formalizador del recurso en el que, invocando el artículo 851, núm. 3.º, de la Ley procesal penal, se atribuye a la sentencia el ha-

ber incurrido en el vicio procesal de una incongruencia omisiva, al sostenerse por la defensa de sus patrocinados el haberse incidido por los mismos en un delito de allanamiento de morada, sobre la cual nada se ha resuelto por el Tribunal; falta de fundabilidad del motivo casacional derivada de que, si bien la esencia de tal incongruencia radica en el silencio que el Tribunal de origen guarda respecto a las pretensiones que las partes hayan formulado oportunamente, según viene reiterándose jurisprudencialmente —Sentencias 9 de febrero de 1982 y 7 de julio de 1984, entre otras—, siempre tratándose de temas sustanciales afectantes de modo directo a la calificación jurídica que merezcan los hechos recogidos en la narración histórica del fáctum, a las penas que, correlativamente, merezcan imponerse o a las responsabilidades civiles inherentes a las de índole criminal, es lo cierto que cuando se hubiere optado por el Tribunal por una calificación jurídica que suponga, antitéticamente, la exclusión de la tesis sostenida por una parte en sus conclusiones, ello implica la desestimación implícita de la misma, ya que, como también reitera la jurisprudencia, respecto a las cuestiones de derecho, se deben considerar desestimadas cuando se han admitido tesis contradictorias al punto supuestamente omitido —Sentencias de 22 de diciembre de 1982, 25 de marzo y 21 de junio de 1983—; que es lo sucedido en el supuesto de autos en que el juzgador califica los hechos como constitutivos de un delito de robo con intimidación en las personas y uso de instrumentos peligrosos, con la agravante específica de casa habitada, previsto y penado en los arts. 500, 501, 5.º, párrafo último, y 506, núm. 2, del Código Penal, lo que conlleva la marginación del supuesto delito de allanamiento de morada como hecho delictual único y singularizado, cual se pretendía por los recurrentes, pues concurriendo con otro delito al que sirve como medio, deja de castigarse al ser elemento integrador del mismo —Sentencia de 27

de octubre de 1967— pudiendo decirse que el allanamiento de morada es inherente al delito de robo en casa habitada —Sentencia de 24 de febrero de 1947—.

6. RECURSO DE CASACION

RESOLUCIONES IMPUGNABLES.

A 13 de febrero de 1985 (RA 955)

Se plantea proceso penal contra un Juez de Primera Instancia e Instrucción.

La Audiencia desestima la querrela de antejuicio. Planteado recurso de casación contra el auto desestimatorio, el Tribunal Supremo considera que no se trata de resolución impugnabile en esta vía.

CONSIDERANDOS: Que coherentemente con los fines institucionales del recurso y acorde con la índole extraordinaria del mismo se explica —de una parte— el acotamiento de las resoluciones contra las que procede (artículos 847 y 848), y —de otra— la limitación de causas o motivos de casación que pueden invocarse tanto en su vertiente de infracción de ley (artículo 849), como en el aspecto de forma (arts. 850 y 851), de modo que, ciñéndonos al primer punto, solamente procede contra las sentencias dictadas por las Audiencias en juicio oral y única instancia y contra los autos definitivos, también de las Audiencias, únicamente por infracción de ley en los casos que ésta lo autorice de modo expreso; y no es éste el caso del auto dictado por la Audiencia Provincial desestimando la querrela de antejuicio porque la ausencia de conformidad legal veda la posibilidad del recurso casatorio, quedando el interpuesto incurrido en la causa de inadmisión 2.ª del art. 884 de la Ley de Enjuiciamiento.

Que esta conclusión se alcanza sin esfuerzo discursivo porque el propio recurrente en la introducción o preám-

bulo al escrito de interposición admite paladinamente esta realidad procesal, pero, con fino sentido de la anticipación, subraya la especialidad del procedimiento de antejuicio, aludiendo a que en las querrelas comunes está prevista una nueva instancia, también admitida para los autos que exigen fianza y fijan su cantidad y calidad en este procedimiento especial (artículo 763), sugiriendo, en conclusión, la necesidad de abrir una posibilidad de recurso, de una casación, que el mismo califica de «sui generis», con apoyo en la doctrina del Tribunal Constitucional relativa al derecho de toda persona declarada culpable de un delito a que el fallo condenatorio sea sometido a un Tribunal superior, según el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Que el antejuicio no es un privilegio de los jueces, sino garantía —se ha dicho— de la augusta función judicial, y el hecho de que la ley no habilite un recurso de apelación o alzada frente a las resoluciones desestimatorias de la Audiencia Provincial (conclusión deducida de los arts. 217, 236 y 237 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), puede radicar en el hecho de estar la competencia atribuida a un órgano jurisdiccional superior y colegiado, en el que se dan cita las mayores garantías de acierto junto a la seguridad de que la justicia prevalecerá sobre cualquier tentación de corporativismo, y la circunstancia de que admita recurso para el auto exigiendo fianza no es argumento sucesorio —como pretende el recurrente—, pues demuestra que el silencio de la ley al referirse a la resolución que pone fin al trámite fue deliberada, sin que en buenos principios de hermenéutica legal pueda aquella excepción ser objeto de aplicación extensiva.

Que la invitación a crear, por vía jurisprudencial, un recurso de casación «sui generis», resulta inviable con sólo hacer referencia a la trayectoria histórica del art. 849 de la Ley procesal:

en una primera época, que abarca desde la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento hasta la Ley de 28 de junio de 1933, se admitía el recurso de casación contra los autos desestimatorios de la querrela, pero esta última Ley restringió el recurso extraordinario a los autos «definitivos», y el Tribunal Supremo (Auto de 16 de marzo de 1953) les negó tal carácter toda vez que no ponían término irreparable a la acción, y, finalmente, la redacción vigente del citado artículo, efectuada por Ley de 16 de julio de 1949, reiteraba la necesidad de que el auto definitivo permitiendo únicamente el recurso casatorio «en los casos en que esté autorizado de modo expreso», autorización que no está presente ni en el art. 313 ni en el art. 774 de la Ley de Enjuiciamiento; es reveladora esta sucinta incursión en los antecedentes del artículo para advertir que la supresión del recurso no fue una omisión o vacío legal, sino expresión de un intencionado propósito del Legislador, y no puede inventarse una posibilidad impugnatoria extraordinaria —como propicia el recurrente— al amparo del art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, aunque forme parte de nuestro ordenamiento interno —art. 96.1 de la Constitución Española— y sea pauta para interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales reconocidos en el Texto Fundamental (art. 10.2), porque dicha norma se refiere al derecho a someter el fallo condenatorio y la pena a un Tribunal superior, pero de su lectura, aclara la sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de diciembre de 1982, no se desprende la necesidad de una doble instancia, sino la sumisión a un Tribunal «superior», sumisión que se restringe a los fallos «condenatorios» y penas impuestas «con observancia de las prescripciones de la Ley», y no es bastante dicho mandato —había dicho en ocasión anterior dicho Tribunal en la sentencia de 5 de julio de 1982— para crear por sí mismos recursos inexistentes, o para conceder u otorgar

a los órganos jurisdiccionales competencias funcionales que no tienen, como se infiere del Auto de este Tribunal Pleno de 31 de enero del corriente; en definitiva, el art. 24 de la Constitución, que reconoce el derecho de todos a la jurisdicción —añade la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de junio de 1981—, no supone que pueda interpretarse como un derecho incondicionado a la prestación de la jurisdicción, sino como un derecho a obtenerla siempre que se ejerza por las vías legalmente establecidas. Procede, por lo expuesto y confirmando la conclusión antes expresada, la inadmisión del recurso en virtud de la causa 2.ª del art. 884 antes citado.

A 3 diciembre 1985 (RA 5980)

Se dicta auto por el que se acuerda la suspensión provisional de un funcionario público en el ejercicio de sus funciones.

El Tribunal Supremo considera que esta resolución no es recurrible en casación.

Fundamentos de Derecho:

PRIMERO.— De acuerdo con lo establecido en el art. 848 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, contra los autos definitivos dictados por las Audiencias sólo procede el recurso de casación y únicamente por infracción de ley en los casos en que ésta lo autorice de modo expreso, situación que no concurre en el que es objeto de la presente impugnación por cuanto, ni es definitivo, ya que la medida de «suspensión provisional en el ejercicio de las funciones propias de su cargo», acordada contra el Oficial de la Administración de Justicia don Raimundo M. G. por causa de su procesamiento, puede ser revocada en el momento en que se alce éste o recaiga en la causa sentencia absolutoria, ni la ley autoriza expresamente el recurso de casación contra él, como lo evidencia la circunstancia de no citarse precepto

alguno de la Ordenanza procesal penal por el recurrente que otorgue el mencionado recurso, por lo que siendo esto así debe inadmitirse el promovido como incurso en la causa 2.ª del artículo 884 de la mencionada ley de procedimientos penales.

LEGITIMACIÓN PARA INTERPONERLO.

S 20 septiembre 1985 (RA 4425)

En un determinado proceso se impone la pena de prisión menor por un tiempo de seis meses, en vez de seis meses y un día que es el mínimo previsto por la ley. La defensa recurre alegando infracción de ley.

El Tribunal Supremo considera que el recurrente carece de legitimación para ello, por cuanto supondría perjuicio para la parte condenada.

Fundamentos de Derecho:

SEGUNDO.— a) La impugnación de las sentencias en materia penal puede hacerse por las partes, debe realizarse por el Fiscal, en uno y otro caso, si se observan los motivos que la ley prescribe, e incluso el Tribunal encargado de la resolución del recurso está obligado de oficio, a la subsanación de las infracciones que entran en el ámbito de la nulidad de los actos judiciales según los arts. 238 y ss. de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La posibilidad de la parte para la pretensión de reparar la ley o precepto que se considere infringido, es preciso que, además de su consideración de parte procesal, se dé un «plus» de legitimación inherente a toda clase de recurso que consiste en «el interés de recurrir», ya reconocido en nuestra legislación histórica («se tuviese por agravado un juicio», decían las Partidas), y hoy día exigido por toda la dogmática procesal y doctrina jurisprudencial que, reclama que los recursos, y, específicamente el de casación, se establezcan en beneficio y no en perjuicio de los recurrentes. El tratamiento

procesal del recurso del Ministerio Fiscal y el de nulidad de actuaciones, tienen diferente legitimación en virtud de que su fundamento es el interés de la ley.

b) De acuerdo con esta doctrina acabada de exponer, el segundo motivo de recurso debe desestimarse, porque está interpuesto por infracción de ley, al haberse infringido el art. 30 del Código Penal, ya que la sentencia en lugar de imponer la pena de seis meses y un día de prisión menor, que es el mínimo, según el citado art. 30, ha puesto solamente los seis meses sin el día, y aunque esta violación de la norma penal sustantiva es evidente, la pretensión del recurrente, sobre este extremo, no debe ser acogida, en cuanto que es parte defensora del condenado, y por consiguiente, de acuerdo con la fundamentación jurídica expuesta, carece de legitimación impugnativa, porque perjudica a la parte a quien defiende, aunque sea la mínima violación de un día más en el cumplimiento de la condena.

7. COSA JUZGADA

NO LA PRODUCE LA RESOLUCIÓN DICTADA EN PROCESO POR FALTAS, SIENDO LOS HECHOS CONSTITUTIVOS DE DELITO.

S 12 julio 1985 (RA 4075)

Se sigue proceso por faltas ante un Juzgado de Distrito, en el que se dicta sentencia condenando por una falta de hurto.

Al tiempo se sigue proceso por delito de robo ante la Audiencia, basado en los mismos hechos que sirvieron de base a la sentencia anterior. Este Tribunal absuelve a los procesados por considerar que ya habían sido enjuiciados y condenados.

El Ministerio Fiscal recurre en casación y el Tribunal Supremo estima el recurso.

CONSIDERANDOS: Que el efecto principal de cualquier resolución judicial, tan pronto haya ganado firmeza, estriba en obtener la consideración de cosa juzgada material, impidiendo para lo sucesivo que cualquier órgano jurisdiccional pueda volver a valorar los actos enjuiciados en el procedimiento anterior, atendiendo de nuevo a pretensiones punitivas de idéntica factura, impidiéndolo el clásico y arraigado principio del *non bis in idem* obstructor de dos procesos y dos resoluciones, coincidentes o diferenciadas, sobre un mismo *thema debati*; derecho de la persona a ser juzgada una sola vez y para siempre por cualquier actuación delictiva imputable, íntimamente ligada a razones de seguridad y certeza jurídicas de especial significación en el área penal; actualizándose el *ius puniendi* del Estado a través de un procedimiento dotado de las normales garantías, agotado semejante derecho subjetivo y reconocido el carácter definitivo de la resolución, surge un valladar infranqueable para la provocación de unos trámites renovadores que permitan reactualizar la cuestión litigiosa abriendo paso a una segunda resolución sobre el mismo objeto procesal.

Que el reconocimiento de la «cosa juzgada» exige la presencia de unos elementos o identidades sin los cuales la excepción esgrimida no es susceptible de originar los efectos paralizadores o impeditivos del postrer procedimiento: a) identidad subjetiva —*eadem personae*— entre las personas que figurasen como inculpadas en el proceso precedente y las designadas como sujeto pasivo de la pretensión punitiva hecha valer en el nuevo; b) identidad del objeto, *eadem res*, del hecho sujeto a enjuiciamiento en sendos procesos, cualquiera que sea la calificación jurídica recaída y la que se pretenda asignarle; c) identidad de acción —*eadem causa petendi*— no en abstracto, como dice la Sentencia de 22 de diciembre de 1969, sino en concreto, por ser idénticas la razón de pedir

entre la resolución firmemente dada y la pretendida conseguir, en orden al hecho enjuiciado de nuevo; exigiendo todo ello, como presupuesto indeclinable, que la resolución precedente que se arguye y sirve de freno al normal y pleno desarrollo del posterior proceso intentado, haya sido emitida por Juez o Tribunal al que jurisdiccional y competencialmente venga asignado el conocimiento de la infracción de acuerdo con las normas contenidas en los arts. 8.º, 9.º y 14, entre otros, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, fieles al principio de improrrogabilidad de la jurisdicción y de la general indeclinabilidad de las normas distributivas de la competencia —salvo específicas excepciones—, dado su indudable carácter cogente.

Que, en atención a ello, ha sido doctrina de esta Sala la de que cuando la Sentencia precedente ha sido dictada por un Juez Municipal, hoy de Distrito, que sólo posee competencia para conocer de los juicios de faltas y fallar sobre infracciones que tengan dicha entidad, haciéndolos respecto de hechos que merezcan la calificación de delitos, atribuidos su conocimiento a los Jueces de Instrucción o a las Audiencias Provinciales, en los números 2.º, 3.º y 4.º, del art. 14 de la Ley Procesal Penal, resulta evidente que ante la carencia de competencia deviene nula aquella resolución, nunca impeditiva de que se persiga posteriormente el propio hecho valorado como delito, nulidad de pleno derecho dada la imperatividad de la norma infringida, nunca subsanable por el aquietamiento y falta de interposición de recurso por parte de los interesados, criterio mantenido en Sentencias de 12 de abril de 1930, 24 de marzo de 1971 y 4 de febrero de 1981, entre otras; derivando de ello la improcedencia de la excepción de cosa juzgada hecha valer en el juicio seguido en la Audiencia por delito de robo con fuerza en las cosas del ciclomotor Vespino n.º de bastidor 971290, contra los procesados, basada en que aquéllos habían sido

juzgados por la sustracción de dicho vehículo y otros dos ciclomotores ante el Juzgado de Distrito n.º 13 de los de Sevilla siendo condenados como autores de una falta de hurto prevista en el art. 587, 1.º, del Código Penal, a tres penas de quince días de arresto menor a cada uno de ellos e indemnización solidaria y por terceras partes a Enrique G. G. en la cantidad de diez mil pesetas; excepción improsperable dado que los hechos, en cuanto concierne al ciclomotor referenciado, y a tenor de la narración histórica a que da acogida el resultando de la Sentencia recurrida, son constitutivos del delito de robo tipificado en los arts. 500, 504, número 3.º, 505, debiéndose condenar en función de los mismos, sin impedimento alguno por razón de la Sentencia de 5 de abril de 1982 del Juzgado de Distrito, afecta de nulidad en cuanto hace referencia a la sustracción del ciclomotor n.º de motor 971290 propiedad de Enrique Manuel G. G.; estimándose, pues, el motivo único del recurso de casación por infracción de Ley, art. 849, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por el Ministerio Fiscal.

8. REVISION

MOTIVO DE NUEVOS HECHOS O NUEVAS PRUEBAS.

S 25 febrero 1985 (RA 1540)

Se condena a una persona como autora de un delito de apropiación indebida. Contra la sentencia se recurre en casación, recurso que es desestimado.

El Ministerio Fiscal solicita la revisión, y en la información supletoria practicada aparecen unos documentos, reconocidos por quienes los suscribieron, sobre cuya base se practica una nueva peritación pericial cuyos resultados son exculpativos de la conducta del condenado, y que es coincidente con un nuevo informe del perito que intervino en la causa.

El Tribunal Supremo considera que concurren motivos suficientes para dar lugar a la revisión solicitada.

CONSIDERANDOS: Que, en el caso analizado, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Madrid, mediante sentencia de 5 de mayo de 1969, recaída en la causa 842 de 1967, condenó a Carlos R. M., como autor de un delito de apropiación indebida de 1.670.654 pesetas, a la pena de seis años y un día de presidio mayor, accesorio correspondiente, pago de costas y el de la indemnización oportuna. Interpuesto, por el acusado, recurso de casación, fue éste desestimado, por esta Sala, mediante sentencia de 5 de marzo de 1971, y, habiendo interpuesto, el Ministerio Fiscal, el 29 de septiembre de 1983, el presente recurso de revisión, y practicada la preceptiva información supletoria, de ella resulta: 1.º que, por el condenado, se han aportado nuevos documentos, reconocidos, en su caso, por quienes los suscribieron u otorgaron; 2.º que un nuevo perito, el Sr. H., a la vista de lo actuado en el proceso y de la nueva documentación aportada, estima que, el condenado, socio y administrador de una sociedad, no se apropió de cantidad alguna perteneciente al acervo social de la misma, habiéndose justificado satisfactoriamente los conceptos o partidas que no lo fueron durante el transcurso del proceso condenatorio, y 3.º en un informe separado, pero coincidente, y simultáneamente rendido, dicho perito y el que actuó en la precitada causa, Sr. Q., llegan a idéntica conclusión exculpatoria, aclarando, el último perito citado, que si hubiese dispuesto, en su día, de los documentos ahora aportados, su dictamen, entonces prestado, hubiera sido muy otro.

Que, habida cuenta de que la condena de R. se fundó principalmente en el informe pericial prestado por el perito Sr. Q. y que éste lo ha rectificado a la vista de los documentos sobrevenidos, coincidiendo, su actual opinión,

con la del otro perito designado al efecto, y con el contenido de los documentos dichos, todo lo cual desvirtúa las conclusiones fácticas condenatorias obtenidas por el Tribunal de instancia, procede, en consecuencia, la estimación del recurso de revisión interpuesto por el Ministerio Fiscal, así como la nulidad de la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Madrid con fecha 5 de mayo de 1969, remitiéndose lo actuado a dicho organismo jurisdiccional para que proceda a la instrucción de la nueva causa.

S 18 octubre 1985 (RA 5027)

Se condena a una persona por diversos delitos. Posteriormente a la sentencia se acredita que el condenado lo fue al haber sido suplantada su personalidad por el verdadero autor de los hechos delictivos.

Fundamentos de Derecho:

PRIMERO.— El recurso de revisión regulado en los arts. 954 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es un medio de impugnación de carácter extraordinario, el cual ofrece la particularidad de proceder solamente contra resoluciones que han adquirido firmeza; por ello, en la doctrina científica, se le niega naturaleza de verdadero recurso, atribuyéndole la de remedio, toda vez que se estima que, los recursos propiamente dichos —reforma, súplica, apelación, queja o casación—, sólo se dan respecto a resoluciones no firmes y que no han adquirido todavía la santidad e intangibilidad de la cosa juzgada; se asemeja al recurso de casación porque, ambos, proceden solamente contra determinadas resoluciones y únicamente por motivos taxativamente fijados por la Ley, pero mientras son susceptibles de casación las sentencias definitivas, absolutorias o condenatorias, dictadas por las Audiencias, así como los autos, también definitivos, dictados por di-

chos organismos jurisdiccionales, cuando la Ley lo disponga expresamente, y siempre que, unas y otras resoluciones, no hayan adquirido firmeza, la revisión sólo cabe contra sentencias condenatorias y firmes; aquélla, obedece a razones immanentes, y ésta, a motivos trascendentes; la primera, tiene plazos improrrogables y fatales para su preparación e interposición, mientras que, la segunda, puede interponerse en cualquier momento posterior a la firmeza, incluso cuando el reo ya hubiere cumplido la condena o hubiere fallecido; finalmente, para la interposición de la casación, se hallan legitimados los que hayan sido parte en instancia o los que, sin serlo, hubieren resultado condenados en la sentencia recurrida, y, en general, cualquiera que haya sufrido gravamen, perjuicio o lesión originados en dicha resolución, mientras que, el recurso de revisión, no puede interponerlos más que el Ministerio Fiscal, bien sea por su propia iniciativa, bien por excitación u orden del Ministerio de Justicia y previa instrucción de expediente. De los cuatro números de que consta el citado artículo 954, el primero y el segundo, consagran, como motivos de revisión, presuntos errores judiciales, el tercero, se basa en que, los presupuestos fácticos que sirvieron de basamento a la sentencia cuya revisión se pretende, se han revelado falaces, espurios y, por consiguiente, nada fiables, y, por último, el cuarto, implica la aparición o conocimiento de nuevos hechos o de pruebas sobrevenidas que pueden demostrar la inocencia del condenado.

SEGUNDO.—Basándose, el presente recurso de revisión en el número 4.º del antecitado art. 954, de lo actuado, resulta que, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Málaga, en la causa 199 de 1977, procedente del Juzgado n.º 1 de dicha Ciudad —Rollo 683—, con fecha 7 de diciembre de 1978, dictó sentencia, en la que, se condenó a Carmelo C. E., natural y vecino de Madrid, de veintidós años de edad a la sazón, hijo de Daniel y de Josefa,

cuyo estado civil no consta y de profesión pintor, y a dos sujetos más, como responsables, en concepto de autor, de dos delitos de robo con violencia o intimidación en las personas y uso de armas, y de dos delitos de utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno con fuerza en las cosas, a cada uno de ellos, a dos penas de cuatro años, dos meses y un día de presidio menor y a otras dos penas de cuatro meses y un día de arresto mayor; deduciéndose, de dichas actuaciones que, el juzgado y condenado por la referida Audiencia, no fue en realidad Carmelo C. E., sino su primo hermano Ramón C. C.; el cual suplantó la personalidad de su pariente haciéndose pasar por él, para lo cual se valió del hecho de haber sido detenido indocumentado.

TERCERO.—Así pues, los nuevos elementos de juicio aportados durante la sustanciación de esta impugnación, evidencian que, el verdadero autor de los delitos antes mencionados, lo fue Ramón C. C., el cual, durante la tramitación del juicio antes mencionado asumió, suplantándola, la identidad y personalidad, de su primo hermano. Carmelo C. E., quien es inocente respecto a la perpetración de los dos delitos de robo con violencia e intimidación en las personas y uso de armas, y de los dos delitos de utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno con fuerza en las cosas por los que fue condenado por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Málaga, procediendo, en consecuencia, y a tenor de lo dispuesto en los arts. 954 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, decretar la nulidad de la referida sentencia en lo que concierne a la condena de Carmelo C. E., debiendo proceder, la Sección Primera del mentado organismo jurisdiccional, a la incoación de nueva causa, en cuya sentencia definitiva se acordará, en su caso, la cancelación de cuantas anotaciones se refieran a las condenas impuestas a dicho Carmelo C., ordenando también en su caso, la instrucción de sumario por la presunta perpetra-

ción, por parte de Ramón C. C., de delito de usurpación de estado civil o uso público de nombre supuesto. En idéntico sentido: S. 26 octubre 1985 (RA 5064).

9. COSTAS

SU ALCANCE EN EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO POR DELITOS Y EN LOS DE URGENCIA.

S 5 julio 1985 (RA 3960)

DECIMOTERCER CONSIDERANDO: Que de la doctrina que mantiene esta Sala sobre costas procesales, según sentencias de 3 de marzo de 1980, 9 de febrero de 1981, 24 de febrero de 1983 y 30 de octubre de 1984, y del análisis que se hace en los arts. 109, 110 y 111 del Código Penal y 239 al 246 y 802 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es necesario distinguir, según que se trate de procedimiento ordinario o de procedimiento de urgencia: el procedimiento ordinario, en el que conforme la doctrina jurisprudencial, el importe de las costas procesales correspondientes a la acusación particular está comprendida dentro de la condena en costas que la sentencia haga sobre los responsables del delito, habiéndose admitido, únicamente, que cuando la intervención de la acusación particular no hubiere tenido relevancia alguna deben quedar excluidas, previo pronunciamiento en la resolución; por el contrario, cuando se trate del procedimiento de urgencia de acuerdo con lo que determina en el 802 de la

Ley de Enjuiciamiento Criminal debe de contenerse en el fallo de la sentencia, porque este precepto ordena que ha de resolverse sobre las mismas, y únicamente, al igual que en el procedimiento ordinario, no habrá lugar a su imposición si la intervención de la acusación hubiere sido notoriamente superflua, inútil o perturbadora, «introduciendo en el debate tesis cuya heterogeneidad es patente respecto a la sostenida por la acusación pública» según dice la Sentencia citada en último lugar; también es necesario indicar como doctrina general, que, en el caso que la discrepancia entre las acusaciones pública y privada sea meramente cuantitativa, no es susceptible la exclusión de las costas originadas por las acusaciones particulares tanto en el ejercicio de la acción privada como la denominada acción popular. De acuerdo con este criterio, el motivo cuarto de los acusadores particulares Don Vicente G. R. y Don Matías J. B. debe desestimarse, pues está interpuesto por entender que existe infracción legal por no haberse incluido el importe de las costas ocasionadas por su intervención, y esta pretensión, igualmente no debe ser atendida, porque si bien es cierto que el fallo no contiene un pronunciamiento explícito sobre las mismas, hay que entender que se encuentran comprendidas dentro de la condena en costas pronunciada o acordada en el fallo de la Sentencia, ya que se trata de un procedimiento ordinario y no han sido excluidas por inoperatividad de sus tesis. Por todo lo cual este motivo debe también desestimarse.

PROCESAL ADMINISTRATIVA

JOSÉ ANTONIO RODRÍGUEZ PEDRERO
Secretario judicial. Encargado de curso

SUMARIO:

1. Principios. — 2. Competencia genérica. — 3. Partes. — 4. Objeto del proceso. — 5. Procedimiento en primera o única instancia. — 6. Sentencia. — 7. Otros modos de terminación. — 8. Medios de impugnación. — 9. Procedimientos especiales. — 10. Cosa juzgada. — 11. Suspensión de la ejecución del acto administrativo. — 12. Ejecución de sentencias.

I. PRINCIPIOS

CARÁCTER REVISORA DE LA JURISDICCIÓN.

S 30 abril 1985 (RA 4112)

Se pretende que el Tribunal de instancia no puede suplir vacíos de actuación en expediente sancionador en el ámbito de las presunciones de hecho, a diferencia del proceso penal.

CONSIDERANDO: Que no es dable a los órganos de la Administración sancionadora, en este caso el Instituto Nacional de Denominadores de Origen de los Vinos y Ministerio de Agricultura que resolvió en alzada, imponer y confirmar la multa y obligación de prescindir del rótulo «Vinos Ribadavia», adosado a la visera de un camión, cuando el expediente que forma unidad con la resolución sancionadora —art. 39-3 de la Ley de Procedimiento Administrativo— adolece de incomple-

ta tramitación por el Consejo Regulador que lo inició y siguió, sin que el Instituto Nacional, competente por no estar inscrito el expedientado (art. 94-1 del Reglamento de 23 de marzo de 1972), acordase la práctica de pruebas y actuaciones para el esclarecimiento de hecho tan esencial como lo es la determinación de la material mercancía o vides afectados por la conducta infractora, tal como exige el art. 136-1 de la citada Ley Procedimental en su conexión con el art. 53-1 del Reglamento de la denominación «Ribeiro» de 2 de febrero de 1976, precepto, este último, fundamento de la fijación de la multa impuesta, y en el que su cuantía se pone en función del valor de la mercancía o producto afectado por la infracción, sin que el expediente conste otro hecho que la citada expresión de rótulo en camión integrado en la no inscrita bodega del recurrente, pero sin acreditación alguna de vides en el camión a los que pudiera afectar el

rótulo existente en la solapa o visera delantera del mismo; circunstancia ya observada por el órgano resolutorio del expediente, el cual, en vez de ordenar se completase el esclarecimiento de los hechos, y, en su caso, la ampliación de los cargos, acudió a la inadecuada vía de imponer la multa en el mínimo reglamentario de diez mil pesetas con patente confusión de lo cuantitativo con lo cualitativo concerniente a la realidad misma del vino implicado en el rótulo de referencia, dato de suyo ineficiente para amparar presunciones al tenor del art. 1.253 del Código Civil teniendo en cuenta que el supuesto de hecho de la normativa sancionadora es materialidad de vino producido o comercializado, y resulta inasequible al Tribunal revisor suplir vacíos de actuación expedientista mediante improcedente ampliación, máxime con referencia a procedimiento sancionador, del ámbito de las presunciones de hecho hasta el punto de convertirlas en subjetivos juicios de conciencia tan sólo propios del proceso penal por expresa disposición del art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero no válidos para la Jurisdicción Contencioso-Administrativa donde rige el sistema de prueba tasada a través de la supletoria aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con la consiguiente necesidad de adecuar la prueba de presunciones de hecho a los reglados y objetivos cauces que como tal medio probatorio tasado la definen en los arts. 1.215 y 1.253 del Código Civil; preceptos que, en cuanto a las presunciones aquí tratadas, son complementarios de la tasación de medios probatorios establecida en el art. 578 de la Ley de Enjuiciamiento Civil supletoria de la Ley de lo Contencioso-Administrativo.

CARÁCTER REVISOR DE LA JURISDICCIÓN.

S 13 julio 1985 (RA 4216)

El demandante solicitó en vía administrativa cosa distinta de lo que pretende en la demanda.

CONSIDERANDOS: Que antes de entrar en el análisis de lo que propiamente constituye el objeto de este recurso es preciso delimitar su ámbito, ya que por el carácter revisor de esta Jurisdicción sólo pueden plantearse ante ella las peticiones que previamente se hayan formulado ante la Administración; y decimos esto porque la entidad recurrente, Sindicato de Ayudantes Técnicos Sanitarios de España, al interponer el recurso de reposición ante el Ministerio de Sanidad y Consumo se limitó a pedir la anulación de los arts. 4.º, 5.º, 6.º, 7.º y 9.º de la Orden de 19 de mayo de 1983, por entender que al establecerse en los mismos las retribuciones de los Practicantes-Ayudantes Técnicos Sanitarios de Zona y Matronas de Equipos Tocológicos no han recibido éstos idéntico trato salarial que el personal que presta sus servicios en las Instituciones sanitarias abiertas y cerradas de la Seguridad Social, los cuales han visto incrementada sus retribuciones no sólo en el 11 %, sobre las percibidas en 1982, sino además en la cantidad de 15.505 pesetas mensuales en conceptos de homologación como Titulados de Grado Medio, en virtud de compromiso contraído por el Ministro de Sanidad con la Unión General de Trabajadores para todos los Ayudantes Técnicos Sanitarios que prestan sus servicios en la Seguridad Social, en tanto que en este proceso el mencionado Sindicato, al articular en la demanda su pretensión, ha incurrido en notoria desviación procesal al relegar la cuestión planteada en la vía administrativa —y por tanto la única sobre la que puede pronunciarse este Tribunal— a un segundo plano, como petición subsidiaria, postulando con carácter principal la nulidad de la Orden Ministerial de 19 de mayo de 1983 en su integridad por supuestos defectos formales en la aprobación de la misma.

Que esta ausencia de congruencia entre lo pedido en vía administrativa y lo postulado en vía jurisdiccional obliga a este Tribunal, por el carácter

revisor de sus potestades, a apartar del ámbito de la litis la pretensión enderezada a lograr la nulidad de la Orden de 19 de mayo de 1983 por tratarse de una «cuestión nueva» cuyo planteamiento estaba vedado a la parte actora, máxime si se tiene en cuenta que esta misma discordancia se observa entre el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo y la pretensión que con carácter principal se articula en la demanda.

CARÁCTER REVISOR DE LA JURISDICCIÓN.

S 26 abril 1985 (RA 4746)

Interpuesta demanda contra la interrupción del otorgamiento de una licencia de obras, se pretende que el Tribunal se pronuncie sobre la procedencia de tal licencia.

CONSIDERANDOS: Que la entidad demandada alega la inadmisibilidad parcial del presente recurso, con base en el argumento de que la actora postula en su demanda diversas declaraciones sobre las cuales no se ha pronunciado previamente la Administración, ni expresa, ni presuntamente. Sin embargo, debe consignarse que el recurso contencioso-administrativo es admisible o inadmisibile como un todo, sin que pueda serlo sólo en parte, por cuya razón, y siendo el presente perfectamente admisible, tal como fue interpuesto, no dejará de serlo porque en la demanda se hayan producido determinadas desviaciones procesales, sino que éstas habrán de ser pura y simplemente desestimadas. Y como tales causas de desestimación se estudiarán en los siguientes considerandos.

Que, en efecto, la parte actora ha incurrido en su demanda en una auténtica desviación procesal, pues, limitándose el acto recurrido a interrumpir el procedimiento de otorgamiento de la licencia, está claro que el interesado puede pretender en esta vía contenciosa que se reanude tal procedi-

miento, pero no más, porque todas las peticiones que excedan de ésta son peticiones «ex novo» respecto de las cuales no existe acto administrativo, y que, por eso, no pueden ser resueltas por esta Sala, sin que ello represente sustituir a la Administración, lo que le está vedado, entre otros, en el artículo 1.º de la Ley Jurisdiccional. Y así, la Sala puede, en efecto, y en su caso, anular el acto impugnado, que es la petición que se articula en el párrafo primero del suplico de la demanda, pero no puede en modo alguno, estimular las pretensiones de los restantes números del suplico, pues, en efecto: 1.º No puede la Sala declarar que el recurrente tiene derecho a que se le otorgue la licencia solicitada porque el acto recurrido no deniega la licencia (aunque en la demanda se afirme lo contrario, al final del primer fundamento jurídico de la pretensión, si bien en el escrito de conclusiones se afirma, por el contrario, que la licencia está concedida), sino que el acto recurrido ordena exclusivamente la interrupción del procedimiento de su otorgamiento, y por lo tanto, este órgano jurisdiccional no puede, sin que la Administración se haya ocupado de esa cuestión, declarar que al recurrente debe o no debe otorgársele la licencia. 2.º No puede tampoco la Sala dar lugar al párrafo b) del número segundo de dicho suplico, en cuanto en él se pide que se declare que a la finca de autos no le es aplicable el precatálogo de Edificios y Conjuntos de Madrid, ni las suspensiones o limitaciones de licencia que de aquél pudieran derivarse (todo ello porque la finca en cuestión esté incluida en el Registro público de Solares), porque es lo cierto que la Administración no ha aplicado dicho precatálogo para interrumpir el procedimiento, ni ha dicho en el acto recurrido que aquél sea o no aplicable al edificio de autos, y por lo tanto, no puede tampoco la Sala en este aspecto sustituir a la Administración, pues no debe olvidarse que en el recurso contencioso la pretensión viene limitada, en definitiva, por el

acto recurrido, sin que sea lícito utilizar dicho recurso para precaverse de posibles actuaciones futuras de la Administración. 3.º) Ni finalmente puede tampoco la Sala declarar que a la finca de autos le sea o no aplicable el Plan Especial de Protección y Conservación de Edificios de la Villa de Madrid, ni las limitaciones que de él pudieran derivarse. En cuanto a este punto, a la Sala le es posible, en efecto, declarar si a la petición de licencia que nos ocupa le es o no aplicable la suspensión derivada de la aprobación inicial de dicho plan, y puede hacerlo porque el acto recurrido se basa precisamente en esa suspensión para interrumpir el procedimiento, y, por lo tanto, esa es cuestión debatida (si bien ése es un pronunciamiento que no tiene por qué hacerse en la parte dispositiva de esta resolución, puesto que, argumentando sobre ella en los considerandos, servirá para la estimación o desestimación del recurso), pero, en otro aspecto, y dejando aparte el problema de la suspensión de licencias, a la Sala le está vedado hacer la declaración de que el plan especial no afecta, en sus determinaciones sustantivas, a la solicitud originaria de la parte actora, por la razón tantas veces esgrimida de que el acto recurrido no ha aplicado ni dejado de aplicar ninguna prescripción de fondos del tan citado plan, pues, en definitiva, y con todas esas peticiones, lo que pura y simplemente se pretende de la Sala es que ésta declare cuál es la normativa urbanística aplicable a la solicitud de licencia de que se trata, sin duda para dejar ya prejuzgada esta cuestión para el momento en que la Administración resuelva sobre el fondo de dicha solicitud, pero la Sala, dispuesta desde luego a cumplir la misión que le impone el art. 106 de la Constitución de controlar la legalidad de la actuación administrativa, no puede en modo alguno emitir tal juicio anticipado, porque ello significaría no controlar la actuación de la Administración, sino, pura y simplemente, convertirse en Administración.

PRINCIPIO ANTIFORMALISTA.

S 5 julio 1985 (RA 3978)

En el suplico de la demanda se omitió pedir la declaración de disconformidad a Derecho, y consiguiente anulación, de la resolución dictada enalzada por el Tribunal Económico-administrativo Central, pero sí se alude a ella en los Hechos.

CONSIDERANDO: Que reiterada que ha sido por el representante de la Administración General, la causa de inadmisibilidad prevista en el art. 82-a) y f), ambos de la Ley jurisdiccional, con base en no haberse recogido explícitamente en la demanda por la Sociedad recurrente la pretensión revisora de la Jurisdicción en punto al Acuerdo del Tribunal Económico Administrativo Central de 26 de marzo de 1981, ha de tenerse en cuenta que la naturaleza no formalista de este procedimiento, según se viene puntualizando constantemente por la doctrina jurisprudencial, así como la exigencia del artículo 24-1 de la Constitución de prestar la tutela judicial efectiva a quien la impetra, conjuntamente, nos lleva a desestimar dicha causa de inadmisibilidad, respecto de quien procesalmente ha expuesto con claridad meridiana el alcance y propósito de la acción revisora postulada de esta jurisdicción ya que los hechos cuarto y quinto de esa demanda, relacionan en forma inequívoca las resoluciones de los Tribunales económico-administrativos que son objeto del presente recurso y ante esa literalidad patente, el rechazo de la demanda como incurso en la causa de inadmisibilidad alegada, implicaría a doble vertiente la exigencia rigurosa de constatación en el Suplico de la demanda de una pretensión sin que lo imponga específicamente ningún precepto (art. 69 de la Ley jurisdiccional) y con ello la indefensión proscribida por la norma constitucional invocada. Como quiera, por tanto, que la omisión en el Suplico de esa petición, no constituye defecto procesal

esencial, puesto que sin temor a error se deduce del cuerpo del escrito de la demanda, ello nos reconduce a la configuración exacta del grado competencial de los Tribunales jurisdiccionales con vista del art. 6 del Real Decreto-Ley 1/1977, de 4 de enero, y art. 129-3 del Reglamento de 20 de agosto de 1981, de las Reclamaciones Económico-Administrativas.

2. COMPETENCIA GENERICA

ENTES CUYOS ACTOS SE ENJUICIAN.

S 28 junio 1985 (RA 4917)

Se plantea la impugnabilidad, ante los Tribunales administrativos, de ciertos actos del Consejo General de un Colegio profesional, por no estar todos ellos sujetos al Derecho Administrativo.

CONSIDERANDOS: Que antes de entrar en el examen pormenorizado de cada una de las cuestiones debatidas, no es ocioso señalar que, en virtud del art. 8.1 de la vigente Ley de Colegios Profesionales, sólo aquellos actos colegiales que estén sujetos al Derecho Administrativo pueden ser objeto de control por la jurisdicción contenciosa, que no está llamada, por tanto, a resolver disputas intestinas de los distintos sectores de cada Colegio en tanto no se juzgue de la adecuación o inadecuación a Derecho de un acto necesariamente sujeto a Derecho Administrativo.

Que ello implica el sometimiento al control jurisdiccional de la actividad colegial cuando ejercita lo que la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1981 denomina «competencias administrativas absorbidas por los Colegios como una manifestación de descentralización», y asimismo el control de aquellas otras actuaciones (procesos electorales, etc.) que, por tratarse de una Corporación de Derecho Público vienen taxativamente regulados

por normas de carácter administrativo.

Que, por tanto, la cuestión principal suscitada de este litigio (si el Consejo General de los Colegios de Aparejadores y Arquitectos Técnicos debió o no asumir las conclusiones de una asamblea que previamente habían celebrado aquellos colegiados que, además eran funcionarios) no es, en principio, competencia de esta jurisdicción, pues pertenece al ámbito de autonomía absolutamente necesario para el desempeño de la función corporativa de los Colegios.

Que, ello, no obstante, dado que alguna de las cuestiones suscitadas sí afecta a aquel núcleo de competencias, originariamente administrativa pero «delegadas en los Colegios», como sucede en el caso de la potestad sancionadora aplicada al régimen de incompatibilidades, y dado asimismo que algunos de los motivos de nulidad alegados al respecto son los previstos en el art. 8.3 de la citada Ley de Colegios Profesionales de 13 de febrero de 1974, es preciso entrar en el fondo del litigio, ante la imposibilidad, reiteradas veces sostenida por la doctrina jurisprudencial, de inadmisibilidades parciales.

RESPECTO A LOS TRIBUNALES LABORALES.

S 8 julio 1985 (RA 4932)

Una Empresa pretende ser exonerada del pago de cuotas de la Seguridad Social, por las circunstancias del caso, y la Administración demandada solicita se declare que la cuestión debe enjuiciarse ante los Tribunales laborales.

CONSIDERANDO: Planteada por la Abogacía del Estado, como cuestión previa la inadmisibilidad al presente recurso contencioso-administrativo, la contemplada en el epígrafe a) del artículo 82 de la Ley Reguladora «incompetencia de jurisdicción del Tribunal»,

se impone al examen de aquélla a tenor de los preceptos mencionados en el escrito de contestación a la demanda de autos, apreciándose que, si bien —como ya declara la Sala, en sentencia de 5 de noviembre de 1982— las normas legales aparecen claras en su afirmación de atribución competencial para entender de los «pleitos sobre Seguridad Social» art. 1.º, 4 y 118 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobada por Real Decreto 1568/1980, de 13 de junio, así como en la anterior de 17 de agosto de 1973, un examen profundo del problema nos lleva a estimar que esta atribución de competencia no es absoluta a todas las cuestiones que aquélla se refiere, y así se puede apreciar que, pese a la afirmación rotunda del art. 1 al art. 118, lo circunscribe a las demandas contra las Entidades Gestoras de la Seguridad Social formuladas por los trabajadores, los empresarios y cualquier otro demandante, se acreditará necesariamente haber interpuesto reclamación previa, que el art. 119 se refiere a las Entidades Gestoras como demandantes, que el art. 120 se refiere a reclamaciones específicas de prestaciones de la Seguridad Social y el 121 está establecido para cuestiones relativas a la gestión de las Entidades Gestoras encomendada por las Leyes de la Seguridad Social, asimismo los arts. 53 y siguientes, establecen, como requisito previo para formular demandas contra las Entidades Gestoras de la Seguridad Social que los interesados interpongan reclamación previa ante la Entidad, refiriéndose los siguientes preceptos 59 al 63 a las reclamaciones relativas a las relaciones existentes entre las Empresas, Entidades Gestoras y el Instituto Nacional de la Seguridad Social, quedando implícitamente como ajenas al campo laboral, las restantes cuestiones que aun cuando indirectamente puedan incidir en dicha esfera de intereses, no lo están porque no se refieren a relaciones laborales «strictu sensu», sino las producidas como consecuencia de éstas, y en tal sentido, y concretando la cuestión que al caso se

resuelve, debe entenderse que no estamos en presencia de un supuesto de los contemplados en el art. 1.º de la Ley de Procedimiento Laboral, pues, de acuerdo en la normativa que luego se indicará, ésta, desde luego, no forma parte de los «pleitos sobre Seguridad Social».

IMPUGNACIÓN DE DISPOSICIONES GENERALES POR INCONSTITUCIONALIDAD.

S 24 octubre 1985 (RA 5017)

Se impugna el Decreto de una Comunidad Autónoma, que desarrolla una Ley de dicha Comunidad, solicitando se declare la inconstitucionalidad del primero. Todo ello en proceso especial de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona.

Fundamentos de Derecho:

PRIMERO.—Son varios los motivos por los que la Confederación apelante impugnó ante la Sala Territorial el Decreto dictado por la Comunidad Autónoma de la Región Murciana con fecha 28 de febrero de 1985, que desarrolló la Ley de la propia Comunidad de 27 de diciembre de 1984, la cual reguló la imposición sobre juegos de suerte, envite o azar. De entre esos varios motivos son ajenos a este proceso todos aquellos que tienen a combatir el Decreto que afecta a su legalidad intrínseca quedando limitado este proceso a examinar si el Decreto de la Comunidad Murciana de 28 de febrero de 1985 infringe alguno de los Derechos Fundamentales de la Persona proclamados en los arts. 14 al 29 (ambos inclusive) de la Constitución; la Confederación recurrente pudo interponer el proceso ordinario y éste que ahora se resuelve: en aquél podía alegar todos cuantos motivos entendiera procedentes para impugnar aquella disposición general, pero en este proceso no pueden alegarse como infringidos ni artículos de la Constitución distintos de los antes citados, ni

normas no constitucionales como son la Ley General Tributaria, la Ley de Financiación de las Comunidades Autónomas, ni, mucho menos, la doctrina científica. Delimitado así el ámbito de este proceso, y en parte, de este recurso de apelación, la única cuestión que procede resolver es si el Decreto en cuestión infringe o no el principio de igualdad de los ciudadanos ante la Ley, proclamado en el art. 14 de la Constitución, a lo que hay que sumar una segunda cuestión, y ésta es si las Salas Territoriales o en su caso, ésta del Tribunal Supremo, pueden declarar la inconstitucionalidad de un Reglamento, aunque éste se halle amparado en una norma con rango de Ley.

SEGUNDO.—Partiendo de la Constitución, como norma básica y primaria del Ordenamiento Jurídico, en teoría no hay duda de que los Tribunales pueden declarar la inconstitucionalidad de un Reglamento que infringe la Constitución; pero cuando ese Reglamento que se llama de ejecución de una Ley se limita a transcribir ésta, tal declaración de inconstitucionalidad produciría, como consecuencia, la necesidad de que la Sala que declare la inconstitucionalidad del Reglamento, plantee, bien de oficio, bien a petición de parte, la posible inconstitucionalidad de la Ley de conformidad con lo que dispone el art. 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Ahora bien, si tal declaración de inconstitucionalidad es posible respecto de los Reglamentos, no puede decirse lo mismo respecto de normas con rango de Ley, que sean posteriores a la Constitución, por mucho que argumente en contra la Confederación apelante, con transcripción de la opinión contenida en un voto reservado emitido en una Sentencia del Tribunal Constitucional: es ese Tribunal y sólo él quien puede fiscalizar las normas con rango de Ley según el art. 153 a) de la Constitución, ya sea que estas Leyes emanen de las Cortes Generales, sea que emanen de los Parlamentos de las distintas Comunidades Autónomas, como ocurre con

la tachada de inconstitucional por la Confederación apelante, que fue aprobada por la Asamblea Regional de Murcia en uso de las competencias atribuidas en el art. 133.1 de la Constitución y 22 y 23, núm. 8 del Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia aprobado por Ley Orgánica de 9 de junio de 1982.

TERCERO.—La Jurisdicción contencioso-administrativa, como antes se dijo, es competente para fiscalizar la potestad reglamentaria no sólo del Gobierno —art. 106 de la Constitución— sino también esa misma potestad de la administración autonómica, porque expresamente le viene atribuida esa competencia por el art. 153-c) de la Constitución, y porque ya la tenía atribuida por el art. 1 de la Ley Reguladora, y por ello, la Sala Territorial pudo y debió de examinar el Reglamento impugnado, pronunciando el fallo procedente que era el que hubiera resultado de la subsunción de ese Decreto con los arts. 14 al 29 de la Constitución. No habiéndolo hecho así, limitándose a declarar la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, debe de prosperar el recurso de apelación interpuesto contra dicha Sentencia, lo que hace que esta Sala tenga que examinar el Reglamento por aplicación de lo dispuesto en el artículo 100-7 de la Ley de la Jurisdicción.

3. PARTES

LEGITIMACIÓN.

S 15 julio 1985 (RA 4088)

Un Montepío de Funcionarios de manda a la Administración del Estado, sin tomar previo acuerdo corporativo para recurrir, y además se discute la legitimación de dicho Montepío en este proceso.

CONSIDERANDOS: Que por otra parte a la alegación de inadmisibilidad del Abogado del Estado formulada en

esta apelación se opone la reiterada doctrina jurisprudencial según la cual reconocida por la Administración en vía administrativa la capacidad procesal y legitimación de su contraparte no puede discutirse en la contencioso-administrativa —Sentencias de 26 de junio 1974 que reitera y cita la de 29 de abril de 1970— pues esta alegación implicaría ir contra sus propios actos —Sentencia de 29 de diciembre de 1981 que reitera y cita las de 30 de junio de 1985, 20 de Noviembre de 1981 y 28 de junio de 1977— y si bien en el caso presente no existe un reconocimiento expreso de la Administración de la capacidad procesal y legitimación activa de la parte apelada, es lo cierto que en vía jurisdiccional ante la Sala a quo no negó su legitimación activa cuando tuvo ocasión para ello al contestar la demanda, razón por la que va contra sus propios actos al alegar en esta apelación dicha falta de legitimación activa.

Que finalmente entre las diversas orientaciones jurisdiccionales que ha abordado el tema de la legitimación activa en el proceso jurisdiccional la más reciente es favorable a resolver la legitimación en virtud del principio espiritualista de la Exposición de Motivos de la propia Ley de 1956 reguladora de esta jurisdicción, criterio que a partir de la vigente Constitución Española de 1978 debe prevalecer y reafirmarse como se declara, entre otras, en las Sentencias de 11 de abril de 1984 y las que en la misma se citan, pues la tutela efectiva judicial que otorga a todos el art. 24.1 del texto constitucional conduce a una flexibilidad de criterio para la interpretación normativa de la representación y legitimación como declara la sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de noviembre de 1982, razones que en su conjunto impiden aceptar la causa de inadmisibilidad alegada por el Abogado del Estado, debiendo entrarse a conocer del tema de la apelación en cuanto a su fondo, como se decide en la Sentencia de la Sala Especial de revisión

de 3 de diciembre de 1984 al rescindir la anteriormente dictada en esta apelación.

LEGITIMACIÓN.

S 10 junio 1985 (RA 4127)

Una determinada Asociación de Vecinos carece de interés legítimo para impugnar una resolución ministerial sobre adjudicación y valoración de ciertos locales comerciales.

CONSIDERANDO: Que sin que tenga un singular relieve práctico, dado que los recursos han sido acumulados y en uno de ellos el recurrente cumple con los requisitos previos preliminares y es inequívoca su legitimación, si ha de establecerse que, por lo que respecta al interpuesto por el Presidente de la Asociación de Vecinos «La Verneda Alta», en el mismo se ofrecen, a efectos de la admisibilidad del recurso, las notas negativas de que la decisión originaria no fue recurrida por dicha Asociación de vecinos en reposición, como era obligado conforme al art. 52 y no exceptuado a tenor del art. 53, ambos de la Ley Reguladora de la Jurisdicción, por lo que concurre la causa señalada en el apartado e) del art. 82 de dicho texto legal, así como también la del apartado b), por carecer la Asociación mentada de interés directo en el asunto y, además, de no haber tenido ninguna actuación en vía administrativa y sin que pudiera representar los de sus asociados que, caso de que fueran cooperativistas de la de Viviendas Sociales de Barcelona, afectados por la estafa de la Constructora «Antonio Ll. T.», ya lo quedaban por ésta, que era la que agrupaba a los en verdad interesados, y sin que tampoco ese interés se obtenga del hecho de que se haya producido una ocupación de hecho, carente de ningún título jurídico ni siquiera de apariencia del mismo, porque el interés que se protege, y se refleja en el art. 28 a) de la tan citada Ley Jurisdiccional, aparte de te-

tenir que ser directo, ha de ser, además y en todo caso, legítimo y no puede conferirse tal cualidad, como si de legal se tratase, al que es mero reflejo de una situación que obedece a vías de hecho sin apoyo en ninguna norma de Ley o reglamentaria que la autorice.

LEGITIMACIÓN.

S 27 septiembre 1985 (RA 4295)

Se pide al Ayuntamiento demandado indemnización de daños y perjuicios causados por la suspensión de una licencia de obras otorgada en su día a otra Sociedad.

CONSIDERANDOS: Que puesto que su apreciación, impediría entrar a resolver sobre el fondo del asunto, procede examinar en primer lugar, la causa de inadmisibilidad alegada por la parte demandada, que la funda en la estimación de que la actora carece de un interés, legítimo, personal e inmediato, que sólo corresponde a Construcciones P., S. A., a través de la cual deberá resarcirse en su caso la actora, de los perjuicios que haya sufrido, pues bien, si la legitimación activa resulta de la aptitud para conducir el proceso como parte demandante, manteniendo y defendiendo la pretensión deducida, todo ello como consecuencia de la titularidad del derecho o relación enjuiciados, o al menos, de un interés directo sobre el acto impugnado, es claro que tal requisito procesal ha de estimarse concurrente en la Sociedad actora, ya que la misma, sobre la base de unos perjuicios sufridos que imputa al actuar administrativo, cuya realidad constituye el fondo del asunto, se limita a ejercitar el derecho que todo particular tiene a ser indemnizado, de toda lesión que sufra en cualquiera de sus bienes y derechos, como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, salvo el caso de fuerza mayor, derecho reconocido fundamental-

mente en el art. 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, art. 121 de la Ley de Expropiación Forzosa y art. 106-2 de la Constitución, es decir, que la parte demandante plante la relación jurídico-procesal, como titular del derecho de indemnización cuya actividad se pretende, lo que por sí mismo determina su legitimación en el juicio, en los términos que resultan del art. 8 de la Ley Jurisdiccional, y ello independientemente de la realidad y alcance de tal derecho, que constituye el fondo del asunto a resolver por la sentencia, por todo lo cual ha de rechazarse la expresada causa de inadmisibilidad alegada por la Administración demandada.

Que la inadmisibilidad del recurso porsupuesta falta de legitimación de la Sociedad actora, ya fue planteada en primera instancia y examinada y resuelta por la sentencia recurrida con fundamento, para desestimarla, en hallarse acreditado el alegado perjuicio personal y directamente padecido por la Sociedad recurrente, abstracción hecha de que fuese otra persona social la que solicitara en su día la licencia luego anulada, y que se juzgó apto para legitimar la pretensión de aquélla, a lo que principalmente cabe añadir que, cuando la causa de inadmisibilidad que se alegue afecte al fondo de la cuestión litigiosa, no puede ser decidida sino a través del examen de éste, como acontece en este caso con esa ilegitimación que se denuncia, siendo en este sentido reiterada la jurisprudencia de este Alto Tribunal —por ejemplo, en sentencias de 10 de abril de 1978, 31 de octubre de 1980, 20 de enero, 4 de marzo y 26 de noviembre de 1982, 3 de junio de 1983, 13 y 15 de junio de 1984—, determinante de que en tal caso no puede declararse aquélla con carácter previo, y esto ya se trate de esa pretensión de simple anulación del acto administrativo o de la de reconocimiento de una situación jurídica individualizada, en cuya distinción el Ayuntamiento apelante se extiende en consideraciones.

LEGITIMACIÓN.

S 20 mayo 1985 (RA 4762)

Siendo demandante un Ayuntamiento, se cuestiona si los Entes Públicos pueden aducir un interés como el exigido por el art. 28, 1, a) LJCA.

CONSIDERANDO: Que se postula por la parte demandada como causa de inadmisibilidad la falta de legitimidad activa de la Corporación Local actora, que sin determinar la norma en que se ampara obviamente ha de entenderse referida al art. 82 apartado b) en relación con el art. 28.1 a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, cuestión que impone su previo estudio; y siendo así, que como reiteradamente viene declarando la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, el «interés» sobre el que el art. 28, n.º 1 a) se configura, pese a serlo a modo de «legitimación ad processum» tiene en sí, a pesar de la restricción que se le impone de «directo» un amplio campo de aplicación concordante con la «ratio legis» promotora de la pretensión, contencioso-administrativa, pero al definirse legalmente aquel interés dentro del ámbito de la legitimación formal como lo corrobora la causa de inadmisibilidad del citado art. 82 b), la índole misma del interés directo significado en el art. 28.1 a) produce intersecciones de circunstancias legitimantes muchas veces inductoras de virtual expansión hacia contenidos doctrinales asignados al concepto jurídico de la «legitimatio ad causam», máxime la susodicha amplitud en la amplitud del término «interés directo» multiplica las posibilidades bivalentes de insertarlo bien en su aspecto «formal» o «causal o de fondo», en cuanto al significado «legitimado» que usa el precepto aludido art. 82, b) de la Ley referenciada, siendo el impreciso sentido en ésta del (significado) digo mismo, lo que fundamentalmente plantea el problema de que debe entenderse por interés directo cuando se trata de una Corporación Local, que asume am-

plísimas facultades en la defensa y gestión de los intereses generales y concretos en cuanto al cumplimiento de las funciones que por imperativo de la Ley se atribuyen a los entes locales y en consecuencia a sus representantes, el Ayuntamiento a través de las personas cuya titularidad ostenta el Alcalde y los Concejales que componen el mismo y baste para ello, para estimar la legitimación en el presente supuesto, del Ayuntamiento de Aldaya la invocación del artículo 101.1 de la Ley de Régimen Local de 24 de junio de 1955, al establecer la competencia municipal para el gobierno y administración de los intereses peculiares de los pueblos y que sin ánimo de «númerus clausus» establece en su número 2 del citado artículo el amplio campo de consecución de sus fines y concretamente en sus apartados c) y k); pero sin que para ello pueda invocarse el tan controvertido tema de si el servicio de las Farmacias debe considerarse como una manifestación más de un «servicio público», pues no concurre en el mismo los elementos que caracterizan tal concepto, y máxime que dado el origen técnico de especialización de sus titulares y el carácter de empresa privada que los impulsa está en evidente contradicción con aquella institución, ello no impide el que como actividad privada que viene siendo reglamentada por la Administración, sea objeto de atención por los intereses de salubridad a que atienden como fin.

REPRESENTACIÓN Y DEFENSA.

S 12 julio 1985 (RA 3898)

Un Ayuntamiento confiere poder a un Letrado para interponer proceso administrativo, pero después de iniciado éste revoca el mandato representativo, interesando el Letrado que el Tribunal declare nula tal revocación, e incluso que prosiguiera el proceso basándose en nuevo poder otorgado por un vecino, que así ejercitaba la acción subrogatoria.

CONSIDERANDOS: Que tan sólo importa aquí, y únicamente cabe valorar ahora dejando al margen cuantas otras cuestiones y alegatos se traen a colación inoportunamente al presente incidente, los hechos, clarísimamente establecidos y en modo alguno dubitables, de que el Municipio acordó la cesación del encargo o mandato que había conferido al Letrado actuante para que le dirigiera técnicamente y le representara en el proceso y de que no consta la preceptiva y previa autorización de la Corporación para que pueda operarse la subrogación de los recursos en el ejercicio de acciones, se ha manifestado expresa, inequívoca ante cuya situación, máxime cuando y formalmente la voluntad corporativa de apartarse del procedimiento judicial, no cabe sino estimar improcedente la persistente actitud del Abogado cesado en proseguir en el ejercicio de un mandato extinguido por revocación del mandante, sin perjuicio, desde luego, de los efectos económicos o de cualquier otra clase que se hubieran generado en esa relación y que podrán realizarse, en su caso, en los términos y del modo que corresponda en Derecho.

Que no se aprecia mala fe ni temeridad a efectos de costas.

4. OBJETO DEL PROCESO

ACTOS IMPUGNABLES.

S 4 junio 1985 (RA 4125)

Se alega por el demandado que el acto impugnado es reproducción de otro anterior consentido y firme.

CONSIDERANDO: Que las apelaciones interpuestas, con signo contrario, por la Sociedad demandante y el Patronato demandado reproducen alegaciones que aparecen muy justamente rechazadas por la acertada y precisa argumentación de la sentencia recurrida, cuya confirmación por sus propios

fundamentos se hace inexcusable al considerar que en la misma respecto a la inadmisibilidad del recurso aducida al amparo del art. 82.c) en relación con el 40.1 de la Ley de esta Jurisdicción, se aplica de manera irreprochable la doctrina del acto confirmatorio al apreciar falta de identidad de fundamentación entre el acuerdo de veintinueve de enero de mil novecientos setenta y nueve y el de veinticinco de septiembre del mismo año, aquí recurrido, por haber sido dictados cada uno de ellos en el diferente contexto jurídico que supone el vincularse, en el primero, la denegación de la revisión de precios a una negativa del derecho de prórroga del plazo de ejecución de la obra, que posteriormente se dejó sin efecto antes de dictarse el segundo de dichos acuerdos, concediéndose esa prórroga, aunque fuera por tiempo inferior, en acuerdo de veintinueve de febrero de mil novecientos setenta y nueve con la consecuencia de que el ahora recurrido resolvió una situación jurídica distinta a la decidida en el de veintinueve de enero de mil novecientos setenta y nueve, cuya unidad orgánica quedó sustancialmente alterada con esa posterior concesión de prórroga, que constituye un nuevo presupuesto que varía radicalmente los términos en que se planteó el tema de la revisión de precios ante aquel acuerdo, indebidamente calificado por ello de consentido y confirmado y, respecto a la cuestión de fondo, se contiene en dicha sentencia una correcta e impecable interpretación de las cláusulas contractuales que le conduce a la conclusión, merecedora de la íntegra acentación de esta Sala, de que el retraso de dos meses en la ejecución de las obras relativas a la parcela número sesenta y dos, por no ser imputable al contratista, es generador del derecho de revisión pactado, cuantificable según el sistema previsto en el contrato, y que el resto de los motivos alegados por la Sociedad demandante se desenvuelven dentro del área del riesgo y ventura asumido por ésta, debiendo quedar excluidos de la revisión,

PRETENSIONES.**S 19 junio 1985 (RA 4145)**

El resarcimiento de gastos procesales de parte se pretende por la vía de indemnización de daños y perjuicios, y luego en proceso aparte del en que los gastos se produjeron.

CONSIDERANDOS: Que la accionante basa su pretensión de indemnización de daños y perjuicios, cifrados en la suma de 974.919 pesetas, en una supuesta responsabilidad civil de la Administración demandada —el Ayuntamiento de Barcelona— por funcionamiento anormal, según su tesis, de los servicios de dicha Corporación, apoyándose en los preceptos contenidos en el art. 106-2.º de la Constitución Española, en el 121 de la Ley de Expropiación Forzosa y en los arts. 405, 406 y 411 del texto refundido de la Ley de Régimen Local de 24 de junio de 1955.

Que, evidente es, que los preceptos legales citados han introducido, en nuestro Ordenamiento la institución de la responsabilidad civil de la Administración, como consecuencia de daños producidos a los administrados, en el funcionamiento de los servicios públicos, y concurriendo las circunstancias o condiciones precisadas por la doctrina científica y la jurisprudencia; ahora bien, ello no quiere decir que la generalidad de tales preceptos pueda cubrir la causa de la pretensión en este proceso ejercitada por la actora, puesto que ésta responde a una legalidad específica, obediente única y exclusivamente a las reglas establecidas dentro de la misma, lo que hace que operen al margen de aquella normativa general.

Que la especificidad de esta legalidad trasciende lo puramente material, puesto que mientras que el principio de responsabilidad civil de la Administración es uno de los que caracterizan el moderno régimen jurídico administrativo, en cambio, la pretensión de la

actora, al pretender resarcirse con ella de los gastos que le han ocasionado los procesos que ha mantenido con el Ayuntamiento demandado, tiene por contenido un objeto regulado exclusivamente, no por el Derecho administrativo, sino por el procesal, por ser gastos producidos dentro de los procesos aludidos, que son su causa y su razón de ser.

Que, como acabamos de decir, es el Derecho procesal el que tiene que darnos la pauta para la imputación de los gastos en litigio (minutas del letrado de la actora, derecho de su Procurador, y otros de la misma naturaleza); Derecho procesal que es el que establece el mecanismo legal para resarcirse de los mismos, a través de la tasación de costas; mas, esta tasación, está condicionada a la existencia de una condena, establecida por el Tribunal al resolver el proceso o el incidente de que se trate, como claramente se proclama en el art. 421 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, supletoria de nuestra Jurisdiccional, por remisión de ésta a aquélla en su Disposición Adicional 6.

Que, por lo dicho, no es posible suplantar el orden procesal, y, dándole la vuelta, recurrir al administrativo, como aquí intenta la accionante, basándose en una institución, como es la responsabilidad civil de la Administración, que presupone un funcionamiento de un servicio público administrativo productor de unos daños o perjuicios que el perjudicado no está obligado a soportar; y no es posible porque en el supuesto que nos ocupa el servicio que ha provocado los gastos aquí reclamados es el servicio judicial, cuyo costo ha de ser distribuido de acuerdo con las normas rectoras del propio servicio, esto es, de acuerdo con las normas procesales.

Que son precisamente estas normas las que, por su prevalencia, impiden la aplicación de un ordenamiento extraño a sus principios y criterios, y las

que obligan a acatar las suyas, en las que rige, como regla general, no la del vencimiento, sino la de la conducta dolosa o culpable, dentro del proceso, para poder llegar a un pronunciamiento judicial de condena; regla general que en nuestra jurisdicción es aún más absorbente que en la Civil, puesto que en ésta existen bastantes excepciones (vid., por ejemplo, arts. 31, 211, 227, 228, 710, 1154, 1413, 1418, 1445, 1474, 1475, 1582, 1646, 1748, 1767, 1809, 2106, 2107, 2088 y 2098), mientras que, en la nuestra, el principio general de su artículo 131 sólo se ve desvirtuado en un proceso aislado, como es el extraordinario de revisión, por la remisión que nuestra Ley Procesal formula en su art. 102-2.º a la de Enjuiciamiento Civil.

PRETENSIONES.**S 12 julio 1985 (RA 4207)**

Tanto en el escrito de interposición como en la súplica de la demanda solamente se interesa la concesión de la licencia denegada, sin solicitar la previa anulación de los acuerdos impugnados.

CONSIDERANDO: Que lo propio sucede con la denunciada infracción de los artículos cuarenta y uno y cuarenta y dos de la Ley de esta Jurisdicción en el escrito de interposición del recurso y en la súplica de la demanda, constitutiva, a juicio de la Corporación demandada, de un defecto formal determinante de la desestimación de aquélla, porque con respecto al escrito de interposición, para cumplir las formalidades legales basta con citar el acto recurrido, según dispone el artículo 57.1 de la Ley, y así se hizo, y con respecto a la demanda, de los términos de su súplica se desprende que la solicitud de concesión de la licencia «por estar correctamente ajustada al plan parcial de Ordenación de San José de Valderas», es decir, a la norma legal aplicable, implícitamente suponía imputar al acto administrativo

impugnado el no ser conforme a derecho, a menos que se dé una interpretación excesivamente rigorista a citados artículos cuarenta y uno y cuarenta y dos y se olvide además que los artículos ochenta y dos y sesenta y nueve de la repetida Ley no contemplan el supuesto defecto de forma denunciada, es a la Sala sentenciadora a la que corresponde observar lo dispuesto en el apartado a) del artículo ochenta y cuatro del mismo Texto legal, y forzosamente declarar no ser conforme a Derecho el acto o disposición recurrida, con su consiguiente anulación total o parcial, cuando en virtud de sus facultades revisoras de todo lo actuado resuelva en el sentido que ordena el número dos del artículo ochenta y tres.

5. PROCEDIMIENTO EN PRIMERA O UNICA INSTANCIA**EMPLAZAMIENTO DE CODEMANDADOS.****S 7 junio 1985 (RA 4820)**

No se emplazó a codemandados identificados en el expediente administrativo.

CONSIDERANDOS: Que del examen de las actuaciones jurisdiccionales, sustanciadas ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Territorial de Sevilla, aparece que los titulares arrendatarios de la finca a que se refiere la declaración de ruina, objeto de la presente apelación, o sea los comparecidos en ella, como coadyuvantes y el P. S. A. Partido Andaluz, no fueron emplazados personalmente, no obstante encontrarse identificados en el escrito inicial de tales actuaciones, así como constar su domicilio, a partir de la recepción del expediente administrativo; y aunque es cierto que el emplazamiento tuvo lugar en la forma edictal prevista en el art. 64.1 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, no lo es menos que la misma deviene insuficiente, conforme reiterada doc-

trina del Tribunal Constitucional —entre otras, sentencias de 31 de marzo de 1981, 20 de octubre de 1982 y 23 de marzo de 1983—, para conocer la existencia del proceso y salvaguardar el derecho fundamental que asiste a quien ostenta la cualidad procesal de parte, con la facultad de obtener la tutela efectiva de los Tribunales, cuando su identificación y domicilio no podían ser desconocidos para la Sala «a quo», y ello en razón de que el mencionado precepto legal debe ser interpretado en armonía con lo establecido en el art. 24.1 de la Constitución, que ya estaba en vigor, cuando fue interpuesto el recurso contencioso-administrativo del que trae causa esta apelación, el veintinueve de junio de 1982 y obviamente al recibirse en la Sala, el expediente administrativo, el once de noviembre siguiente.

Que para restablecer el derecho fundamental vulnerado —que impide a esta Sala decidir sobre el fondo del recurso de apelación, puesto que ni siquiera la Sala «a quo» ha hecho uso de la potestad reconocida en el párrafo segundo del artículo 260 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—, después de dictar sentencia es procedente declarar la nulidad de las actuaciones sustanciadas ante la misma, a partir del momento procesal en que los mencionados titulares arrendatarios, suficientemente identificados y su domicilio, debieron ser emplazados del modo previsto en el art. 525 de la mencionada Ley, aplicada supletoriamente a este orden jurisdiccional, por imperativo de la disposición adicional sexta de su Ley reguladora, a fin de hacer efectivo el principio de contradicción procesal, toda vez que a las serias dudas de que un emplazamiento edictal llegue a conocimiento de su destinatario o destinatarios, se suma en el supuesto de autos la inobservancia en el expediente administrativo, del trámite de audiencia a los repetidos titulares, ordenado por el art. 117.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo y que debió ser tenido en cuenta, antes de resol-

verse el recurso, de reposición interpuesto por la propiedad de la finca objeto de expediente.

REPOSICIÓN Y OTROS RECURSOS PREVIOS.

S. 19 junio 1985 (RA 4147)

La Administración demandada no notificó personalmente al demandante la resolución impugnada, sin que pueda esto suplirse por la publicación en el Boletín Oficial de la Provincia, ni, por tanto, motivar la extemporaneidad de la reposición.

CONSIDERANDO: Que, antes de entrar en el fondo del asunto ventilado en este proceso, es menester dilucidar una cuestión de inadmisibilidad planteada por la Administración demandada, consiste en la extemporaneidad del recurso de reposición, con la consiguiente secuela señalada en el artículo 82-e) de la Ley Jurisdiccional, porque, habiéndose publicado la Resolución del Concurso en el Boletín Oficial de la Provincia el día 3 de diciembre de 1980 —folio 45), como el escrito de reposición se presentó el día 15 de enero siguiente, es llano que había transcurrido más del mes determinado en el art. 32 de la mentada Ley; sin embargo este modo de razones no puede tener éxito, porque al no haber notificación personal en forma, sino tan sólo la publicación en el período oficial mencionado, sin advertir de los plazos para recurrir, ni la clase de éstos, ni las demás circunstancias exigidas por la Ley, para entender válidamente hecha una notificación, es evidente que en el caso presente rige lo dispuesto en el art. 315 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen jurídico de las Corporaciones locales, el cual diáfananamente dice que, la falta de notificación, no podrá suplirse con la publicación del acto o acuerdo en el Boletín, sino en el caso previsto por el anterior, que hace referencia al supuesto de ignorancia del domicilio del notificado, lo que aquí

no ocurre, precepto que ha de ponerse en combinación con el art. 401 de la Ley de Régimen Local y el art. 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que como es sabido parten de la eficacia de la notificación defectuosa, en el momento en que el interesado haga manifestación expresa en tal sentido o se interponga el recurso pertinente, que es lo acaecido en el supuesto de autos, razonamientos que desvanecen la causa de inadmisibilidad argüida.

S 1 octubre 1985 (RA 4530)

La Entidad demandante no acreditó previo acuerdo social pada demandar. Fundamentos de Derecho:

A las dos demandas formuladas por la Coordinadora Estatal de Estibadores Portuarios, opone el Defensor de la Administración la causa de inadmisibilidad prevista en el art. 82, b), en relación con el 28, 1, a) y 33.1 de la Ley jurisdiccional, con apoyo en la cual se imputa a la entidad demandante falta de acreditamiento de la voluntad colectiva de ésta que legitima para interponer la acción impugnatoria deducida y sobre tal problema se ha de decir, que no cabe entender la objeción de que se trata con el rigor pretendido por la parte que la alega, pues es criterio actual de la Jurisprudencia sobre el particular, de la que son muestra patente las Sentencias de 8 de noviembre de 1976, 2 de mayo de 1977, 5 de marzo de 1980, 18 de febrero y 11 de junio de 1982, 10 de febrero de 1983, 24 de febrero de 1984 y 25 de mayo de 1985, entre otras, una interpretación amplia del concepto de legitimación como cauce de acceso de cualquier persona física o jurídica titular de un interés a la vía jurisdiccional en demanda de protección, potenciando la posibilidad de la tutela judicial efectiva y de ahí que los impedimentos de carácter formal como el que nos ocupa, sólo sean estimables frente al principio general «pro acclone», cuando

aparezca claramente acreditada su exigencia por norma legal o estatutaria que así lo disponga, pero entre tanto esto no ocurra, habrá de entenderse que el otorgamiento del poder por quien ostenta la delegación conferida al efecto por el órgano representativo de los intereses colectivos que defiende la entidad demandante, otorgado con amplitud para actuar en juicio de acuerdo con las facultades delegadas y mediante el cual comparece en el litigio el Procurador representante de aquélla, presupone ante la ausencia de prueba en contrario o de la existencia de norma imperativa que taxativamente exija la constancia expresa del acuerdo previo, que el apoderamiento conlleva el acto expresivo de la voluntad colectiva y esto ha de estimarse ocurrido en el caso presente, ante la falta de datos contradictores de la presunción sentada, lo que conduce a rechazar la inadmisibilidad esgrimida.

S 12 julio 1985 (RA 5092)

El actor no interpuso el previo y preceptivo recurso de reposición, dando lugar a sentencia de inadmisibilidad, lo que rechaza el Tribunal Supremo en apelación.

CONSIDERANDO: Que, aunque sólo sea a efectos de dejar a salvo la verdadera doctrina, se ha de corregir el razonamiento y subsiguiente pronunciamiento del Tribunal «a quo», sobre inadmisibilidad de la pretensión del actor, frente al acuerdo de la Comisión Municipal Permanente del Ayuntamiento de Algeciras de 6 de marzo de 1980, denegatorio de la petición de licencia para la demolición del edificio de que se trata, por ausencia del preceptivo recurso previo de reposición; y se ha de corregir, aunque sin llegar al extremo de una nulidad de actuaciones, por innecesario, por economía procesal, y por las demás circunstancias concurrentes en este caso, porque, a estas alturas, una inadmisibilidad del proceso por este motivo es totalmente im-

precedente, por los siguientes motivos; 1.º) por las directrices del nuevo Ordenamiento, plasmadas en el art. 24-1 de nuestra Constitución de 1978; 2.º) por la jurisprudencia que ha surgido como consecuencia del mismo —SS. 3 febrero y 20 julio 1984, entre otras—, lo que ha supuesto un giro radical en la interpretación y aplicación del artículo 129-3.º de la Ley de la Jurisdicción; 3.º) como remate de todo ello, la confirmación de esta postura por la Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial, que en su art. 11-3.º dispone, invocando dicho art. 24-1 C.E., que los Jueces y Tribunales «...deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y sólo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las leyes».

S 27 septiembre 1985 (RA 4252)

La Administración demandada notificó en vía administrativa, la resolución que luego se impugnó, en forma defectuosa, por no indicar como precedente la reposición previa al proceso administrativo.

PRIMERO: Que si bien es cierto que la disposición adicional 1.ª del R. D. 1031/1980, de 3 de mayo, Texto Regulator de la concesión y prórroga de permisos de trabajo y permanencia y autorizaciones de residencia a extranjeros, establece que las resoluciones de las Autoridades Gubernativa y Laborales, en tal materia, pondrán fin a la vía administrativa, por lo que evidentemente la resolución del Delegado Provincial de Trabajo de Málaga de 21 de septiembre de 1981, impugnada en este recurso, denegando al recurrente el permiso de trabajo solicitado, puso con ella término a la vía administrativa; no es menos cierto también que no encontrándose comprendida tal resolución dentro de los supuestos exceptuados del recurso previo de reposición por el art. 53 de la Ley

reguladora de la Jurisdicción, ha de estimarse que como requisito previo a la interposición del recurso contencioso-administrativo ejercitado en estos autos, el recurrente venía obligado a formular recurso de reposición ante el Delegado Provincial de Trabajo en el plazo de un mes, a contar de la notificación de aquella resolución, según ordena el art. 51 de dicha Ley y tiene reiteradamente recordado la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, sentencias entre otras de 11 de abril de 1975, 14 de mayo y 14 de junio de 1976, y 6 de julio de 1977, cuyo trámite previo no ha cumplido el recurrente, según resulta de las actuaciones obrantes en el expediente administrativo; mas como quiera que el incumplimiento por el recurrente de tal trámite previo al recurso ejercitado, que reviste la naturaleza de presupuesto procesal del proceso contencioso-administrativo, se ha debido a los términos de la notificación de la resolución impugnada, en la que se le ofrecía como precedente contra ella el recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Territorial en el plazo de dos meses a partir de su notificación, omitiendo la exigencia del previo recurso de reposición, infringiendo así lo ordenado en el art. 79-2 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que manda que la notificación incluya no sólo el texto íntegro del acto, sino también la indicación de si es o no definitiva, en la vía administrativa, y en su caso, la expresión de los recursos que contra la misma procedan, Organo ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos; careciendo de validez la notificación que omite los recursos pertinentes en Derecho, procediendo anular en tal supuesto la notificación defectuosa a fin de que la Administración practique una nueva notificación correcta, en el caso de que el recurrente haya seguido e lcauce inadecuado que le ofreció la Administración según tiene reiteradamente declarado nuestro Tribunal Supremo sentencias entre otras de 20 de febrero y 22 de octubre de 1962 y 16 de junio de 1965; encontrándose en

tal situación la notificación en que no se advirtió al interesado su obligación de interponer el previo recurso de reposición, sino que se indujo al accionante a incurrir en la desviación procesal sufrida al indicarle, con evidente error, como vía a seguir el ejercicio directo del recurso jurisdiccional, sentencias de 20 y 31 de enero de 1967, por no poderse admitir que la singular naturaleza del preceptivo recurso de reposición haga innecesario instruir al recurrente de este trámite, sentencia de 7 de abril de 1967; siguiéndose de lo expuesto que procede anular la notificación hecha al recurrente de la resolución de 21 de septiembre de 1981, impugnada en este recurso, para que se practique otra nueva, en la que se le advierta que como trámite previo a la interposición del recurso contencioso-administrativo que procede contra ella, habrá de ejercitar previamente recurso de reposición ante el Delegado Provincial de Trabajo de Málaga en el plazo de un mes a contar de la notificación.

SEGUNDO: Que no cabe apreciar temeridad ni mala fe en ninguna de las partes.

Fundamentos de Derecho:

SE ACEPTAN y reproducen los Considerandos de la Sentencia apelada.

PRIMERO: Que al impugnar la sentencia dictada por el Tribunal «a quo», que decretó la retrocesión del procedimiento al momento en que se efectuó la notificación defectuosa, se pretende imputar las consecuencias de esa omisión, en cuanto al cumplimiento de los requisitos exigidos por el art. 79-2 de la Ley de Procedimiento Administrativo, al administrado manteniéndose la virtualidad de la notificación, al estimarse que como la interposición previa del recurso de reposición constituye trámite exigido por la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa, constituye presupuesto obligado de orden jurídico-procesal, cuyo conociemien-

to y procedencia, en cuanto a viabilidad del proceso corresponde conocer y actualizar a la dirección Letrada, pero tal conclusión es rechazable, porque implica o supone: 1) asignar un efecto favorable a quien, como en este caso la Administración, omite de modo flagrante el cumplimiento de las obligaciones, que le impone la Ley de Procedimiento Administrativo, art. 94-2 en relación con el 113 y 115 de la Ley de Procedimiento Administrativo que precede en el desenvolvimiento de la impugnación de los actos administrativos, a aquella específica regulación del proceso que se desarrolla en la vía jurisdiccional. 2) Porque la misma resolución objeto de notificación, encierra una grave afirmación, al exponer que «pone fin a la vía administrativa» cuando la misma es susceptible de recurso de reposición, con la singularidad y posibilidad de rectificar que este recurso ofrece por «contrario imperio» a la autoridad que lo dictó; afirmación que encierra la sugestión de inatacabilidad y exclusión de razonamientos nuevos a considerar y valorar; 3) porque la argumentación que se expone con objeto de alcanzar la neutralidad del efecto establecido en la sentencia apelada, supone sustraer al administrado un elemento más de defensa, frente al actuar negligente de la Administración; 4) lo anterior conduce a una conclusión inadmisibles ya que repugna a la esencia misma del art. 24-1 de la Constitución; 5) por lo que puede significar de imperativa privación de un derecho que le atribuye la norma frente a la pasividad de renuncia implícita o explícita que faculta los apartados 3 y 4 del art. 94 de la Ley de Procedimiento Administrativo; 6) en cuanto a la sentencia apelada, congruente con lo indicado, como defecto de orden formal, susceptible de alcanzar la anulabilidad, plasma valorando la consecuencia deducible acorde con la orientación interpretativa que en la protección de los derechos jurisdiccionales se ha establecido de forma reiterada, por el Tribunal Constitucional, lo que no conduce a

la conclusión de desestimar la apelación interpuesta.

SEGUNDO: que no cabe apreciar la existencia de causas o motivos suficientes, para hacer expresa imposición de las costas de este recurso a parte determinada, por lo que cada una abonaría las causadas por su actividad y las comunes por mitad.

PLAZO DE INTERPOSICIÓN DEL RECURSO.

S 27 septiembre 1985 (RA 4295)

La Administración demandada sostiene que el plazo para interponer el proceso administrativo en el que se pretende un resarcimiento de daños y perjuicios debe comenzar desde el hecho en que se basa el mismo, y no desde que se pudo ejercitar la acción.

CONSIDERANDO: Que, respecto de aquella otra causa de inadmisibilidad que por primera vez se articula en esta segunda instancia, fundada en la extemporaneidad con que fue deducido el recurso jurisdiccional, aun en el supuesto de que, a pesar de constituir una efectiva cuestión nueva, pueda ser examinada en apelación —habida cuenta de que por afectar a un trascendente óbice de procedibilidad ha de serlo, incluso de oficio, por la Sala, tampoco procede su acogimiento, pues el plazo inicial para ejercitar cualquier clase de acción se ha de computar desde que la misma sea ejercitable, y en el caso de autos, derivando la cuestionada de la anulación de una licencia habilitante para las obras que se declararon ilegales, es evidente que no es posible computar aquél desde que fueron suspendidos los efectos de la misma por la Autoridad municipal, toda vez que dicha suspensión constituía una simple medida provisional y de cautela, preceptivamente sometida a la decisión jurisdiccional para que, a través de un proceso especial, el Organismo correspondiente levante la suspensión o anule el acto administrativamente suspendido, por lo que ha de

ser desde que la sentencia que recaiga sea firme cuando esa acción resarcitoria queda expedita, como resulta del número 2 del art. 136 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, que, desarrollando el 122.2, de ésta, dispone que, cuando no se deduzcan simultáneamente las pretensiones de indemnización y de anulación del acto, el plazo de un año se computará a partir de la fecha en que la sentencia de anulación hubiere devenido firme, y así fue entendido, entre otras sentencias de este Tribunal, por las de 23 de enero de 1976 y 5 de junio de 1981.

INADMISIBILIDAD Y SUBSANACIÓN DE DEFECTOS.

S 1 julio 1985 (RA 3940)

El poder otorgado por el Ayuntamiento demandante estaba en principio previsto para otro proceso. Se suscita si esto constituye defecto que genere inadmisibilidad y si es susceptible de subsanación en cualquier momento procesal.

CONSIDERANDO: Que señalándose por el Abogado del Estado como cuestiones nuevas en este recurso de apelación las causas de inadmisibilidad establecidas en el artículo 82-f), en relación con el art. 57-2-d) de la Ley Jurisdiccional en primer término y en segundo lugar la referida en el artículo 82-b), en relación con el art. 33, todas de la Ley Jurisdiccional, ha de advertirse: a) Que las formalidades relativas a postulación procesal, integración de la capacidad procesal y en su caso complemento de la misma, son susceptibles de subsanación en cualquier momento de la sustanciación del procedimiento en aras de la economía procesal, ya que afectando a los presupuestos de este orden y enderezados a la válida y eficaz constitución de la relación jurídico procesal y no al fondo del tema controvertido, tal permisibilidad subsanatoria redundará en beneficio de los derechos e intereses de

los litigantes; y b) Que en el presente caso, si bien el poder casuístico del Ayuntamiento otorgado en 11 de noviembre de 1980 a favor de Procuradores, tuvo como motivación inmediata un litigio extraño al que aquí nos ocupa, lo cierto es que ese poder está extendido con carácter general y sin limitaciones a determinados y concretos procedimientos y en autos del recurso de apelación aparece debidamente documentados el Acuerdo Corporativo Municipal determinante de la promoción del recurso jurisdiccional en que nos hallamos precedido del informe de Letrado, lo que evidencia el cumplimiento de los supuestos exigidos por los arts. 370 de la Ley de Régimen Local y 338 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales de 17 de mayo de 1952, que comporta la desestimación de las causas de inadmisibilidad propuestas.

S 13 julio 1985 (RA 4084)

La Audiencia Nacional dictó sentencia de inadmisibilidad por art. 82.a) LJA, y se discute en apelación, por estimar ese apartado derogado.

CONSIDERANDO: Que la Sentencia apelada declara la inadmisibilidad, por incompetencia de Jurisdicción, del recurso contencioso interpuesto contra la Orden del Ministerio de Hacienda de 31 de julio de 1980, por la que se aclara el Régimen Fiscal de las Sociedades de Inversión Mobiliaria y Fondos de Inversión Mobiliaria; estimando en sus Considerandos la Sentencia apelada que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 14-1-A de la Ley Jurisdiccional, dada la naturaleza de disposición de carácter general que tiene la Orden recurrida, la competencia para conocer del recurso interpuesto corresponde a la Sala correspondiente del Tribunal Supremo; asignación de competencia que comparte esta Sala, en cuanto que, lo dispuesto por el referido art. 14-1-A) de la Ley

Reguladora de la Jurisdicción, no ha sido modificado por lo dispuesto en el Real Decreto Ley 1/1977 de 4 de enero, en razón a lo preceptuado en el art. 6-2 del mismo; pero, en virtud del principio de tutela efectiva jurisdiccional, consagrado en el art. 24 de la Constitución, los Tribunales han de resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen; por lo que la declaración de incompetencia formulada en primera Instancia no impide, sino que obliga a que esta Sala, señalada como competente para conocer de las cuestiones planteadas, resuelva sobre las mismas; pues ya este Tribunal, mediante Sentencia de la Sala 4.ª de 7 de junio de 1984, estableció que la falta de competencia de la Sala de instancia autoriza a ésta a declararlo así, remitiendo los autos a la que sea competente, pero no permite declarar inadmisibile el recurso con el resultado de impedir todo acceso a la cuestión de fondo; y el Tribunal Constitucional mediante Sentencias de 26 de diciembre de 1984, y de 15 de febrero y 11 de marzo de este mismo año 1985, ha confirmado que el contenido normal del derecho de tutela judicial efectiva consiste en obtener una resolución de fondo y, aunque ese derecho se satisfice también cuando la resolución es de inadmisión siempre que se dicte en aplicación razonada de una causa legal, debe responder el razonamiento a una interpretación de las normas, de conformidad con la Constitución y en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental; declarando en definitiva derogado el artículo 82-a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción, en cuanto permite declarar mediante sentencia la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, cuando se hubiera interpuesto ante un Tribunal que carezca de jurisdicción o de competencia para ello; y como, por otra parte, la Sentencia apelada hace en su fallo declaración de inadmisibilidad por incompetencia de jurisdicción, cuando lo procedente hubiera sido declarar por Auto la incompetencia, remitiendo las actuaciones a

la Sala que consideraba competente; procede revocar la Sentencia apelada y actuar en el procedimiento como si la Sala de instancia hubiera actuado en la forma expresada, y por aplicación de lo dispuesto en el art. 100-7 de la Ley reguladora de la Jurisdicción, habrá de resolverse al mismo tiempo sobre el fondo del asunto.

S 26 septiembre 1985 (RA 5288)

El demandante no aportó, con el escrito de interposición, los documentos que acreditaran haber interpuesto, y haberse resuelto, la reposición previa preceptiva, por lo que la parte contraria aduce inadmisibilidad por infracción del art. 57,2,c) LJCA.

CONSIDERANDO: Que el presente recurso contencioso-administrativo en el que por la entidad mercantil El G., S. A., se impugna en su escrito de interposición como contrarios al Ordenamiento Jurídico, el acuerdo del Ayuntamiento de Mahón de 19 de agosto de 1982 —notificado el 1.º de octubre— resolutorio del recurso de reposición interpuesto contra anterior acuerdo de 18 de marzo, denegatorio de tramitación de Plan Parcial del Polígono 11 del Plan General de Mahón, se hace preciso, ante todo y por obvias razones de carácter procesal, pues la Jurisdicción revisora del actuar administrativo, no puede hacerlo si no se dan los presupuestos procesales que la propia naturaleza de la función exige, examinar la causa de inadmisibilidad del recurso alegado por la representación de la Administración Municipal demandada, al amparo de los artículos 81,1) y 82,e) de la Ley Jurisdiccional, es decir, no haberse interpuesto el preceptivo recurso de reposición; y sobre esta cuestión hay que resolver por la desestimación de la inadmisibilidad planteada para entrar en el fondo de la cuestión jurídica debatida, pues si bien es verdad que la recurrente no acompañó con el escrito de interposición, a pesar de afirmarse así

en el mismo, la copia del Traslado del acuerdo resolutorio del recurso de reposición, lo cierto es que no estaba obligada a ello a tenor del párrafo c) del art. 57.2 de la Ley Jurisdiccional, al haber presentado el traslado del primer acuerdo contra el que dedujo la reposición, lo que hay que entender, al menos equivalente, a la «indicación del expediente en que haya recaído» que exige alternativamente el precepto y si bien es cierto también que la demandada alegó su falta en la contestación a la demanda, al no aparecer en el expediente el escrito de interposición del recurso de reposición, ni el acuerdo que lo resolvió, no se preocupó de probar su alegación de inadmisibilidad que le correspondía con arreglo a los principios sobre la carga de la prueba establecidos en el art. 1214 del Código Civil, cuando tan fácil le hubiera sido proponer documental consistente en certificación del Secretario de la Corporación sobre tal defecto procesal que la Ley estima subsanable, como tampoco la Sala puede declarar de oficio la inadmisibilidad cuando no hizo uso, antes de la Alegación, del art. 57,3, señalando al recurrente un plazo para subsanar el defecto en la presentación de documentos con el escrito de interposición, ni del art. 62.2, después de recibir el expediente, pues en esos diez días que hay que conceder a las partes podía también acompañar el documento acreditativo de la interposición de la reposición o de su resolución, ni tampoco, después de denunciada su falta, del art. 129.3 que le impone con la palabra «requerirá» la obligación de dar ocasión al recurrente para la subsanación del defecto si efectivamente existiera.

CUESTIONES NUEVAS.

S 15 julio 1985 (RA 3916)

El actor impugna una denegación (presunta por silencio administrativo) de pago de cantidad por un Ayuntamiento, poniendo el demandado en en-

treddicho, la existencia de tal acto presunto, en la contestación a la demanda y articulando después esa objeción, como causa de inadmisibilidad vin vocec en el acto de la vista. El Tribunal Supremo admite su examen previo sin plantearse si la sentencia es incongruente, o si la alegación en la vista infringe el art. 79,1 LJCA.

CONSIDERANDOS: Que con carácter previo se hace preciso analizar la cuestión de si se produjo el silencio de la Administración a la solicitud del actor, circunstancia que puesta en entredicho por el Abogado del Estado, actuando en la representación municipal, en el escrito de contestación a la demanda, fue formalmente opuesta «in vocec» como causa de inadmisibilidad por la propia representación en el acto de la vista, en el que estimando no haberse producido el acto presunto, invocó la causa de inadmisibilidad del art. 82 c) en relación con el art. 38, ambos de la Ley Jurisdiccional.

Que el examen de la excepción que procede con prelación a todo lo relativo con las cuestiones de derecho material objeto del pleito, obliga a relacionar, bien que sucintamente, los actos de administrado y administración, a partir de la solicitud que se produjo mediante escrito del señor I. M. que tuvo su entrada en el Ayuntamiento, según diligencia manuscrita del Secretario en 17 de marzo de 1982, por cuya petición el industrial electricista solicitaba se le satisficieran las cantidades adeudadas por los trabajos de instalación eléctrica y materiales invertidos en las piscinas municipales y que ascendía a 622.826 pesetas. El Ayuntamiento de Aniñón se dirigió por medio de su Alcalde al industrial mediante escrito de 12 de abril, que al negarse a recibirle, fue remitido por correo certificado y recibido por éste el día 5 de mayo siguiente, por medio del cual y a fin de «poder resolver el expediente iniciado...» se requería al peticionario para que aportará la copia de los presupuestos, justificación de su acep-

tación por el Ayuntamiento, y de los elementos montados con expresión de unidades y precios; siendo contestado el requerimiento por el interesado mediante escrito de 19 de mayo presentado el día 25, en el Ayuntamiento, acompañando copias de presupuestos y factura de trabajos realizados.

Que en escrito de 18 de junio siguiente, presentado el 21, el actor se dirigía al Ayuntamiento expresando textualmente «que con fecha 17 de marzo de 1982, presentó escrito ante este Ayuntamiento solicitando el pago de las cantidades adeudadas por los trabajos y materiales invertidos en las piscinas municipales, sin que hasta la fecha haya recibido respuesta a su solicitud. Por ello a los efectos del art. 38 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se procede a denunciar la mora mediante el presente escrito suplicando se tuviera por denunciada a sus efectos. Y aún remitió nuevo escrito el Alcalde de Aniñón al recurrente en 6 de agosto de 1982, en relación al presentado por el señor I. M. en 25 de mayo a que antes se hizo referencia, en el que se aceptan dos de los tres presupuestos, concluyéndose el escrito con la afirmación de que «una vez aportados los datos que se le piden, se procederá al abono de su importe... si procede y el Ayuntamiento así lo acuerda».

Que la figura del silencio en vía de petición articulada a través del art. 38 de la Ley Jurisdiccional y art. 94 de la de Procedimiento Administrativo aplicables también en la esfera de la Administración Local conforme vienen a reconocer entre otras las Sentencias del T. S. de 25 de noviembre de 1970 y 16 de diciembre de 1977, exige como medio articulado por el legislador, para remediar la falta de diligencia de la Administración en la resolución de cuantas solicitudes se le hagan, que se cumplan los supuestos que los preceptos sancionan para que se dé el acto presunto y que exigen la existencia de una petición ante la Administra-

ción que ésta no notifique su decisión en el plazo de tres meses, y que transcurridos se denuncie la mora y es pasado otros tres desde la denuncia, cuando podrá considerar desestimada su petición al efecto de formular frente a esta denegación presunta el correspondiente recurso o esperar a la resolución expresa de su petición.

Que en el caso del recurso se hace patente que producida la solicitud en 17 de marzo de 1982, transcurrieron tres meses, sin que la Administración resolviera sobre la petición, dictando un acto por el que se pronunciara sobre la admisión o rechazo de la pretensión del solicitante, por lo que, en fecha oportuna pasados los tres meses pudo denunciar la mora, como así hizo en 21 de junio siguiente, por lo que compelido el Ayuntamiento a resolver, quedó emplazado y advertido del alcance de su silencio si continuaba sin decidir sobre la procedencia de estimar o no la petición, lo que hasta aquel momento no había realizado con el requerimiento a la presentación de documentos hecha en 12 de abril; y pasaron otros tres meses a contar del 21 de junio en que se denunció la mora sin que la resolución se produjera, pues no puede entenderse que lo fuera un nuevo escrito del Alcalde en el que insistiéndose en la presentación de otros datos complementarios, se afirmaba por la primera autoridad local que una vez aportados «se procederá al abono de su importe... si procede y el Ayuntamiento así lo acuerda»; manifestación expresa de que llegada aquella fecha no se había acordado, como así fue, por lo que pudo el solicitante considerar desestimada su petición al efecto de formular el correspondiente recurso, lo que hizo interponiendo el presente contencioso en 28 de septiembre cuando habían transcurrido los tres meses desde la oportuna denuncia de la mora, razones que conducen a la desestimación de la opuesta inadmisibilidad, al haberse interpuesto correctamente el recurso jurisdiccional contra el acto pre-

sunto nacido del silencio de la Administración, habiéndose cumplido con los presupuestos del art. 38 de la Ley Jurisdiccional.

6. SENTENCIA

CONGRUENCIA.

S 17 junio 1985 (RA 4131)

El demandante no había solicitado en vía administrativa indemnización de daños y perjuicios, sino sólo anulación del acto, pero luego pidió ambas cosas en reposición y en el proceso.

El Tribunal define los requisitos de la congruencia en el proceso administrativo.

CONSIDERANDOS: Que si bien los recurrente solicitaron de la Corporación la indemnización de los perjuicios consiguientes a la ineffectividad de aquel contrato hasta recurrir de reposición contra el acuerdo de diez y ocho de enero de mil novecientos ochenta, que denegó la devolución de aquella fianza y mantuvo la compra de los terrenos de los recurrentes acordada en veintitrés de enero de mil novecientos setenta y ocho, ello no obstante, siguiendo el criterio que acogen las sentencias de nuestro Tribunal Supremo de seis de octubre y doce de noviembre de mil novecientos setenta y tres y veintitrés de febrero de mil novecientos setenta y seis, ha de estimarse que el principio de revisión que informa la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, no puede en modo alguno enervar la admisibilidad de una pretensión indemnizatoria en esta vía al amparo del artículo cuarenta y dos de la Ley Reguladora de la Jurisdicción, aunque no se hubiera formulado con anterioridad en vía administrativa, por ser la indemnización elemento constitutivo de la especie concreta de pretensión tendente a obtener como secuela de la anulación de lacto el restablecimiento de la si-

tuación jurídica individualizada, conclusión lógica porque la lesión originada por la actuación ilegal administrativa no se repondría o restauraría simplemente; mas entrando en el fondo de la indemnización postulada, ha de tenerse presente que no sólo faltó una gestión de la Corporación demandada cerca del Banco de Crédito Local para autorizar el cambio de finalidad del crédito correspondiente al presupuesto extraordinario número 1/1976, con el que había de financiarse la construcción del mercado, para en su lugar destinarlo a la compra de los terrenos propiedad de los recurrentes, sino que a su vez tampoco consta acreditado que fuera viable tal cambio de finalidad; de donde se sigue que el incumplimiento de tal condición, que subordinaba la efectividad de la compra, no cabe atribuirlo sólo y exclusivamente al desistimiento unilateral de la Corporación, faltando en su consecuencia los requisitos exigibles a tener de los artículos sesenta y seis y noventa y dos del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, para estimar responsable a la Corporación de la indemnización de los perjuicios que reclaman los recurrentes, por no haber llegado a tener efectividad la compra de los terrenos acordada por la Corporación en veintitrés de enero de mil novecientos setenta y ocho.

Que es criterio jurisprudencial reiterado el que la congruencia no exige una completa, exacta y expresa correlación entre las alegaciones de las partes y los fundamentos y fallos de la sentencia, teniendo atribuidos los Tribunales una libertad dialéctica de desarrollo de su tesis y de la calificación de los hechos presentes en la litis —sentencias de catorce de junio de mil novecientos setenta y siete, veintiséis (sic) de octubre de mil novecientos ochenta, veintiséis de marzo de mil novecientos ochenta y uno y veintisiete y tres, entre otras—, habiendo de diciembre de mil novecientos ochenta este Tribunal que la congruencia la debida correspondencia entre su

clia de una sentencia existe cuando se fallo y los problemas debatidos en el recurso en que la misma se produce —sentencias de treinta y uno de marzo, veinte de junio y veintiséis de noviembre de mil novecientos ochenta—.

Que no es de apreciar temeridad ni mala fe en ninguna de las partes a efectos de hacer una especial condena en costas.

7. OTROS MODOS DE TERMINACION

RECONOCIMIENTO DE LA PRETENSIÓN EN VÍA ADMINISTRATIVA.

S 17 junio 1985 (RA 4142)

El Ayuntamiento demandado no reconoce completamente, en vía administrativa, las pretensiones del demandante, a los efectos del art. 90 LJCA.

CONSIDERANDOS: Que a pesar del implícito reconocimiento de nulidad del acuerdo impugnado, por parte de la Administración local demandada, al estimar ineficaz el adoptado por el Pleno del Excmo. Ayuntamiento de Valladolid en seis de junio de mil novecientos ochenta y uno —ratificado por silencio en reposición—, a través de otro posterior de veintinueve de julio de mil novecientos ochenta y dos, que vino a sustituir al cuestionado, donde la Corporación consideraría en principio una oferta del recurrente, condicionada a una doble gestión del propietario, en orden a la división de la comunidad de bienes existente y a que éste consiguiera una solución análoga a la propuesta, respecto de otro de los copropietarios, es lo cierto que no concurren los presupuestos exigidos por el art. 90.1 de la Ley Jurisdiccional, para entender producida la satisfacción extraprocesal de la pretensión ejercitada, puesto que el Ayuntamiento de Valladolid, al menos hasta que el señor Abogado del Estado expresó su criterio de ineficacia, respecto del acuerdo impugnado, nunca cues-

tionó su validez y en esta situación la postura del recurrente, al postular una declaración de nulidad en vía jurisdiccional, es consecuente con la existencia de un acto administrativo impugnado, formalmente constituido y también con la defensa de un interés legítimo a obtener el refrendo jurisdiccional, definitorio de una formal duplicidad de acuerdo, susceptible de provocar, especialmente en fase de ejecución, interpretaciones desventajosas para el administrado y atentatorias contra el principio de seguridad jurídica.

Que por el señor Abogado del Estado se alega como único motivo en que basa la pretensión revocatoria de la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Valladolid de fecha dieciocho de abril de mil novecientos ochenta y tres, objeto del recurso de apelación que se denuncia, el que la referida sentencia debió declarar terminado el procedimiento acogiendo la previsión contemplada en el número segundo del artículo noventa de la Ley Jurisdiccional, dado que el Ayuntamiento de Valladolid había reconocido en vía administrativa las pretensiones del demandante en instancia, a través de un acuerdo de fecha posterior a la del impugnado, que la sentencia apelada anula, alegación que no tiene presente que el anormal modo de terminación del proceso contencioso-administrativo establecido en el artículo noventa de su Ley reguladora requiere, según expresamente se dispone en el número primero del precepto, un reconocimiento total de las pretensiones del demandante, una vez interpuesto el recurso contencioso-administrativo, exigencia que no se da en el supuesto que nos ocupa, dado que si bien el acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Valladolid, en sesión celebrada el veintiséis de julio de mil novecientos ochenta y dos, referente a una permuta de terrenos incluidos en el «Plan Parcial Ribera de Castilla», propiedad en parte de

Don Valeriano G. M., por parcelas señaladas con los números quince, dieciséis, veinte y veintidós del expresado Plan Parcial, con las características y aprovechamientos establecidos en tal planeamiento y sin carga alguna por razones de urbanización, pueda restar o hacer desaparecer lo que constituye objeto o materia del acuerdo plenario del Ayuntamiento de Valladolid de seis de julio de mil novecientos ochenta y uno, presuntivamente confirmado por silencio administrativo, en cuanto tales acuerdos, impugnados en el recurso contencioso-administrativo en que recayó la sentencia apelada, tomaban en consideración, aceptándola, la propuesta formulada por Don Valeriano G. M. de cesión de parte de su propiedad indivisa en la denominada finca «Ribera de Castilla», con reserva de parcela para edificación de doscientas viviendas y mil quinientos metros cuadrados de locales, en las condiciones y con los compromisos que contiene dicha propuesta, terrenos a los que se refiere el acuerdo plenario del Ayuntamiento de Valladolid de seis de julio de mil novecientos ochenta y uno, impugnado en cuanto el Ayuntamiento acepta, después de haberla denegado, la propuesta de cesión, que son los mismos que constituyen el objeto de la permuta materia del acuerdo del Ayuntamiento de Valladolid de veintiséis de julio de mil novecientos ochenta y dos, es lo cierto, que la aceptación (plenaria) de la oferta de tal permuta adoptada por el Ayuntamiento de Valladolid el veintiséis de julio de mil novecientos ochenta y dos, no es dable entender deje sin efecto, aunque pueda resultar incompatible con el mismo, el acuerdo de dicho Organismo de seis de julio de mil novecientos ochenta y uno, sobre cesión de los referidos terrenos, ofrecidos por Don Valeriano G. M., en escrito de fecha tres de diciembre de mil novecientos ochenta, acuerdo del Ayuntamiento de Valladolid adoptado el seis de julio de mil novecientos ochenta y uno que modificando o completando anterior acuerdo de veintidós de diciembre de mil

novecientos ochenta, la sentencia apelada anula, sin que las razones que llevaron al Tribunal de instancia a hacer tal declaración, y que esta Sala asume en su integridad, sean materia de la pretensión revocatoria que contra la misma se actúa, siendo únicamente de hacer notar, en cuanto corrobora la procedencia de tal declaración de nulidad contenida en la sentencia apelada, que la oferta hecha por Don Valeriano G. M. al Ayuntamiento de Valladolid, en escrito de tres de diciembre de mil novecientos ochenta, referente a la cesión de terrenos denominados «Ribera de Castilla», de los que el señor G. M., es condueño, se condicionaba, entre otros puestos para la construcción dentro extremos, a la entrega de solares desde el plazo máximo de un año a contar desde la aprobación de dicha propuesta, condición que indudablemente no fue cumplida por el Ayuntamiento de Valladolid.

Que no es de apreciar temeridad ni mala fe en ninguna de las partes a efectos de hacer una especial condena en costas.

8. MEDIOS DE IMPUGNACION

APELACIÓN.

A 16 julio 1985 (RA 3919)

La Audiencia Nacional resuelve por auto un incidente en ejecución de sentencia, que luego admite su apelación. El Tribunal Supremo cree procedente la aplicación a la Audiencia Nacional de los criterios previstos en los artículos 92, 93 y 94 LJCA.

CONSIDERANDOS: Que a virtud de lo dispuesto en el art. 93.1 de la Ley Jurisdiccional, en relación con el artículo 6.º3 del Real Decreto Ley 1/77 de 4 de enero, son apelables los autos de la Audiencia Nacional dictados en asuntos de que conozca en primera instancia, pero no los que se produz-

can en asuntos de que conozca en única instancia, que únicamente son susceptibles del recurso de súplica prevenido en el art. 92 de la Ley Jurisdiccional citada.

Que en el presente caso se pretende la impugnación de un auto dictado en ejecución de Sentencia firme, en asunto del que conoció la Audiencia Nacional en única instancia, dado que la apelación que se intentó contra la misma fue declarada inadmisibile, por razón de la materia y con arreglo a lo preceptuado por el art. 94.1.a), de la precitada Ley Jurisdiccional.

Que con lo dicho queda evidenciada la improcedencia del presente recurso de apelación, sin que puedan apreciarse circunstancias que justifiquen pronunciamiento sobre costas.

S 8 julio 1985 (RA 4934)

El Abogado (hoy Letrado) del Estado apeló la sentencia de instancia, pero no se personó formalmente ante el Tribunal Supremo.

CONSIDERANDOS: Que el presente recurso de apelación se promueve por el Abogado del Estado y por los demandantes en primera instancia, y, al formular estos últimos sus alegaciones, hacen ver que no puede decidirse sobre el precio fijado por la sentencia apelada —que es inferior al que la Administración señaló, por cuya circunstancia el representante de ésta había recurrido—, al haber quedado desierto el recurso de apelación interpuesto por el mismo, por lo que en este punto entendía que debía ser confirmada la sentencia de la Audiencia.

Que es verdad que de los autos no consta la debida personación ante esta Sala del Abogado del Estado apelante, dentro del plazo de treinta días prevenido en la Ley, pero esta omisión no puede determinar el resultado que los otros apelantes pretenden, porque si

es cierto que, conforme al número uno del artículo noventa y nueve, en relación con el que le precede, de la Reguladora de esta Jurisdicción, la no personación de quien recurra en segunda instancia produce el efecto de que se declare desierto el recurso, la norma no es aplicable al caso en que el apelante es el Abogado del Estado, porque para que así suceda, a tenor del número tercero de aquél se requiere que, previamente, al recibir los autos el Tribunal «ad quem» dicte providencia mandándolos pasar a aquél para que exponga, en el plazo de treinta días, si sostiene o no su apelación, y, constando del presente rollo que tan inexcusable requisito no se cumplió por la Sala, se privó, con indudable riesgo de indefensión, al Abogado del Estado de la posibilidad de mejorar su recurso.

Que, por esto, sería procedente que, antes de tener por desierto el recurso, se anulara el señalamiento verificado para votación y fallo y se retrotrayeran las actuaciones al momento procesal propicio para cumplir el preceptivo trámite, pero un elemental principio de economía procesal impone prescindir de este remedio subsanatorio, cuando dicho Abogado del Estado apelante ha evacuado oportunamente el traslado que la Sala le dio para formular sus alegaciones, haciéndolo ciertamente en su posición de apelante, con expresa súplica de estimación de su recurso y revocación de la sentencia recurrida, lo que sin duda produce el mismo efecto que se obtendría de citada anulación, porque es racionalmente presumible que su resultado no había de ser otro que el de personarse dentro de plazo para mantener su apelación.

REVISIÓN.

S 22 octubre 1985 (RA 5008)

La sentencia de la Sala del Tribunal Supremo, dictada en proceso especial de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre,

se impugna en revisión al amparo de los apartados a) y g) del art. 102 LJCA y en otro motivo no tipificado allí.

Fundamentos de Derecho:

PRIMERO.— El presente recurso de revisión se interpone por Don José María Ruiz-Mateos y Jiménez y otros, contra la Sentencia dictada el 17 de julio de 1984 por la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que, rechazando las causas de inadmisibilidad opuestas a la demanda y entrando a conocer del fondo de las cuestiones planteadas, desestima el recurso especial interpuesto por los trámites de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de marzo de 1984, que autorizó a enajenar directamente las acciones del Banco Atlántico, S. A., por no infringir el Acuerdo recurrido los derechos constitucionales alegados por los recurrentes.

SEGUNDO.— El primer motivo de revisión formulado por los recurrentes se ampara en el apartado g) en relación con el a) del número 1 del artículo 102 de la Ley reguladora de la jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956, por falta de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad de la Ley 7/1983; cuyo motivo —que implica, en realidad, dos diferentes y que debieron formularse por separado, al amparo de cada uno de los apartados que se invocan— ha de ser rechazado por esta Sala, ya que, en lo que se refiere al apartado a), resulta manifiesto que en la parte dispositiva de la Sentencia recurrida no se contiene —ni tampoco se alega— contradicción alguna en sus decisiones, y, en lo que respecta al apartado g), es de significar que el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad del art. 5.º de la Ley 7/1983, de 29 de junio, solicitado en el segundo otrosí del escrito de demanda, no es en la Sentencia definitiva donde ha de resolverse, sino, en su caso, en auto dictado con anterioridad

por el Tribunal sobre la pertinencia de plantear la misma, de conformidad con lo dispuesto de manera expresa en el art. 35-2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1979, sin que constituya, en definitiva, como infundadamente se pretende por los recurrentes, un pronunciamiento propio de la sentencia que se revisa.

TERCERO.— El segundo motivo de revisión formulado por los recurrentes se ampara en el apartado g) del número 1 del art. 102 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956, por «falta de pronunciamiento expreso sobre las más de las peticiones de la demanda»; cuyo motivo ha de ser también rechazado por esta Sala ya que —con independencia de la reiterada Jurisprudencia en la que se proclama que la desestimación del recurso contencioso-administrativo supone resolver todas las cuestiones planteadas en el mismo— es lo cierto que la Sentencia recurrida decide todas las cuestiones planteadas en la demanda, al declarar que el Acuerdo impugnado —dictado por el Consejo de Ministros el 21 de marzo de 1984 y mediante el cual autorizó a la Dirección General del Patrimonio del Estado para enajenar directamente las acciones del Banco Atlántico, S. A.— no infringe los derechos «constitucionales» alegados por los reclamantes y que son éstas las únicas cuestiones que pueden ser enjuiciadas en el proceso especial seguido por los trámites de la Ley 62/1978; si bien debe precisarse, al resolver el presente recurso de revisión, a) de una parte, que la expresión derechos «constitucionales», empleada en el fallo de la Sentencia recurrida, ha de entenderse necesariamente limitada a los derechos «fundamentales» de la persona, comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley 62/1978, y, b) de otra parte, que en los procesos especiales seguidos por los trámites de la citada Ley en los que se haya omitido por el Tribunal la resolución dis-

puesta en el art. 45-2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción —al no haber ordenado a los actores, ni aun en la Sentencia definitiva, interponer por separado, en un plazo de treinta días, el recurso contencioso-administrativo ordinario para plantear en el mismo las infracciones alegadas de normas jurídicas (incluso constitucionales) pero que no afectan a los denominados derechos fundamentales— ha de entenderse limitada la Sentencia desestimatoria dictada en tales procesos a las violaciones que se aleguen de los derechos «fundamentales» —lo que constituye su exclusivo objeto— sin que la desestimación alcance a las restantes infracciones del ordenamiento jurídico indebidamente acumuladas por los recurrentes, ya que no cabe sean decididas por el órgano jurisdiccional en ese tipo de proceso.

CUARTO.— Al ser el recurso de revisión no sólo «excepcional» (promovido contra Sentencias firmes) sino también «extraordinario», en cuanto que ha de ampararse únicamente en las causas taxativas establecidas por la Ley, cuya alegación y fundamentación vonculan al Tribunal, resulta también manifiesta la improcedencia de la petición —contenida en la súplica del recurso interpuesto— de que se declare «la necesidad de completar el expediente administrativo en los términos que se solicitaban por medio de otrosí en nuestro escrito de demanda», al no ampararse la referida petición en alguno de los motivos recogidos en el art. 102-1 de la Ley jurisdiccional; limitándose, en consecuencia, el fallo del presente recurso de revisión al examen y decisión de los dos motivos que han sido formulados por los recurrentes al amparo de dicho precepto, sin enjuiciar aquí ninguna otra cuestión que la Sentencia recurrida pueda plantear.

QUINTO.— Por, cuanto antes se expone, procede desestimar el recurso de revisión interpuesto por don José María R. M. J. y otros, con imposición

de las costas causadas y la pérdida del depósito constituido, de conformidad con lo preceptuado en el art. 1.809 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el 102-2 de la Ley jurisdiccional.

S 22 octubre 1985 (RA 5010)

Se interpone extemporáneamente revisión contra sentencia dictada por Sala del Tribunal Supremo, en procedimiento especial de la L. 62/1978, de 26 de diciembre, fundándose en los apartados b) y g) del art. 102 LJCA.

Fundamentos de Derecho:

PRIMERO.—El presente recurso de revisión se interpone el 13 de enero de 1985 por Don José María R. M. J. y otros, contra la Sentencia dictada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo con fecha 17 de julio de 1984, en la que se desestima el recurso interpuesto al amparo de la Ley 62/78, contra el acto de denegación por silencio administrativo de solicitud dirigida al Gobierno sobre reprivatización de las Empresas del Grupo RUMASA, al no violar el acto impugnado los derechos fundamentales objeto del recurso —por lo que absuelve libremente a la Administración demandada—; fundándose los motivos de revisión que se invocan en el art. 102, número 1, apartados b) y g) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en la redacción dada por la de 17 de marzo de 1973.

SEGUNDO.—Examinada en primer término, por imperativo del orden procesal a que ha de acomodarse el juzgador en la formación de la Sentencia, la alegación de inadmisibilidad del recurso de revisión interpuesto por Don José María R. M. J. y otros que, fundándose en el art. 102-3 de la Ley Jurisdiccional, se formula por el Abogado del Estado y por el Fiscal, consistente en la interposición del expresado recurso después de haber transcurrido el pla-

zo de un mes, contado desde la notificación de la Sentencia que establece el citado precepto; ha de ser acogida por la Sala la mencionada alegación, ya que en las actuaciones se acredita que la Sentencia dictada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo el 17 de julio de 1984 (en el recurso n.º 307.131/84) fue notificado el día 19 de ese mismo mes a los recurrentes, que no interponen el presente recurso de revisión hasta el 13 de enero de 1985; sin que pueda admitirse que el plazo improrrogable establecido por la Ley para formular el recurso, pueda interrumpirse por la simple presentación de un escrito (en el que se solicita de la propia Sala Tercera del Tribunal Supremo declare nula la Sentencia dictada y reponga las actuaciones al trámite de declarar conclusos los autos, con citación de las partes y señalamiento para votación y fallo, para dar cumplimiento, en el plazo de dictar Sentencia, a lo dispuesto en el artículo 35-2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, dictando en su día nueva Sentencia previa citación de las partes), ya que ello supondría la manifiesta y fácil vulneración de los principios de «preclusión» y «eventualidad», que rigen en nuestro ordenamiento, conforme a los cuales los actos procesales (cual es la interposición de un recurso), para no perder la posibilidad de realizarlos, han de ejercitarse necesariamente en los plazos señalados en la Ley (arts. 121-1 de la Ley Jurisdiccional y 408 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), siendo, además, preciso aprovechar cada ocasión procesal integralmente («ad omnium eventum»), por lo que cualesquiera que sean las alegaciones o peticiones deducidas ante la Sala sentenciadora, el recurso de revisión debe interponerse, para poder ser admitido, en el plazo fijado.

TERCERO.—Por cuanto antes se expone, procede declarar la inadmisibilidad del recurso de revisión interpuesto por Don José María R. M. J. y otros, contra la Sentencia dictada el 17 de julio de 1984 por la Sala Tercera del

Tribunal Supremo (en el recurso número 307.131/84), sin que haya lugar, al declararse la inadmisibilidad, conforme a reiterada Jurisprudencia, a hacer aplicación de lo dispuesto en el art. 1.809 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; no siendo tampoco de apreciar, a tenor de lo prevenido en el art. 131 de la Ley reguladora de la Jurisdicción, temeridad o mala fe para imposición de las costas causadas.

9. PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

EN MATERIA PERSONAL.

S 25 septiembre 1985 (RA 4192)

Se apela una sentencia de la Audiencia Nacional, dictada en procedimiento especial de personal, porque la cuestión del ingreso de funcionarios en un Cuerpo es análoga a la de separación de empleados públicos inamovibles.

Fundamentos de Derecho:

PRIMERO.—Previamente a la decisión sobre la pretensión de los apelantes, ha de ser estudiada y resulta la petición del defensor de la Administración, sobre la debida admisión de esta apelación, al tratarse de cuestiones de personal y no haberse alegado desviación de poder, que habría de ser de los órganos de la Administración; la norma general de la inapelabilidad de las sentencias en materia de personal contenida en el art. 94, aplicable a las sentencias de la Audiencia Nacional, según dispone el apartado tres del artículo sexto del Real Decreto-Ley 1/1977, de 4 de enero, en los mismos casos que proceda y en la forma que establece la Ley de esta jurisdicción respecto de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de las Audiencias Territoriales: mas al quedar exceptuadas de esta inapelabilidad las sentencias que se refieren a casos de separación de empleados públicos inamovibles, se ha venido entendiendo por esta Sala, que en ese mismo caso se en-

cuentran aquéllos a quienes se priva el acceso a un cuerpo de funcionarios públicos, ya que tienen su misma razón y fundamento, por lo que se declara bien admitida la apelación de las sentencias en que se discute la procedencia o improcedencia de la integración en uno de dichos Cuerpos de los interesados recurrentes; y al ser éste el caso presente, se rechaza esta pretensión administrativa de no apelabilidad, y se entra a conocer del fondo del asunto y de las pretensiones de los apelantes.

DE PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA.

S 1 julio 1985 (RA 3941)

La Organización de Consumidores y Usuarios promovió proceso administrativo contra una Orden (Disposición general) del Ministerio de Economía y Hacienda, sin aportar certificación de haber tomado previo acuerdo corporativo para demandar.

CONSIDERANDOS: Que antes de examinar los motivos de oposición o las inadmisibilidades del recurso opuestas por el Abogado del Estado, debe de concretarse cuál o cuáles son los actos impugnados, para lo cual, hay que acudir al escrito de interposición del recurrente, que es el que delimita o define su ámbito, según dispone el artículo 57-1 de la Ley de la Jurisdicción; pues bien, en el suplico de dicho escrito, el actor solicita de esta Sala que se tenga por interpuesto «recurso jurisdiccional que por el presente se inicia contra la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 8 de febrero de 1985, Boletín Oficial de 16-2»; por ello es esa Orden solamente la recurrida, y deben de excluirse cualesquiera otros actos o disposiciones distintos, que con posterioridad al actor quiere impugnar, y muy concretamente, la Ley de la Comunidad Autónoma de Madrid de 19 de diciembre de 1984, y

ésta no sólo por no haber sido impugnada en el escrito de interposición, sino por su rango, de Ley, que la excluye de la fiscalización de esta Jurisdicción Contencioso-Administrativa, según el art. 1 de su Ley Reguladora.

Que determinados ya cuál o cuáles son los actos o disposiciones impugnados, la segunda cuestión es la de precisar cuáles son los motivos de impugnación que pueden ser invocados en este procedimiento elegido por la Organización recurrente, que no pueden ser todos los que afecten a la legalidad intrínseca del acto o disposición, sino —según el art. 53— solamente aquellos motivos que signifiquen una infracción de los Derechos Fundamentales de la persona comprendidos en los arts. 14 al 29 de la Constitución, por lo que todos aquellos preceptos constitucionales distintos de los antes citados, o de otras normas, incluso con rango de Ley Orgánica o de Ley ordinaria, podrán servir de fundamentación a un recurso tramitado con arreglo a la Ley de la Jurisdicción pero son ajenos a este recurso, y no pueden ser examinados por esta Sala; con esta puntualización, ha quedado ya delimitado el recurso interpuesto, que solamente ha de entenderse referido a la Orden de 8 de febrero de 1985, y circunscrita su impugnación a si mediante ella se infringe o no el principio de igualdad consagrado en el art. 14 de la Constitución; que es el único de los preceptos invocados en la demanda comprendido en el Capítulo II del Título Primero de la Constitución.

Que el Abogado del Estado alega, como primer motivo de oposición al recurso, la causa de inadmisibilidad del apartado b) del art. 82, al no constar en autos la existencia de un Acuerdo de la Asamblea General o de la Junta Directiva de la Organización de Consumidores y Usuarios, habiéndose limitado el recurrente a aportar un poder general para pleitos otorgado por el Presidente de la referida Organización; planteada así esta causa de

inadmisibilidad, es preciso resaltar que cualquier requisito que dificulte o impida el libre acceso de las personas físicas o jurídicas, a obtener la tutela efectiva de los Tribunales, ha de entenderse contraria a lo proclamado en el art. 24 de la Constitución, y a esto equivale el exigir un requisito como el que el Abogado del Estado menciona, sobre todo teniendo en cuenta que, para la interposición de un recurso como es el presente, las personas, naturales o jurídicas, cuentan con el limitado plazo de diez días desde la publicación o notificación del acto o disposición impugnado, y sería difícil y a veces imposible, convocar y reunir a todos los componentes de un órgano colegiado, con objeto de obtener un acuerdo como el que se pretende exigir, sobre todo cuando ese órgano colegiado pueda desautorizar al Presidente, y después de interpuesto el recurso, si no estuviera conforme con su actuación, adoptar el Acuerdo de desistir del interpuesto; por ello, por todo lo expuesto, y en virtud de principio «pro actione», debe desestimarse la causa de inadmisibilidad opuesta y entender bien interpuesto el recurso por el Presidente de la Organización de Consumidores y Usuarios.

Que la segunda causa de inadmisibilidad la basa el Abogado del Estado en que el art. 6 de la Ley de 26 de diciembre de 1978 solamente autoriza a interponer este recurso regulado en ella contra los actos de la Administración regulados por el Derecho Administrativo, pero no contra las disposiciones de carácter general; pero esta causa debe de ser igualmente desestimada, ya que esta Sala, en reiteradas Sentencias ha entendido que los derechos fundamentales de la persona se infringen no sólo por los actos —sean definitivos o de trámite— sino también por las disposiciones de carácter general, ya que ellas —con exclusión de las Leyes— son una manifestación de la potestad reglamentaria de la Administración, y ésta, según el art. 106 de la Constitución, queda sometida a la

fiscalización de los Tribunales, a los que pueden acudir los administrados utilizando los recursos que las Leyes les concedan; por ello, cuando una disposición reglamentaria lesiona un derecho fundamental de la persona, el interesado podrá obtener la tutela de los Tribunales por el procedimiento adecuado, y siendo uno de ellos el específicamente establecido por la Ley de 26 de diciembre de 1978, no pueden excluirse de él las impugnaciones de las Disposiciones de carácter general.

10. COSA JUZGADA

COSA JUZGADA.

S 12 julio 1985 (RA 4207)

Las mismas personas que ya fueron demandantes en un proceso administrativo, cuya sentencia les fue adversa, vuelven a impugnar ante la misma Sala en cuestión de urbanismo cuya repetición se discute.

CONSIDERANDO: Que la pretensión de inadmisibilidad del recurso, deducida por la Corporación demandada al amparo del artículo ochenta y dos, apartado d) de la Ley Jurisdiccional, por recaer la cuestión planteada sobre cosa juzgada ya en el recurso número ochocientos seis de mil novecientos setenta y seis, seguido ante esta Sala, no puede ser acogida a tenor de lo dispuesto en el artículo mil doscientos cincuenta y dos del Código Civil, porque si bien son las mismas las «personas» litigantes y la calidad con que lo fueron, no se da «la más perfecta identidad» entre las «cosas» y las «causas», por cuanto en primer término la licencia solicitada y denegada en las resoluciones impugnadas en el presente recurso se refiere a la ejecución de obras distintas de las que fueron objeto del anterior —por modificarse el primer proyecto, suprimiéndose las construcciones sobre el suelo, destinadas a vestuarios, etc.— y en segundo lugar ser diferentes las razones invo-

cadadas por la Corporación en cada uno de los casos para denegar las licencias, según resulta del expediente administrativo y de los autos, y esta falta de perfecta identidad, aunque no sean profundas las diferencias y quepa incluso revisarse en este proceso el fundamento legal de la denegación de la licencia, debe ser suficiente para rechazar la excepción, porque en otro caso, en supuestos como el presente, cualquier denegación de licencia fundada en la inadecuación de un proyecto a las normas en vigor, impediría incluso solicitarla de nuevo una vez subsanados los defectos, que es a lo que se llegaría apurando los efectos de la cosa juzgada.

S 1 octubre 1985 (RA 5293)

Se alega cosa juzgada que produciría una sentencia dictada en procedimiento especial del art. 118 LJCA respecto a un proceso posterior ordinario.

Fundamentos de Derecho:

PRIMERO.— Se discute en el proceso la legalidad urbanística de la licencia de construcción de un edificio de doce plantas en un solar situado en la Avenida de José León Carranza y el Paseo Marítimo de Cádiz, concedida el 11 de enero de 1974 por el Ayuntamiento de dicha ciudad a la entidad «Eucofinsa», de quien trae causa la «Compañía Inmobiliaria del Atlántico, S. A.», aquí apelante juntamente con el citado Ayuntamiento, replanteándose en esta segunda instancia todos los temas debatidos en la primera, de los cuales son de preferente resolución las causas de inadmisibilidad alegadas por las partes mencionadas y, entre ellas, la fundada en la excepción de cosa juzgada.

SEGUNDO.— La tesis de la sentencia apelada, denegatoria de dicha causa de inadmisibilidad, no puede ser compartida por esta Sala, pues siendo cierta la regla general de que la distinta

naturaleza y ámbito del proceso especial del art. 118 de la Ley Reguladora de esta jurisdicción respecto al proceso contencioso ordinario impide atribuir en éste el efecto de cosa juzgada a la sentencia recaída en aquél, también lo es que dicha regla general no puede ocultar que en el caso concreto de autos concurre la especialísima circunstancia de que la sentencia dictada el 19 de mayo de 1978 por la misma Sala Territorial de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla en el proceso especial número 715/77 sobre suspensión gubernativa de la licencia de edificación, cuya legalidad se discute ahora en este proceso ordinario, no se limita a dejar sin efecto dicha suspensión por estimar inexistente infracción manifiesta de las leyes y planeamiento urbanístico, sino que declara de manera incondicionada que «hoy en día la obra de autos es perfectamente legal y se podría autorizar en los mismos términos» y en su fallo dispone expresamente que la entidad interesada puede proseguir la edificación del inmueble, conforme a la licencia municipal que se le concedió en 11 de enero de 1974» y ello constituye un pronunciamiento judicial firme que sanciona de manera definitiva la legalidad material de dicha licencia, impidiendo su posterior impugnación en este proceso en el que se ejercita una pretensión anulatoria que es incompatible con lo decidido en la sentencia comentada, siendo por ello obligado apreciar identidad esencial de pretensiones en ambos procesos y en su consecuencia estimar operante el efecto de cosa juzgada, ya que en otro caso se quebrantaría de modo esencial el principio de seguridad jurídica que constituye el fundamento y razón de ser de la cosa juzgada, que impide en el supuesto aquí contemplado anular judicialmente en 1982 una licencia y ordenar la demolición de lo construido a su amparo, cuando esa licencia fue declarada legal en 1979 por el mismo Tribunal y se autorizó a su titular a continuar las obras que ahora se ordenan derribar siendo que las mismas se pro-

sigieron de buena fe con un título judicial firme que le garantizaba la legalidad de su actuación, la cual debe por ello declararse no susceptible de ser posteriormente sometida a nueva impugnación contraria a este principio de seguridad que constituye uno de los pilares básicos del ordenamiento jurídico.

TERCERO.—Las expuestas razones conducen a la estimación de la causa de inadmisibilidad prevista en el artículo 82.d) de la Ley Jurisdiccional citada, sin que sea de aplicación la especial imposición de costas prevista en el art. 131 de la misma Ley.

11. SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

A 12 julio 1985 (RA 4047)

El Letrado del Estado apela un auto de la Audiencia Nacional por el que se acuerda la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado, alegando que, dada la solvencia del Estado, no pueden acreditarse daños de difícil o imposible reparación.

CONSIDERANDOS: Que como muy bien afirmaba el recurrente al solicitar la suspensión de la ejecución de la Resolución impugnada, la situación económica general del país es un hecho notorio, no necesitado de prueba alguna, siendo evidente, de toda evidencia, el grave perjuicio que puede suponer para una Empresa el pago no de una liquidación tributaria como dice el apelante, sino de una liquidación en la que se impone una sanción de cinco veces su importe, en virtud de unos hechos sobre cuya realidad, justificación y calificación no es preciso entrar, así como tampoco en determinar si las normas aplicadas para imponer la sanción infringen o no el principio de legalidad, como alega el sancionado, por ser todo ello materia propia del fondo de este recurso, y no de este incidente de suspensión, que debe de

quedar limitado a determinar si la ejecución del acto produce o no daños o perjuicios de reparación imposible o difícil; no es, por lo tanto, como pretende el Abogado del Estado, el pago de una liquidación tributaria lo que se suspende, sino el pago de una liquidación, y la sanción, equivalente a cinco veces el importe de esa liquidación, que es, como dice la propia resolución sancionadora, la máxima que puede imponerse.

Que si el art. 24 de la Constitución proclama el derecho de los administrados a obtener de la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales, tal derecho fundamental quedaría gravemente erosionado si la Sentencia judicial fuera precedida no sólo por la declaración de su derecho por la Administración sino de la ejecución del derecho declarado, obligándole en el caso de obtener una sentencia favorable, total o parcial, en su recurso —lo que se enuncia como mera hipótesis— a tener que mantener otro largo proceso para poder resarcirse de los perjuicios que esa ejecución pudo causar, si es que ello fuera posible, puesto que la desaparición de una Empresa, y su repercusión en quienes en ella prestan sus servicios son perjuicios difícilmente encuadrables en la frialdad de unos números, y, en su caso también difícilmente valorables, sin que pueda trasladarse lo debatido, al campo de la solvencia de la Administración, ya que dicha solvencia está precisamente unida a la necesidad de un segundo proceso para exigir y obtener el pago de unos daños o unos perjuicios derivados de la ejecución, y lo que ahora se resuelve es la forma de evitar que dichos perjuicios se causen, a lo que hay que agregar que tales daños o perjuicios, en caso de producirse y obtenerse su reparación, serán indemnizados, en definitiva, por el Erario Público, y por lo tanto por quienes ninguna obligación tienen de resarcirlo, que son los contribuyentes, mientras que, evitando que se produzcan, éstos recaerán sobre quienes legítimamente deben de

soportarlos, si es que no prosperara el recurso de la entidad sancionada, lo que también se enuncia como mera hipótesis.

Que además, los posibles daños y perjuicios del Erario Público, no tienen el alcance que el Abogado del Estado pretende, ya que siendo la sanción de 13.769.850 pesetas el quintuplo de lo que se estima defraudado, la liquidación real sería de 2.753.970 pesetas, correspondiendo el resto a la sanción impuesta; y como además y en todo caso, la entidad recurrente ofreció prestar la garantía que se le exija para afianzar el pago, está viesto que el importe de la liquidación y de la sanción quedan suficientemente garantizados y frente al perjuicio alegado del Erario Público, se evitan los perjuicios, reales y ciertos de la Empresa recurrente y de quienes en ella prestan sus servicios, lo que no puede ser calificado de mero interés privado, su íntima relación con el interés general, al evitarse la posible pérdida o disminución de puestos de trabajo.

Que por lo razonado, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Abogado del Estado, confirmando el auto apelado por estar ajustado a derecho; sin apreciar en ninguna de las partes litigantes temeridad ni mala fe, por lo que de conformidad con lo que disponen los artículos 81, 83, 100 y 131 de la Ley reguladora de la Jurisdicción, no procede hacer pronunciamiento alguno en cuanto al pago de las costas causadas en este recurso de apelación; por todo lo dicho.

A 24 septiembre 1986 (RA 4226)

El actor pide la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado alegando que, en cuanto al fondo del asunto hay varias sentencias anteriores favorables a su tesis, lo que se relaciona con el «Fumus boni iuris» del proceso cautelar civil.

Fundamentos de Derecho:

PRIMERO.—El art. 122 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, autoriza la suspensión de los actos administrativos recurridos conforme a la misma, cuando su ejecución hubiere de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil; y, según la Exposición de Motivos de la referida Ley, al juzgar sobre la procedencia de tal suspensión, se debe ponderar la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgarla con mayor o menor amplitud según el grado en que el interés público esté en juego; debiendo tenerse en cuenta a este efecto que en otros procedimientos, en los que se ha planteado cuestión análoga a la que es objeto de éste, se han dictado sentencias en primera instancia favorables a las pretensiones de la parte apelada, según alega ésta, e incluso mediante Sentencia de 27 de mayo de 1985, esta Sala ha confirmado una de tales Sentencias con lo que la procedencia de la suspensión, impugnada en este recurso, aparece reforzada; por lo que ha de ser confirmado el Auto recurrido; sin que haya lugar a condena en costas conforme a lo previsto en el art. 131 de la Ley citada.

12. EJECUCION DE SENTENCIAS

A 11 julio 1985 (RA 3896)

La Sala de Instancia fija, en auto dictado en incidente de ejecución de sentencia, los daños y perjuicios que el Ayuntamiento debía pagar por causa de la anulación de una licencia de obras, indemnización a que fue condenado por dicha sentencia, y se apela el auto resolutorio del incidente.

CONSIDERANDO: Que antes de entrar en el análisis de la determinación cuantitativa de los daños y perjuicios objeto de incidente, es preciso que demos respuesta al tema de la pretendida prescripción de la acción ejercitada por la parte ejecutante insistiendo en los razonamientos que sobre este punto se recogen en el Auto apelado; pues bien, la Administración municipal —Ayuntamiento de Gerona— en su empeño de sostener que se ha producido la prescripción del derecho invocado por aquélla incurre en una evidente confusión puesto que no distingue entre el plazo anual para el ejercicio de la acción de responsabilidad, a que se refieren los arts. 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa y 133, 134 y 136 de su Reglamento, así como el art. 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, y el plazo de prescripción previsto en el art. 1964 del Código Civil para las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción, olvidando que toda ejecutoria —cual aquí ocurre en que la acción de responsabilidad se encuentra satisfecha— constituye un nuevo y verdadero título del que se deriva una acción de carácter personal para el cumplimiento de la resolución judicial distinta de la deducida en juicio; y esto sentado, no habiendo la Ley fijado plazo especial para el ejercicio de la referida acción, es evidente que el tiempo para la prescripción de la misma tiene que ser el de quince años, prevenido en el art. 1964 del Código Civil, contado a partir de la fecha en que la sentencia quedó firme, como dispone el art. 1971 del mismo Código.

LEGISLACION**RESEÑA LEGISLATIVA PROCESAL****(1-I-1986 al 30-VI-1986)**

MANUEL LOZANO-HIGUERO PINTO
Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad de Cantabria

- 1) LEY ORGÁNICA 1/1986, DE 8 DE ENERO (B.O.E. DE 14 DE ENERO), DE SUPRESIÓN DE LA JURISDICCIÓN PENAL AERONÁUTICA Y ADECUACIÓN DE PENAS POR INFRACCIONES AERONÁUTICAS.

Esta disposición consta de un Preámbulo con seis párrafos, cuatro artículos, una disposición adicional, tres finales, una transitoria y una derogatoria.

El objetivo fundamental, en el aspecto procesal, de esta ley, lo indica el párrafo tercero del preámbulo: «Se pretende dar cabida, en una primera aproximación, al mandato recogido en el art. 117 de la Constitución, en su aplicación al campo de la Navegación Aérea, a fin de mantener el principio de unidad jurisdiccional, con la lógica consecución de suprimir la jurisdicción penal aeronáutica, con carácter especial, rige en la actualidad.»

La disposición transitoria señala: «Los procedimientos que se encuentran en tramitación a la entrada en vigor de la presente ley, por hechos tipificados como delitos o faltas en el Libro Primero de la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea, de 24 de diciembre de 1964, pasarán a la Jurisdicción Ordinaria, continuándose su tramitación con arreglo a las normas procesales de dicha Jurisdicción.»

La disposición derogatoria establece en su apartado 1.º: «Quedan derogados el Libro Segundo, la disposición transitoria y las disposiciones finales de la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea, de 24 de diciembre de 1964.»

- 2) REAL DECRETO 118/1986, DE 24 DE ENERO (B.O.E. DE 30 DE ENERO), POR EL QUE SE REGULA LA TRANSFERENCIA DE LA APORTACIÓN DEL ESTADO PARA INDEMNIZAR LAS ACTUACIONES DE LOS ABOGADOS EN TURNO DE OFICIO Y EN MATERIA DE ASISTENCIA LETRADA AL DETENIDO O PRESO.

Consta este R.D. de un preámbulo con cuatro párrafos y veinte artículos.

La inspiración de esta norma se refleja bastante adecuadamente en los tres primeros párrafos del preámbulo, que a continuación reproducimos:

«1) La asistencia letrada al detenido o preso y la asistencia de Abogado en todo tipo de procesos son instrumentos fundamentales para hacer posible la realización jurídica del derecho a la tutela judicial efectiva y de las garantías de la libertad personal consagradas en la Constitución de 1978. El carácter gratuito de la asistencia letrada al detenido, en todo caso, y la asistencia de Abogado, en los supuestos de justicia gratuita, son completamente indispensables de los derechos y garantías antes citados.

2) No obstante que la Abogacía española asume el desempeño desinteresado de dichas funciones, parece conveniente, para un mejor desarrollo de las mismas, que el Estado subvencione la prestación de dichos servicios. A tal efecto, las disposiciones finales séptima de la Ley 50/1984, de 30 de diciembre y cuarta de la Ley 46/1985, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1985 y 1986, respectivamente autorizan al Gobierno para regular el procedimiento para hacer efectiva dicha subvención a los servicios de asistencia letrada al recluso y del turno de oficio.

3) El objetivo del presente Real Decreto, que ha sido consultado con el Consejo General de la Abogacía Española, es regular el indicado procedimiento en forma que asegure tanto el más adecuado empleo de la subvención cuanto la más correcta prestación de los servicios a que se destina la subvención.»

A los oportunos efectos destacamos los arts. 1, 3, 5, 11 y 12, que a continuación transcribimos:

«Artículo 1. — De acuerdo con lo establecido en el art. 57 del Estatuto General de la Abogacía, aprobado por Real Decreto 2.090/1982, de 24 de julio, la Abogacía asume la obligación de defender de oficio a los que lo solicitaren, acreditando haber obtenido o, al menos promovido la concesión del beneficio de justicia gratuita así como también a los que solicitaren este beneficio.

Artículo 3. — Según lo prevenido en el artículo 59 del mismo Estatuto, la defensa profesional de oficio y la de asistencia al detenido

no podrá excusarse sino por causa justificada, que apreciará la Junta de Gobierno.

Artículo 5. — A los efectos del presente Real Decreto se entiende por asistencia letrada al detenido la designación de oficio de un Abogado para que asista al detenido o preso en el lugar de custodia. A los mismos efectos se entiende por turno de oficio la designación de Abogado, en cualquiera de las instancias procesales, por disfrutar el interesado del beneficio de justicia gratuita o si, habiendo sido emplazado para que designe Abogado, no lo hiciere y se le nombra de oficio.

Art. 11. — Los Letrados del turno de oficio serán indemnizados a partir del momento de su designación, si bien no percibirán la indemnización hasta que por su Colegio se reciba el libramiento correspondiente.

Artículo 12. — El Consejo General de la Abogacía Española fijará el importe de la indemnización correspondiente a cada designación de acuerdo con las reglas que a continuación se señalañ.

Primera. — En atención a la especial responsabilidad requerida al Abogado designado, las instancias procesales se dividen en tres grupos:

a) Procesos en primera o única instancia, cualquiera que sea el procedimiento y orden jurisdiccional en que se interviniera, así como los que no se integren en cualquiera de los otros dos grupos.

b) Recurso de apelación y otros ordinarios semejantes, cualquiera que sea el procedimiento y orden jurisdiccional.

c) Recursos de casación y revisión, cualquiera que sea el orden jurisdiccional, y de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Segunda. — El Consejo General atribuirá un número de puntos a cada instancia procesal.

Tercera. — El número de puntos fijados para cada instancia se multiplicará por el de designaciones habidas en cada una de ellas.

Cuarta. — El valor del punto se obtendrá dividiendo el crédito global determinado, según lo dispuesto en el art. 10, entre el número total de puntos resultantes.

Quinta. — La indemnización para cada designación será el resultado de multiplicar el valor del punto por el número de éstas que el Consejo General de la Abogacía Española hubiera fijado para aquéllas.»

3) LEY ORGÁNICA 2/1986 DE 13 DE MARZO (B.O.E. DE 14 DE MARZO) DE FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD.

Se integra esta disposición por un extenso preámbulo, dividido en 5 grandes apartados bajo numeración romana, 54 artículos, 4 transitorias, 4 adicionales, 5 finales y 1 derogatoria.

Por lo que aquí interesa, resaltamos lo siguiente:

«**Preámbulo:** II-b, párrafo sexto: «El sistema penal y procesal diseñado, con carácter general, es el que ya se venía aplicando para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, suspendiéndose el expediente disciplinario mientras se tramita el proceso penal, aunque permitiendo la adopción de medidas cautelares hasta tanto se dicte sentencia firme.

a) Cuarto: Por lo que se refiere a las funciones propias de información de policía judicial, la atribución es objeto de la adecuada matización. Porque la formulación del art. 126 de la Constitución concibe la Policía Judicial estrechamente conectada con el Poder Judicial, que es único en toda España —y la Constitución insiste en ello, poniendo de relieve la idea de unidad jurisdiccional (art. 117.5)— disponiendo su gobierno por un órgano único, el Consejo General del Poder Judicial (art. 122.2), estableciendo que los Jueces y Magistrados se integren en un Cuerpo único (art. 122.1) y atribuyendo al Estado competencias plenas en materia de administración de justicia (art. 15.ª). Pero no se pueden desconocer las exigencias de la realidad y los precedentes legislativos, constituidos, sobre todo, por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que obligan a admitir la colaboración de los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales, en el ejercicio de la indicada función de Policía Judicial.

a) III, d), cuarto, quinto y sexto: Como las Unidades de policía Judicial son el puente de unión entre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y el Poder Judicial, es punto central de regulación de aquéllas, el tratamiento de las correspondientes relaciones de dependencia, respecto a Jueces y Fiscales, así como el procedimiento de adscripción de funcionarios o equipo de Policía de dichas Unidades.»

La Ley concreta el contenido de esta relación de dependencia singular, especificando las facultades que comporta para los Jueces y Tribunales, y saca la consecuencia de la formación especializada de los funcionarios de las Unidades de Policía Judicial en cuanto a su actuación, estrechamente controlada por aquéllos.

En definitiva, siguiendo el mandato constitucional, se ha procedido a regular la adscripción funcional, como la califica la Constitu-

ción, respecto a Jueces, Tribunales y Ministerio Fiscal, con la seguridad de que se cubrirán mejor las necesidades en la medida en que la policía mantenga su estructura unitaria y su organización vinculadas a mandos únicos. Por ello, y salvo las especialidades concretadas en el capítulo correspondiente de la Ley, será aplicable al personal de las Unidades de Policía Judicial el régimen general de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.

El art. 8 establece el discutido fuero procesal en esta materia, cuya constitucionalidad ya ha sido puesta en cuestión, disponiendo: «1. La jurisdicción ordinaria será la competente para conocer de los delitos que se cometan contra miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, así como de los cometidos por éstos en el ejercicio de sus funciones.

Iniciadas las actuaciones por los Jueces de Instrucción, cuando éstos entiendan que existen indicios racionales de criminalidad por la conducta de miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, suspenderán sus actuaciones y las remitirán a la Audiencia Provincial correspondiente, que será la competente para seguir la instrucción, ordenar, en su caso, el procesamiento y dictar el fallo que corresponda.

Cuando el hecho fuese constitutivo de falta, los Jueces de Instrucción serán competentes para la instrucción y el fallo, de conformidad con las normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Se exceptúa de lo dispuesto en los párrafos anteriores los supuestos en que sea competente la jurisdicción militar

El cumplimiento de la prisión preventiva y de las penas privativas de libertad por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, se realizarán en establecimientos penitenciarios ordinarios, con separación del resto de los detenidos o presos.

La iniciación de procedimiento penal contra miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, no impedirá la incoación y tramitación de expedientes gubernativos o disciplinarios por los mismos hechos. No obstante, la resolución definitiva del expediente sólo podrá producirse cuando la sentencia recaída en el ámbito penal sea firme, y la declaración de hechos probados vinculará a la Administración. Las medidas cautelares que puedan adoptarse en estos supuestos podrán prolongarse hasta que recaiga resolución definitiva en el procedimiento judicial, salvo en cuanto a la suspensión de sueldo en que se estará a lo dispuesto en la legislación general de funcionarios.»

El art. 28-4 señala: «No se podrán imponer sanciones por faltas graves o muy graves, sino en virtud de expediente instruido al efecto, cuya tramitación se regirá por los principios de sumariedad y

celeridad. La sanción por faltas leves podrá imponerse sin más trámites que la audiencia al interesado.

Las sanciones disciplinarias impuestas a los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía serán inmediatamente ejecutivas, no suspendiendo su cumplimiento la interposición de ningún tipo de recurso, administrativo o judicial, si bien la autoridad a quien compete resolverlo podrá suspender, de oficio o a instancia de parte, la ejecución de la sanción impuesta, en el caso de que dicha ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o de difícil reparación.»

El párrafo primero de este art. 28-4, nos suscita perplejidad en cuanto a los principios de *sumariedad* y *celeridad* que menciona; que, o son más bien propios del proceso que del procedimiento administrativo, o la conjunción copulativa que los separa quiere mostrar que son algo distinto, con lo que se nos alcanza qué sentido se le da al término sumario, más que el clásico de los indeterminados —abreviados o acelerados—.

El párrafo segundo de este art. 28-4, puede entrar en conexión con el art. 7-4 de la L.P.J.D.F. 62/1978 de 26 de diciembre, que establece la suspensión como regla, por lo que estimamos que, en caso de concurrencia prevalecerá el mandato de la L.P.J.D.F.

El art. 28-6 indica: «Iniciado un procedimiento penal o disciplinario, se podrá acordar la suspensión provisional por la autoridad competente para ordenar la incoación del expediente administrativo. La situación de suspensión provisional se regulará por lo dispuesto en la legislación general de funcionarios, sin perjuicio de lo establecido en el art. 8.3.»

El capítulo V regula, bajo la rúbrica «De la organización de Unidades de la Policía Judicial», lo concerniente a estas cuestiones en ocho artículos que, a continuación transcribimos:

Artículo 29. — «1. Las funciones de Policía Judicial que se mencionan en el art. 126 de la Constitución serán ejercidas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, a través de las Unidades que se regulan en el presente capítulo.

2. Para el cumplimiento de dicha función tendrán carácter colaborador de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado el personal de Policía de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales.»

Artículo 30. — «1. El Ministerio del Interior organizará con funcionarios de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que cuenten con la adecuada formación especializada, Unidades de Policía Judicial, atendiendo a criterios territoriales y de especialización delictual, a las que corresponderá esta función con carácter permanente y especial.

2. Las referidas Unidades orgánicas de Policía Judicial podrán adscribirse, en todo o en parte, por el Ministerio del Interior, oído el Consejo General del Poder Judicial, a determinados Juzgados y Tribunales. De igual manera podrán adscribirse al Ministerio Fiscal, oído el Fiscal general del Estado.

Artículo 13. — «1. En el cumplimiento de sus funciones, los funcionarios adscritos a Unidades de Policía Judicial dependen orgánicamente del Ministerio del Interior y funcionalmente de los Jueces, Tribunales o Ministerio Fiscal que estén conociendo del asunto objeto de su investigación.

2. Los Jueces o Presidentes de los respectivos órganos del orden jurisdiccional penal, así como los Fiscales Jefes podrán solicitar la intervención en una investigación de funcionarios o medios adscritos a Unidades orgánicas de Policía Judicial por conducto del Presidente del Tribunal Supremo o de los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia o del Fiscal general del Estado respectivamente.»

Artículo 32. — «La Policía Judicial constituye una función cuya especialización se cursará en los Centros de Formación y Perfeccionamiento de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, con participación de miembros de la Judicatura y del Ministerio Fiscal, o, complementariamente, en el Centro de Estudios Judiciales.

La posesión del diploma correspondiente será requisito necesario para ocupar puestos en las Unidades de Policía Judicial que se constituyan.»

Artículo 33. — «Los funcionarios adscritos a las Unidades de Policía Judicial desempeñarán esa función con carácter exclusivo, sin perjuicio de que puedan desarrollar también misiones de prevención de la delincuencia y demás que se les encomiendan, cuando las circunstancias lo requieran, de entre las correspondientes a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.»

Artículo 34. — «1. Los funcionarios de las Unidades de Policía Judicial no podrán ser removidos o apartados de la investigación concreta que se les hubiera encomendado, hasta que finalice la misma o la fase del procedimiento judicial que la originara, si no es por decisión o con la autorización del Juez o Fiscal competente.

2. En las diligencias o actuaciones que llevan a cabo, por encargo y bajo la supervisión de los Jueces, Tribunales o Fiscales competentes de lo Penal, los funcionarios integrantes de las Unidades de Policía Judicial tendrán el carácter de comisionados de dichos Jueces, Tribunales y Fiscales, y podrán requerir el auxilio necesario de las Autoridades y, en su caso, de los particulares.»

Artículo 35. — «Los Jueces y Tribunales de lo Penal y el Ministerio Fiscal tendrán, respecto de los funcionarios integrantes de Unidades de Policía Judicial que le sean adscritas y de aquellos a los que se refiere el número 2 del art. 31 de esta Ley, las siguientes facultades:

a) Les darán las órdenes e instrucciones que sean necesarias, en ejecución de lo dispuesto en las normas de Enjuiciamiento Criminal y Estatuto del Ministerio Fiscal.

b) Determinarán en dichas órdenes o instrucciones, el contenido y circunstancias de las actuaciones que interesen a dichas Unidades.

c) Controlarán la ejecución de tales actuaciones, en cuanto a la forma y los resultados.

d) Podrán instar el ejercicio de la potestad disciplinaria, en cuyo caso emitirán los informes que pueda exigir la tramitación de los correspondientes expedientes, así como aquellos otros que consideren oportunos. En estos casos recibirán los testimonios de las resoluciones recaídas.»

Artículo 36. — «Salvo lo dispuesto en este capítulo, el régimen funcional del personal integrado en las Unidades de Policía Judicial será el de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.»

4) LEY 11/1986 DE 20 DE MARZO (B.O.E. DE 26 MARZO) DE PATENTES.

Tiene esta disposición un preámbulo con 18 apartados, 162 artículos, 1 disposición adicional, 12 transitorias, 4 finales y 5 derogatorias.

El apartado 11 del preámbulo indica: «La ley otorga una mayor protección a las patentes, tanto en cuanto al contenido de los derechos que conllevan, muy similares a los establecidos en la patente comunitaria, cuanto en el establecimiento de nuevas acciones, para sus titulares, muy especialmente la acción de cesación del acto ilícito. Se incrementa la protección a las patentes de procedimiento para la obtención de productos nuevos, mediante la introducción del principio de inversión de la carga de la prueba, modificándose las normas del derecho procesal que establecen que la carga de la prueba incumbe a quien afirma; se esfuerzan también los procedimientos judiciales, regulándose el aseguramiento de las pruebas de reconocimiento judicial mediante la instauración de diligencias previas de comprobación de hechos, y se instrumentan medidas cautelares para garantizar el resultado del juicio, cuya obtención está condicionada a que los titulares de patentes exploten las invenciones en nuestro país.»

Sorpresiva es la afirmación «la introducción del principio de inversión de la carga de la prueba», modificándose las normas del Derecho procesal que establecen que la carga de la prueba incumbe a quien afirma, «en primer lugar porque no conocíamos el principio procesal de la inversión de la carga de la prueba, en segundo lugar porque las tales "normas" querrán decir máxima o teoría sobre la carga, obedientes al brocardo "ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat", pertenecen a un sistema procesal inexistente, arrumbado por el progreso científico-procesal, entendiéndose actualmente, después de aportaciones tan recisivas como las de Rosenberg y Micheli, que a cada parte le corresponde la carga de probar los hechos que sirven de presupuesto a la norma que consagra el efecto jurídico perseguido por ella, cualquiera que sea su posición procesal» (Devis). Lo que aquí sucede es que el legislador, tan desafortunado en la utilización de conceptos procesales, como hemos visto, confunde —art. 61 de la nueva Ley— presunciones legales y carga de la prueba.

El capítulo V del título V, bajo la rúbrica «Recursos», técnicamente incorrecta, regula, en los arts. 47 y 48, la vía procesal administrativa, disponiendo:

Artículo 47. — «1. Cualquier interesado, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley reguladora de la jurisdicción Contencioso-Administrativa, estará legitimado para interponer recurso contencioso-administrativo contra la concesión de la patente sin que sea necesario que haya presentado observaciones al informe sobre el estado de la técnica, ni que haya presentado oposición dentro del procedimiento de concesión con examen previo.

2. El recurso contencioso-administrativo sólo podrá referirse a la omisión de trámites esenciales del procedimiento o a aquellas cuestiones que puedan ser resueltas por la Administración durante el procedimiento de concesión, con excepción a la relativa a la unidad de invención.

3. En ningún caso podrá recurrirse contra la concesión de una patente alegando la falta de novedad o de actividad inventiva del objeto de la solicitud cuando ésta haya sido tramitada por el procedimiento de concesión que se realiza sin examen previo.»

Artículo 48. — «La sentencia que estime el recurso, fundada en que la concesión de la patente tuvo lugar con incumplimiento de alguno de los requisitos de forma objeto de examen por el Registro de la Propiedad Industrial, excepto el requisito de unidad de invención o con omisión de trámites esenciales del procedimiento, declarará la nulidad de las actuaciones administrativas afectadas y retrotraerá el expediente al momento en que se hubieran producido los defectos en que dicha sentencia se funde.»

El título VII, lleva la rúbrica «Acciones por violación del derecho de patente», que se regulan en los artículos 62 a 71.

También es importante destacar el contenido de los artículos 113 y 114, que, respectivamente, establecen:

Artículo 113.— «1. Podrán solicitar la declaración de nulidad quienes se consideren perjudicados, así como la Administración Pública. Esto no obstante, en el caso previsto en el apartado 1, letra d), del artículo anterior, sólo podrá solicitar la declaración de nulidad la persona legitimada para obtener la patente.

2. La acción de nulidad podrá ejercitarse durante toda la vida legal de la patente y durante los cinco años siguientes a la caducidad de ésta.

3. La acción se dirigirá siempre contra quien sea titular registral de la patente en el momento de la interposición de la demanda, y ésta deberá ser notificada a todas las personas titulares de derechos sobre la patente debidamente inscritos en el Registro con el fin de que puedan personarse e intervenir en el proceso.

4. No podrá demandarse ante la jurisdicción civil la nulidad de una patente, invocando la misma causa de nulidad que hubiera sido ya objeto de pronunciamiento, en cuanto al fondo de la cuestión, en sentencia dictada en la vía contencioso-administrativa.»

Artículo 114.— «1. La declaración de nulidad implica que la patente no fue nunca válida, considerándose que ni la patente ni la solicitud que la originó han tenido nunca los efectos previstos en el título VI de la presente Ley, en la medida en que hubiere sido declarada la nulidad.

2. Sin perjuicio de la indemnización de daños y perjuicios a que hubiere lugar cuando el titular de la patente hubiera actuado de mala fe, el efecto retroactivo de la nulidad no afectará:

a) A las resoluciones sobre violación de la patente que hubieran adquirido fuerza de cosa juzgada y hubieran sido ejecutadas con anterioridad a la declaración de nulidad.

b) A los contratos concluidos antes de la declaración de nulidad, en la medida en que hubieran sido ejecutados con anterioridad a la misma. Esto no obstante, por razones de equidad y en la medida que lo justifiquen las circunstancias, será posible reclamar la restitución de sumas pagadas en virtud del contrato.

3. Una vez firme, la declaración de nulidad de la patente tendrá fuerza de cosa juzgada frente a todos.»

Por su parte el artículo 117 dispone en sus tres primeros apartados:

«1. La patente cuya caducidad se hubiere producido por la falta de pago de una anualidad podrá ser rehabilitada cuando el titular justifique la falta de pago fue debida a una causa de fuerza mayor.

2. La alegación sobre la fuerza mayor sólo podrá presentarse dentro de los seis meses siguientes a la publicación de la caducidad en el «Boletín Oficial de la Propiedad Industrial» y deberá ser publicada en dicho Boletín para que en el plazo de un mes cualquier interesado pueda formular observaciones sobre la misma.

3. La rehabilitación será acordada, en su caso, por el Registro Industrial, sin perjuicio de los derechos de terceros derivados de la situación de caducidad. El reconocimiento y alcance de tales derechos corresponderá a los Tribunales ordinarios.»

El título XIII, bajo la rúbrica «Jurisdicción y Normas Procesales», arts. 123 a 142, desarrolla lo prevenido en la Disposición adicional 8.ª de la L.O.P.J. 6/1985 de 1 de julio —*vid.*, sobre este concreto punto, LOZANO-HIGUERO, *La disposición derogatoria de la Ley 34/1984 de Reforma Urgente de la L.E.C.*, en «Justicia 85», III, esp. págs. 586 y ss.— particularmente suprimiendo el anterior proceso de única instancia, en esta materia, con escisión en dos fases, ante el Juzgado de 1.ª Instancia y ante la Audiencia Territorial.

El capítulo I trata de las «Disposiciones generales», el II de las «Diligencias de comprobación de hechos», el III de las «Medidas cautelares», el IV de la «Conciliación en materia de invenciones laborales» que establece una conciliación preceptiva —arts. 140 y 142-2— ante el Registro de la Propiedad Industrial, que no sólo supone un paso atrás respecto a la Nov. 84, que reformó el art. 460 Lec., en materia de preceptividad de este acto de conciliación, sino que, por lo mismo, reputamos inconstitucional —por atentar contra el libre acceso del art. 24 C.E.— dicha obligatoriedad.

En resumen, la nueva ley, en lo que a lo procesal concierne, tiene muchos de los defectos de las disposiciones extravagantes, y aunque contiene mejoras respecto al D.L. 26-7-1929, F.R. 30-4-1930 y 2-16-9-1931, que deroga en la oportuna disposición de tal carácter, incurre en graves imperfecciones de técnica procesal, cuando no en recusables inconstitucionalidades, por no descender al defectuoso castellano, en cuanto al estilo y la ortodoxia gramatical a que nos tiene acostumbrados últimamente el legislador.

- 3) REAL DECRETO 607/1986, DE 21 DE MARZO (B.O.E. DE 1 DE ABRIL DE 1986 —CORRECCIÓN DE ERRORES EN B.O.E. DE 17 DE ABRIL— DE DESARROLLO DE LA DIRECTIVA DEL CONSEJO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS DE 22 DE MARZO DE 1977, ENCAMINADA A FACILITAR EL EJERCICIO EFECTIVO DE LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE LOS ABOGADOS.

En sus nueve artículos, una disposición adicional y una final, esta norma atiende a la regulación de la prestación ocasional de servicios de los abogados nacionales de los Estados miembros de las Comunidades Europeas, con la condición de abogados visitantes.

- 6) ACUERDO DE 2 DE ABRIL DE 1986, DEL PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, POR EL QUE SE MODIFICA EL HORARIO DEL REGISTRO GENERAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FIJADO POR ACUERDO DE 14 DE JULIO DE 1980.

Consta de dos artículos que, a continuación, reproducimos.

Artículo 1.º — «El Registro General del Tribunal Constitucional estará abierto todos los días hábiles desde las nueve treinta hasta las trece treinta horas, en la sede del mismo, calle Doménico Scarlatti, núm. 6, de esta villa.»

Artículo 2.º — «El presente acuerdo entrará en vigor a partir del día siguiente al de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado".»

- 7) ACUERDO DE 22 DE ABRIL DE 1986 (B.O.E. DE 5 DE MAYO, CORRECCIÓN DE ERRORES EN 7 DE JUNIO) DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL.

Se integra por 168 artículos, 1 disposición final y 1 derogatoria, estructurados en seis títulos, y éstos, a su vez, en capítulos.

El Título Primero se intitula «De la composición del Consejo General del Poder Judicial y del Estado Jurídico de sus miembros». El Título Segundo, «De los órganos del Consejo General del Poder Judicial y del régimen de sus reuniones». El Título Tercero, «De los Organos Técnicos al Servicio del Consejo General del Poder Judicial». El Título Cuarto, «Del Servicio de Inspección». El Título Quinto, «Del personal al servicio del Consejo General del Poder Judicial». El Título Sexto, «Actuaciones y funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial», comprendiendo, en su Capítulo I, las «Normas Ge-

nerales», en su Capítulo II, la «Tramitación de los recursos administrativos», en el Capítulo III, «De la revisión de oficio de los actos del Consejo».

- 8) ACUERDO DE 2 DE ABRIL DE 1986 (B.O.E. DE 14 DE ABRIL), DEL PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, POR EL QUE SE MODIFICAN DETERMINADOS PRECEPTOS DEL REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y PERSONAL, APROBADO POR ACUERDO DE 15 DE ENERO DE 1981.

Consta de dos artículos. En el primero se modifican los arts. 2, d); 5, c); 36, 40, 43 y 44 del Reglamento citado afectantes al Cuerpo de Letrados del Tribunal Constitucional.

- 9) REAL DECRETO 716/1986, DE 7 DE MARZO (B.O.E. DE 16 DE ABRIL), POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO GENERAL DE RECAUDACIÓN DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Tiene esta norma 193 artículos, 6 disposiciones adicionales, 4 transitorias y 3 finales.

Es interesante, a efectos procesales, el Capítulo II, del Título I, que regula el «Embargo de bienes». En su sección 1.ª, «Disposiciones generales», trata de las Actuaciones previas al embargo de bienes, Limitaciones en el embargo de ciertos bienes, Orden de prelación a observar en el embargo de bienes, Práctica de los embargos. En la sección 2.ª, «Embargo de bienes muebles», se ocupa de Formalidades a observar en el embargo de bienes muebles, Particularidades en el embargo de bienes muebles, Nombramiento de depositario y perito, Funciones del depositario, Depósito de frutos agrícolas pendientes, Responsabilidad y derechos del depositario, Auxilio de las autoridades. En la sección 3.ª, «Embargo de bienes muebles». El Capítulo II se titula de la «Enajenación de bienes embargados».

El Capítulo IV, de las «Costas del procedimiento» El Capítulo V de «Especialidades del Procedimiento de apremio». El Capítulo VI de «Adjudicación de bienes inmuebles a la Tesorería General de la Seguridad Social». El Capítulo VIII, de las «Tercerías» —arts. 172 a 177—, estableciendo, con dudosa constitucionalidad, en el art. 172, que «Corresponde a la Tesorería General de la Seguridad Social la resolución de las tercerías que se susciten en el procedimiento de apremio y su interposición ante dicho Servicio Común será requisito previo para que puedan ejercitarse ante los Tribunales de la Jurisdicción Ordinaria», pues ese requisito previo puede entrar en colisión con el art. 24 C.E.

- 10) INSTRUMENTO DE RATIFICACIÓN DEL TRATADO DE EXTRADICIÓN ENTRE EL GOBIERNO DEL REINO DE ESPAÑA Y EL GOBIERNO DEL REINO UNIDO DE GRAN BRETAÑA E IRLANDA DEL NORTE; HECHO EN LONDRES EL 22 DE JULIO DE 1985 (B.O.E. DE 29 DE ABRIL DE 1986).

Consta de 22 artículos.

- 11) LEY ORGÁNICA 3/1986 DE 14 DE ABRIL (B.O.E. DE 29 DE ABRIL) DE MEDIDAS SPECIALES EN MATERIA DE SALUD PÚBLICA.

Comprende 113 artículos, 10 disposiciones adicionales, 5 transitorias, 2 derogatorias y 15 finales, además de un preámbulo con cuatro apartados.

Artículo 1-2. — «Son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional.»

Artículo 1-4. — «Para el ejercicio de los derechos que esta ley establece están legitimados, tanto en la vida administrativa como jurisdiccional, las personas a que se refiere el apartado 2 de este artículo.»

- 12) LEY 15/1986, DE 25 DE ABRIL (B.O.E. DE 30 DE ABRIL), DE SOCIEDADE ANÓNIMAS LABORALS.

Comprende 21 artículos, 1 disposición transitoria y 4 finales. Para los efectos procesales reflejamos el artículo 9, referente al procedimiento para resolver discrepancias en caso de transmisión de las acciones de dichas sociedades.

Artículo 9. — «El precio de adquisición, en caso de discrepancia, será el 75 por 100 del valor real, según la apreciación de un perito nombrado de común acuerdo por las partes o, en defecto del mismo, por el Juez.

Para la designación judicial del perito se seguirá el procedimiento establecido en los artículos 2.175, párrafo segundo, y 2.176 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El perito habrá de oír a las partes y emitir su dictamen en los plazos que el Juez señale en el acto de la designación. Contra el dictamen pericial dirimente sólo cabrá recurso de nulidad ante la Sala Primera del Tribunal Supremo por los

motivos señalados en el artículo 1.733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El Juez adoptará las providencias necesarias para que se lleve a efecto la transmisión de las acciones en el precio señalado por el perito, del modo que la ley procesal establece para la ejecución de sentencias.»

- 13) LEY 19/1986, DE 14 DE MARZO (B.O.E. DE 20 DE MAYO) DE REFORMA DE LOS PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA.

Abarca un preámbulo, 13 artículos, 1 disposición transitoria, 2 adicionales y 1 final.

El preámbulo nos ilustra adecuadamente de la finalidad y alcance de la reforma, que afecta al art. 131 de la Ley Hipotecaria —reglas 3.ª, 7.ª, 8.ª, 12.ª, 13.ª, 14.ª, 15.ª y 17.ª—, así como el art. 84 de la Ley Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión de 16 de diciembre de 1954 —reglas 5.ª, 7.ª, 8.ª y 10.ª—, señalando: «La Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, introdujo determinadas modificaciones en la regulación procedimental de la vía de apremio. Tales modificaciones pretendían, específicamente, como señala el preámbulo de la norma citada, poner "coto a la actividad negocial desenvuelta en torno a quienes se ven en el trance de perder su patrimonio" y genéricamente cumplir los más amplios objetivos que la Ley 34/1984 se había propuesto desarrollar en el ordenamiento procesal civil.

Esta Ley pretende llevar al ámbito de los procesos especiales de ejecución que se suscitan en el ámbito hipotecario las innovaciones de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, ha introducido ya en vía de apremio. La posibilidad de posturas por escrito en las subastas trata de facilitar la concurrencia a las mismas, lo que redundará en beneficio tanto del ejecutante como del ejecutado. La elevación de la cantidad a consignar por los postores y la posible reserva de posturas en previsión del incumplimiento del rematante son medidas que tratan de salir al paso de la subasta en quiebra. Por último, se prevé que las subastas que hayan de celebrarse en un mismo procedimiento se convoquen y anuncien simultáneamente, lo que facilitará el trabajo del órgano jurisdiccional y se traducirá además, en una reducción del coste inevitable de su publicidad.»

RECENSIONES

***El nuevo jurado español*, por Ramón SORIANO, Barcelona, 1985, 157 páginas.**

El autor es filósofo del Derecho; por ello, afirma, su interés por el jurado no es de orden técnico y científico-jurídico, sino que él encuentra el reflejo institucional, la traducción jurídico-positiva, de una concepción democrática de la interpretación y aplicación del Derecho.

En realidad —como manifestamos hace algunos años, al comentar la obra de Juan Antonio ALEJANDRE—, el tema del jurado adquiere una importancia cada vez mayor, destacando en el mismo, al lado de aspectos puramente técnicos, consideraciones de tipo filosófico-político.

El trabajo comentado se divide en dos partes básicas. En la primera se aborda el estudio de la fundamentación de esta institución. Son objeto de estudio los diversos argumentos esgrimidos tanto por los partidarios del jurado, para los que éste representa el órgano idóneo de la justicia penal, como por sus detractores, para quienes constituye todo lo contrario; así, se exponen argumentos de carácter histórico, filosófico-político, jurídico, sociológico, psicológico y económico.

A nuestro juicio, esta parte, claramente delimitada, es el núcleo principal. Su exposición, aunque susceptible de mayor desarrollo, colabora eficazmente a fortalecer la postura del autor, favorable, desde el principio de la obra, a esta forma de participación popular en la administración de Justicia.

La segunda parte está dedicada al desarrollo del mandato contenido en el artículo 125 de la Constitución. Dentro de la conocida polémica jurado puro-jurado de escabinos, planteada entre quienes abogan por una reinstauración del jurado tradicional, en su acepción clásica —en la actualidad, vigente principalmente en los países de influencia sajona—, y quienes, por el contrario, somos partidarios de la moderna concepción del jurado, esto es, el escabinado o escabinato —en creciente auge en los países de nuestra órbita cultural y geográfica—, el Prof. SORIANO se pronuncia decididamente por la segunda modalidad. En su favor trae a colación la experiencia de ciertos ordenamientos de Derecho comparado, la postura de un determinado sector de la doctrina procesalista y la interpretación amplia y flexible del propio precepto de la Constitución española de 1978.

El posible desarrollo legislativo del mandato constitucional no es examinado en este trabajo. Dicha labor corresponde más bien a un procesalista.

El autor se ha limitado a aportar su grano de arena en pro de la participación popular en la administración de Justicia, decantándose dentro del jurado concretamente por la derivación práctica del escabinado. A este fin tiende su trabajo, un trabajo en el que se analiza —en nuestra opinión positivamente— desde la perspectiva de la filosofía del Derecho, una institución hasta ahora tratada, así con exclusividad por los cultivadores del Derecho procesal.

José MARTIN OSTOS

REVISTA DE DERECHO

La ordenación en el proceso civil e incidencias de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por Jesús SEOANE CACHARRÓN, Madrid, 1986, 220 páginas.

El trabajo, con algunas modificaciones y la adición de un nuevo capítulo, motivado por la nueva LOPJ, contiene la tesis doctoral del autor. Este, Secretario judicial, ya se había acercado en anteriores ocasiones al estudio de este miembro integrante del órgano jurisdiccional; pero, es en esta obra en la que realiza su mayor esfuerzo investigador.

Su preocupación tiende, fundamentalmente, a justificar la necesidad y oportunidad de la ampliación de las funciones del Secretario judicial en la ordenación del proceso civil, de modo que —como afirma en la introducción— «su intervención constituya una garantía de control y equilibrio para todos los ciudadanos que acuden a nuestros Juzgados y Tribunales».

El Dr. SEOANE CACHARRÓN muestra, a lo largo de su exposición, una patente inquietud por el futuro de su profesión, unida a un cierto sinsabor por el presente de la misma. En las Segundas Jornadas Nacionales sobre la Fe pública judicial (Alicante, abril, 1986), en que tuvimos oportunidad de reflexionar más sobre esta temática, destacamos la loable preocupación de los autores provenientes del Secretariado por la debida adecuación entre la preparación técnica que poseen y la función a desarrollar en la práctica. Fruto de la misma es el libro que comentamos, dividido en siete capítulos, con aportaciones de Derecho histórico y comparado.

En línea con los más ardorosos defensores del Secretario judicial (entre los que es obligada la cita de HERCE QUEMADA), el autor se pronuncia por la consideración de este profesional como miembro integrante del órgano jurisdiccional, en flexible interpretación del artículo 117.3 de la Constitución española de 1978.

El siguiente capítulo versa sobre los actos procesales que corresponden al Secretario, con una clara posición a favor de ampliar las funciones de dicho profesional a toda la ordenación del proceso. Precisamente, la tercera parte se dedica a delimitar el contenido de estos actos de ordenación. A los mismos se refiere, igualmente, el capítulo cuarto; en éste se contemplan los requisitos subjetivos, objetivos y de actividad de dichos actos. Actos de ordenación que, como se expone a continuación, tras la aprobación de la nueva LOPJ, deberán corresponder en atribución exclusiva al Secretario, como ya habían defendido con anterioridad VÁZQUEZ SOTELO y PEDRAZ PENALVA, entre otros. El sexto capítulo trata sobre los recursos contra los actos de ordenación del Secretario.

A nuestro juicio, la última parte de la obra goza de una singular importancia en cuanto estudia la configuración de los actos de ordenación en la

nueva Ley orgánica del Poder Judicial de julio de 1985. Con vista al futuro, principalmente desde una perspectiva práctica, es necesaria una mayor profundización en tales aspectos. Aun reconociendo la novedad de este cuerpo legal y su aparición posterior al trabajo investigador del Dr. SEOANE CACHARRÓN, resulta innegable que se debería haber insistido más en este capítulo del libro, cara a la publicación. De seguro que sus extensos conocimientos prácticos serán de inestimable ayuda para alumbrar a quienes se acercan a esta novísima materia de nuestro ordenamiento procesal. La rica problemática que plantean las diligencias de ordenación, su revisión de oficio o a instancia de parte, etc., junto a las propuestas de resolución, la pertinente conformidad del juzgador, su utilización en el proceso penal y tantos otros aspectos que sugiere la defectuosa redacción de los correspondientes preceptos del citado texto orgánico, reclaman imperiosamente la atención de los estudiosos del Derecho procesal, especialmente de quienes se acercan al mismo desde el digno Secretariado judicial.

José MARTIN OSTOS

JORNADAS SOBRE EL JURADO

Facultad de Derecho de Cáceres

— Abril de 1986 —

I. — En la Facultad de Derecho de Cáceres, durante los días 21, 28 y 29 del mes de abril pasado, se han celebrado unas Jornadas sobre el Jurado, en las que numerosos especialistas en el tema han debatido sobre esta vieja institución y las adaptaciones que puede precisar para ser útil a la sociedad española de hoy. Ese fue, al menos, el propósito de la *comisión organizadora*, integrada por los catedráticos de Derecho Procesal, doctores Vicente Gimeno Sendra, de Alicante, Víctor Moreno Catena, de Santiago de Compostela, José Martín Ostos y Manuel Ortells Ramos, ambos de Extremadura, actuando como Secretario Arturo Alvarez Alarcón, Profesor Colaborador de Derecho Procesal de la Facultad anfitriona. Para lograr este proyecto se pudo contar con la *colaboración* del Consejo General del Poder Judicial, de la Junta y de la Asamblea de Extremadura, de la Universidad de la misma región, a través del Vicerrector de Extensión Universitaria, de la Facultad de Derecho y del Instituto de Ciencias de la Educación, y, finalmente, de la Diputación Provincial y Ayuntamiento cacereños. Lamentablemente, el Ministerio de Justicia no aportó la colaboración solicitada.

II. — El *acto de apertura* tuvo lugar en la tarde del día 21 y, como el resto de las sesiones de las Jornadas, en el Aula Magna «Gregorio López», de la Facultad de Derecho. Se inició con una breve intervención del Profesor Martín Ostos, Catedrático de Derecho Procesal de la mencionada Facultad, a modo de presentación del Programa y de los intervinientes, en la que puso de relieve cómo las Jornadas que se inauguraban eran, hasta ese momento y en esta clase de actividades, lo más importante que se había hecho en España sobre el Jurado.

Las palabras de apertura fueron pronunciadas por el Excmo. Sr. D. Antonio Vázquez López, Presidente de la Asamblea de Extremadura, que introdujo a los asistentes al tema objeto de las Jornadas. Tras señalar que la instauración del Jurado en España es necesaria porque así lo manda la Constitución, destacó lo que, a su juicio, iban a ser los principales puntos de conflictos, en torno a los cuales girarían las discusiones de los intervinientes en cada una de las mesas redondas. En cuanto a la viabilidad del jurado en nuestro país, hizo una reflexión de gran interés: el fracaso del jurado en España, en su opinión, se ha debido siempre, o a una mala regulación del mismo, o al mal momento por el que la sociedad española atravesaba cuando se instauró, o a ambas causas, por lo que en modo alguno se debe ligar el fracaso del jurado español con la idiosincrasia celtibérica. Concluyó señalando que las Jornadas que se inauguraban en este acto, podían ser de gran ayuda para el legislador, porque las mismas supondrían la mayor reunión de procesalistas, miembros del Poder Judicial y otros especialistas en el jurado, como nunca antes se había convocado, y porque la fórmula adoptada de mesas redondas permitiría que todos los asistentes pudieran intervenir, de modo que vaticinaba que cada mesa se iba a convertir en punto de encuentro de opiniones distintas, a veces enfrentadas, permitiendo recibir, además, la opinión del público al que, en definitiva, se dirigirá el jurado.

III. — Seguidamente se constituyó la primera de las mesas redondas, que versó sobre el tema «El jurado y la Constitución española de 1978». Las intervenciones que en la misma tuvieron lugar, fueron moderadas por el Prof. Dr. D. Jaime Pérez-Llantana y Gutiérrez, Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado y Decano de la Facultad de Derecho de Cáceres, y corrieron de cuenta de los profesores doctores Ramón Soriano Díaz, Profesor Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Sevilla; Rafael Gibert y Sánchez de la Vega, Catedrático de Historia del Derecho de la Universidad Complutense de Madrid; Juan Carlos Carbonell Mateu, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Extremadura, y José Martín Ostos, Catedrático de Derecho Procesal de esta misma Universidad. Este último intervino en lugar del Excmo. Sr. D. Juan José Martínez Zato, Consejero del C.G.P.J., que excusó su asistencia por un imprevisto de última hora, relacionado con cuestiones de su cargo, con la consecuente modificación que ello supuso para el Programa de este día.

La primera intervención correspondió al Prof. Soriano Díaz, que comenzó refiriéndose y definiendo los dos tipos de jurado, el de escabinos y el anglosajón, histórico o puro, pues de todas estas maneras es llamado, que pugnan hoy por encontrar su reconocimiento posi-

tivo. El resto de los diez minutos que el moderador le concedió, como a todos los demás intervinientes en estas Jornadas, los dedicó a manifestar su preferencia por el jurado de escabinos, y las razones que a ello le movían. Así acudió a argumentos de Derecho comparado y doctrinales, en cuanto que la mayoría de los autores defienden este modelo; también sostuvo que el art. 125 C.E. no excluye al escabinato, y que éste combate los defectos del jurado puro, conservando los beneficios que éste aporta.

La crítica al jurado anglosajón la construyó a partir del fracaso de las leyes del jurado, de la oposición con que cuenta en la mayoría de la doctrina española y extranjera, de la imposible separación entre el hecho y el derecho, de la falta de interés y abstencionismo de los jurados, de la carestía de la justicia penal, y de la incompetencia, lenidad y enjuiciamiento emocional de sus posibles miembros.

El Prof. Gibert y Sánchez de la Vega, segundo en el turno de intervenciones, dijo que su misión en la mesa redonda era la de aportar datos históricos acerca del jurado, no atreviéndose, en modo alguno, a inclinarse a favor o en contra del jurado, ni a favor de uno u otro modelo del mismo. En ese sentido, aconsejó que se acudiera a las discusiones constitucionales del siglo XIX sobre el instituto, las cuales le recuerdan mucho las que hoy tienen lugar, «porque somos los mismos: oyendo al Prof. Soriano y a otros me doy cuenta de que es una especie de repetición, pues, tras cien años, los españoles, con unas pequeñas variantes de lenguaje, seguimos discutiendo la misma cuestión».

La falta de tiempo impidió a este profesor abordar la historia del jurado español durante el siglo presente, pero, en cambio, ofreció una rica panorámica del jurado decimonónico, la cual construyó sobre los momentos cruciales de la vida política de entonces, llegando a la conclusión de que los liberales defendieron al jurado porque éste estaba presente en los textos constitucionales, del mismo modo que los absolutistas lo rechazaban por formar parte de una Constitución, pero no por ser contrarios al instituto, en sí mismo considerado.

Ilustró su discurso con referencias doctrinales de la época, fundamentalmente citó a Richard Philips, inglés, entusiasta defensor del jurado, a D. Alvaro Gil Sanz, que se opuso al gobernante por defenderlo, y a D. Balbino Maestre, que recogió las experiencias que obtuvo cuando presidió unos juicios de jurados en Toledo, por las cuales abandonó sus ideas antijuradistas, quedando convencido de los beneficios que reporta la institución.

Durante su exposición, el Prof. Carbonell Mateu puso sobre la mesa una serie de dudas y cuestiones sobre el tema objeto de las Jornadas, con el propósito de que en el ulterior coloquio fuesen

abordadas. Entre ellas la cuestión de si el art. 125 CE instaura un derecho público subjetivo o un derecho-deber; la pregunta acerca de en qué medida la participación popular en la Administración de Justicia es consustancial a la democracia; y la observación de hasta qué punto tras la defensa del jurado de escabinos, no se esconde, realmente, la opinión antijuradista, que prefiera al escabinato en cuanto suponga un jurado atenuado o jurado «descafeinado».

Respecto a qué materia debe quedar sometida al juicio por jurados, le pareció que sería excesivamente caro y poco útil incluir las faltas en ella. Por el contrario estimó que sería muy beneficiosa la intervención del jurado en todos aquellos tipos penales que contuvieran una vulneración social, porque en el sistema actual del juez técnico es la valoración de éste la que es considerada, y no la de la sociedad. Así ocurre, dijo, cuando es necesario determinar qué son buenas costumbres, hechos de grave escándalo o trascendencia, o, cuál es la moral sexual dominante, como en el caso del art. 431 CP. En relación con los delitos políticos, consideró conveniente la intervención del jurado en estos casos, para no desnaturalizarlos. En cuanto a los de terrorismo, dijo que no cabe duda de que el jurado debe conocer de los mismos, desde una perspectiva teórica, pero reconoció que ello reportaría innumerables y graves problemas prácticos, comenzando por la propia seguridad física de los miembros del jurado y las coacciones a que serían sometidos. Con esta nueva duda, que dejó planteada, finalizó su intervención.

El Prof. Martín Ostos comenzó su exposición excusando al Excmo. Sr. Martínez Zato, y lamentando doblemente su ausencia, porque, de un lado, su presencia siempre resulta enriquecedora y, de otro, porque hubiera encarnado una opinión contrapuesta, que proporcionaría una mayor frescura y vivacidad a las intervenciones y al ulterior coloquio.

Desde su punto de vista, el art. 125 C.E. ha cerrado una discusión, la que enfrentaba juradistas y antijuradistas, erigiendo como triunfadora a los primeros, mientras que por otro lado ha abierto una nueva, relativa, esta vez, al modelo de jurado, enfrentando a los partidarios del modelo anglosajón y a los que lo son del modelo continental. En esta polémica nueva, al menos lo es en nuestro país, manifestó tomar partido por el jurado de escabinos.

A su juicio, el empleo del término «jurado» en la Constitución, se hace en el sentido de participación popular en la administración de justicia, sin que ello deba entenderse como preferencia del constituyente por un modelo de jurado, ni por rechazo al escabinato, como algunos han pretendido, entre otras razones porque, apuntó, en el momento de la elaboración del texto constitucional no era

apenas conocida en nuestro país, salvo por algún especialista, la existencia del jurado de escabinos, de manera que difícilmente se podía rechazar lo que no era conocido.

De otro lado dijo que pensaba que el modelo de jurado que el legislador llegaría a adoptar, sería el de escabinos, si se consideraban la enmienda 1.080 presentada al Congreso de los Diputados y la actual situación de nuestro país. En la citada enmienda, formulada por el grupo socialista, posteriormente reproducida en el Senado, se preveía la intervención de unos «asesores», cuya configuración, en cierta medida, guarda gran similitud con el escabino, lo que induce a pensar que el escabinato está presente, o al menos lo estaba, en la mente socialista. Si a ello se añade que los redactores, de la citada enmienda son hoy la mayoría en las Cortes, detentando a la vez el Poder Legislativo y el Ejecutivo, parece coherente, para algunos, imaginar que la Ley del Jurado español seguirá la fórmula del jurado de escabinos.

III. — La segunda mesa redonda se celebró en la tarde del día 28 de abril y versó sobre «El Estatuto jurídico de los jurados». El moderador fue el Ilmo. Sr. D. Valentín Pérez y Fernández-Viña, Presidente de la Audiencia Provincial de Cáceres, y los intervinientes los Profs. Dres. Manuel Serra Domínguez, Juan Montero Aroca y Ernesto Pedraz Penalva, todos ellos Catedráticos de Derecho Procesal, de las Universidades de Barcelona, Valencia y Valladolid, respectivamente, y el Excmo. Sr. D. José Augusto de Vega Ruiz, Consejero del C.G.P.J. En esta mesa se esperaba la presencia de D. Joaquín García Morillo, como Asesor del Ministerio de Justicia, que, en el último momento, no pudo asistir, excusándose por ello, pero, de otro lado, se pudo contar con el citado Dr. Pedraz, que lo hizo en lugar de aquél, con la consiguiente alteración del Programa.

La primera intervención fue la de De Vega Ruiz, que la inició pidiendo que no se radicalicen las posiciones entre los partidarios del jurado puro y los del escabinato, porque la consecuente discusión puede hacer olvidar temas tan importantes como el del Estatuto de los Jurados, objeto de la mesa de ese día. Dicho Estatuto lo definió como conjunto de normas jurídicas que configuran los derechos y obligaciones del jurado, sus requisitos, capacidad e incompatibilidades y las excusas para serlo. Seguidamente presentó un esquema de lo que entendía que debía ser el citado Estatuto. En él incluyó el derecho esencial de recusar los jurados, distinguiendo unas causas de recusación intrínsecas y otras, extrínsecas; entre los requisitos del jurado situó la nacionalidad, vecindad, mayoría de edad e instrucción básica; incapacitados serían los impedidos, física o intelectualmente, para el desempeño del cargo, los que tuvieran anteceden-

tes penales, los incapacitados, los sujetos a interdicción civil, los incurso en procesos concursales o de quiebra, y los pobres de solemnidad; la incompatibilidad la extendió a los altos cargos de la nación, miembros de los cuerpos de policía, los que ejercieran o hubieran ejercido profesiones jurídicas, y otros motivos de incompatibilidad específica con la causa de que se trate, destinadas a evitar prejuicios o intereses, provenientes de vínculos con la causa misma o con alguno de los que en ella intervengan, por el concepto de fuera (jurados, magistrados, abogados, etc.). Concluyó haciendo relación de los motivos de excusas, el último de los cuales expresa el criterio que De Vega consideró al elaborar la lista: «cualquier otra imposibilidad grave y manifestada, siempre que no hubiese sido provocada para eludir su obligación».

Los primeros momentos de su intervención los dedicó, el Profesor Pedraz Penalva, a defender su posición acerca del modelo de jurado, porque, dijo, toda opinión que sobre el mismo se haga, exige que previamente se indique a qué tipo de jurado se está refiriendo, lo cual constituye el punto de partida de cualquier cosa que sobre él se pretenda decir. Prefiriendo el jurado de escabinos, criticó al histórico por estar obsoleto, por estar desfasado históricamente, por su abandono en el Derecho comparado, etc. Recogió la mayoría de las críticas que son hechas por la doctrina, pero insistiendo, especialmente, en que el jurado de corte anglosajón puede ser inconstitucional, en cuanto que la Constitución española exige la motivación de la sentencia, mientras que el veredicto no la precisa, con lo que se podría repetir aquí, idénticamente, el conflicto que se suscitó en Italia, y que concluyó con la afirmación de que la Constitución sólo permite el modelo mixto de jurado y no el puro.

Dicho esto, se refirió al Estatuto del Jurado, aunque, por la premura del tiempo que, escasamente, concedía el moderador, se limitó a los puntos que consideró esenciales, completando las intervenciones precedente. Así dijo que para regular las incapacidades absolutas debe decidirse primeramente si el jurado consiste en una función pública, en un cargo público electivo o en una subclase de funcionario público, como lo es el Juez; le pareció conveniente que se estableciera un límite máximo de veces para ser jurado, con el fin de evitar la «profesionalización»; concluyó afirmando que no era preciso crear tipos delictivos extraños al C.P., para el caso de conductas dirigidas a lograr no ser incluido en las listas de jurados o a evitar la negativa a serlo, pues todas las conductas relativas al mismo pueden ser encajadas dentro de los delitos de denegación de auxilio (art. 372), de falsedades (arts. 302 y 303), y obligación de guardar el secreto debido (art. 367).

El Prof. Montero Aroca hizo girar su exposición en torno a tres puntos fundamentales. En primer lugar, sobre la independencia de los jurados, pues, a su parecer, el tema del estatuto del jurado es tan trascendental cuanto trascendental se entienda la independencia de los jueces y magistrados, de modo que la regulación de tal estatuto, en definitiva, sirve para garantizar la independencia del Tribunal de jurados, lo que, por otro lado, es exigido en el propio art. 117 CE. En segundo lugar disertó acerca de si la participación popular en la administración de justicia consiste en un deber, una obligación o un derecho. En busca de una solución, acudió a dos normas de derecho positivo: el art. 125 C.E., que confirma que se trata de un derecho, y el art. 83,2 LOPJ, que contiene una clara contradicción entre dos de sus párrafos, disponiendo en uno que se trata de un derecho (83,2,b), y en el otro que es una obligación (83,2,a), de modo que dicha norma no es útil a los efectos interpretativos pretendidos por el interviniente. Explicó que la solución del problema exigía la resolución previa de otro: en calidad de qué tiene lugar la intervención del ciudadano en la administración de justicia. Por analogía con la participación del ciudadano en los demás poderes del Estado (artículo 23 C.E.), debe admitirse que se trata de un derecho. Llegado a este punto, pidió que la negativa a ser jurado no sea calificada de delito, ni castigada con penas ni multas.

Por fin, concluyó instando al legislador a ser prudente, no forzando al ciudadano a participar en una institución que ni siquiera conoce, ni sobrecargando a ésta de competencias desde un principio, de manera que se hiciera inevitable el fracaso del jurado.

Las intervenciones en esta segunda mesa fueron cerradas con la del Profesor de Barcelona, Serra Domínguez, que se declaró partidario del jurado mixto, rechazando el término «escabinato». Recordó que en su origen británico, el jurado constituía un derecho del ciudadano a ser juzgado por sus pares, por la eventual desconfianza que pudiera sentir hacia el juez técnico. En estas circunstancias se entendía que los miembros de la comunidad estaban obligados a ser jurados. Contrariamente, en el modelo continental se otorga a todos los ciudadanos el derecho a ser jurado, en cuanto que se les atribuye el derecho a participar en la administración de justicia. En su opinión, el cargo de jurado no debe ser obligatorio, sobre todo si se tiene en cuenta la importante misión que debe realizar, que no sería tan eficazmente desempeñada si fuera constreñido a ello. Reconoció que esto lleva aparejado el riesgo de que no se puedan constituir los jurados porque nadie quiera serlo; en ese caso debiera llegarse a la conclusión de que, realmente, no se desea al jurado en nuestro país, y, por tanto, debiera ser suprimido.

Consideró que el jurado debía ser planteado en términos de eficacia, para permitir una justicia más justa y que sirva para evitar errores judiciales. Mal momento, dijo, es el actual para el nacimiento del jurado, porque la justicia es lenta y cara, y el jurado, al menos el que se pretende en los borradores a que ha tenido acceso, agravarán tal situación. Manifestó su temor por la vida del jurado, sumándose a las peticiones de prudencia, que se estaban dirigiendo al legislador en las Jornadas en curso. Propuso que se lleven a cabo verdaderos y útiles ensayos o experimentos de jurados, en distintas Audiencias, con distintos modelos, para, al cabo de un tiempo, extraer conclusiones útiles para elaborar el jurado definitivo.

Centrándose en el Estatuto del jurado, se opuso a los que introducen consideraciones de riqueza o solemne pobreza entre los requisitos para serlo, pues entendió que ello sería contrario al art. 14 C.E. Sobre la capacidad relativa para ser jurado, dijo que le parecía discutible que los juristas no puedan serlo, y que sean excluidos, igualmente, los concursados o quebrados, porque éstos pueden estar privados de ciertos derechos civiles, pero no podrán estarlo respecto de sus derechos políticos ni, por tanto, del derecho de ser jurado.

Finalizó advirtiendo que, para ser honestos, debe indicarse el modelo de jurado que se defiende para, desde ahí, determinar el contenido del estatuto, pues éste depende de aquél.

IV.—En la mañana del día 29 tuvo lugar la tercera mesa redonda, que fue moderada por el Excmo. Sr. D. Jesús González Jubete, Presidente de la Audiencia Territorial de Cáceres, que destacó la importancia del tema objeto de la misma, «Competencia y procedimiento de selección del jurado», porque, dijo, de una acertada determinación de la competencia y de una adecuada selección de los jurados dependerá, en gran medida, la vida futura de la institución. Los intervinientes en esta mesa fueron el Excmo. Sr. D. Antonio González-Cuellar García, Consejero del CGPJ; los Profs. Dres. Juan Antonio Alejandro García, Catedrático de Historia del Derecho de la Universidad Complutense de Madrid; José Almagro Nosete, Catedrático de Derecho Procesal de la UNED; Valentín Cortés Domínguez, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Autónoma de Madrid, y José Luis Vázquez Sotelo, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de León, así como D. Francisco Javier Montero Juanes, Fiscal de la Audiencia de Cáceres, que lo fue en lugar del Excmo. Sr. D. Santiago Martín Andrés, Fiscal-Jefe de la misma, que, no obstante estar anunciada su presencia en el programa, lamentablemente, no pudo asistir.

En el escaso tiempo de que dispuso el Profesor Alejandro García, hizo un rápido repaso a la historia española del jurado, con la in-

tención de descubrir algo en ella de utilidad al jurado que se proyecta. A tal fin se refirió a las distintas leyes y proyectos habidos sobre todo el jurado, desde 1820, haciendo especial hincapié en la competencia. De entre ellos destacó al proyecto de Alonso Martínez, en la década de los ochenta, que, no obstante ser su autor un declarado antijuradista, elaboró, por razones políticas, una normativa del jurado con una lista amplísima de competencias. El jurado fracasó. Los informes de los fiscales indican que una de las principales causas del fracaso fue el excesivo número de competencias que se les atribuyeron. Alguno ha pensado que esa pudo ser la oculta intención de Alonso Martínez.

Los motivos políticos, afirmó Alejandro, fueron los que hicieron que el jurado no se suprimiera en la II.^a República, donde fue mantenido, aunque recortando enormemente sus competencias, haciéndose caso así de lo aconsejado por los fiscales.

Al menos esa experiencia cabe retener para los momentos actuales: cautela a la hora de llenar de competencias al jurado, siendo preferible que inicialmente se le atribuyan pocas competencias, que se podrán ampliar en un segundo momento, conforme el funcionamiento del jurado sea positivo.

El Prof. Almagro Nosete tomó como punto de partida de su exposición la afirmación de que los aspectos técnicos vienen dados en función de dos temas rectores: el jurado y la Constitución y el modelo de jurado.

Sobre el primero dijo que la necesidad de jurado en España deriva de que es preciso cumplir un mandato constitucional, y no de que el jurado sea el bálsamo que va a curar los innumerables problemas de la justicia penal de hoy. En cuanto a lo segundo, dijo ser un juradista clásico y, desde este punto de vista, abordó las cuestiones de competencia y selección de los jurados.

Al referirse a la competencia del jurado, sostuvo que ésta debe ser definida atendiendo al tipo de proceso, no a las listas de delitos. Las razones que adujo para ello fueron dos: que así lo manda la Constitución cuando dice que los ciudadanos podrán participar en la Administración de Justicia a través del jurado «con respecto a aquellos procesos penales que la Ley determine» (art. 125 C.E.); y que si se acude al método usual de las listas de delitos se está permitiendo una manipulación política del enjuiciamiento de los delitos, en definitiva, una política criminal.

Sobre la selección de los jurados expresó su parecer contrario a que se trate de una obligación, pero con la matización de que el derecho a ser jurado debe ejercerse en el momento de confeccionarse las listas previas, no después.

González-Cuéllar, conforme con el Prof. Almagro, dijo que el sistema de competencias que se disponga no es indiferente al modelo de jurado que se escoja. Coherentemente con esta afirmación, comenzó manifestando su preferencia por el jurado mixto, así como las razones que a ello le llevaban.

En su opinión, el instituto del jurado es útil, principalmente, en un doble sentido: porque sirve a la democratización de la justicia y a la participación popular en dicha administración. Pero, en línea con lo dicho por varios de los intervinientes en las Jornadas, pidió prudencia y propuso que la instauración del jurado se hiciera en dos fases sucesivas, teniendo la primera una duración de unos cinco años, en la que las competencias del jurado serían limitadas, al cabo de los cuales, a la vista de los resultados obtenidos, dicha competencia se ampliaría.

Mediada su intervención, volvió al citar al Prof. Almagro, esta vez para mostrar su disconformidad con la tesis de éste acerca de que la competencia del jurado se deba determinar a través o por referencia a los procesos penales, sino que el art. 81.d) LOPJ, ya prevé que tal competencia sea atribuida atendiendo a la naturaleza de los delitos y a la cuantía de las penas. Concluyó diciendo que pensaba que lo correcto sería confeccionar una lista de delitos que, por su naturaleza, deberían ser juzgados por el jurado, la cual sería completada con la nota de que si la pena atribuible no era de cierta cuantía (v. gr., prisión menor), dada su poca importancia y el coste del jurado, tales delitos serían excluidos.

Una opinión más en favor del jurado mixto o de escabinos fue la del Fiscal Montero Juanes, que, brevemente, dio sus razones para ello. Inmediatamente abordó el problema de la selección de los miembros del jurado, sobre lo cual dijo que la misma debe llevarse a cabo atendiendo al principio de igualdad del art. 14 C.E., al de obligatoriedad, del art. 125 LOPJ, y al de la participación directa de los ciudadanos en la administración de justicia. Rompió una lanza en favor de la juventud, para la que pidió que los 18 años fuera límite mínimo suficiente para ser jurado, puesto que es edad suficiente para casi todas las cuestiones jurídicas.

Respecto de la composición del jurado, entendió que aquélla debe quedar determinada en base a dos consideraciones fundamentales: 1) que de optarse por el escabinato, el número de legos fuese siempre superior al de los técnicos; 2) que las personas que en él intervengan lo hagan en virtud de sus circunstancias sociales, profesionales, de sexo y edad,

Finalizó tratando la competencia de los jurados, sobre la que dijo que atendiendo a la pena imponible y dado que los jurados se cons-

tituirían en las Audiencias, no deben aquéllos conocer de los delitos para cuya resolución son competentes los Juzgados de Instrucción, y en segundo lugar que, atendiendo a la naturaleza de la infracción debe conocer de los delitos en que el bien jurídico que se protege sean los derechos humanos, intereses y salud públicos y aquellos en que el tipo penal haga referencia a un modelo o pauta social, o a la moral, que son cambiantes, pues su definición le corresponde a la sociedad, la cual es, igualmente, cambiante con el tiempo. Por el contrario, no debe intervenir en delitos de complejidad no asequible a la mayoría de los ciudadanos, como los económicos, ni en aquellos otros como los de terrorismo, en que se da una especial sensibilidad hacia el tema, amén de las amenazas y coacciones a que, presumiblemente, quedarían sujetos.

En su turno, Cortés Domínguez dijo del jurado que constituye un medio de participación popular en la Administración de Justicia que es deseado por todos, habida cuenta de sus ventajas, por lo que debe ser potenciado. Esta es la razón por la que debe buscarse el sistema que permita alcanzar la máxima extensión del jurado. En este sentido se adhirió al grupo de partidarios del jurado puro, por ser el que permite, con menor daño para la Administración de Justicia, la mayor participación popular en los distintos supuestos.

Criticó al jurado de escabinos, porque al tener que decidir no sólo sobre los hechos, sino también sobre el derecho, en un mundo como el actual, cada vez más complicado, habría de reducirse el ámbito de sus actuaciones, porque los legos no podrán entrar a conocer de los aspectos técnicos. En cambio, el jurado puro, al reducir la intervención del lego sólo a los hechos, permite que las actuaciones del jurado sean extensibles sobre un mayor número de delitos.

Cuando se refirió a la selección de los jurados, dijo que si ser jurado es un derecho, habrá de elaborarse todo un complejo sistema de excusas, con un amplio reconocimiento de motivos para ellas. En cambio, si se concibiera como un deber, en cuanto que debe ser soportado por las personas, deben perfilarse bien los requisitos necesarios para serlo, restringiéndose las personas que pueden acceder al jurado. En este sentido afirmó que una persona de 18 años puede ser titular de derechos y deberes, pero no tener capacidad de juzgar.

La intervención del Prof. Vázquez Sotelo, última de la tercera mesa, se inició con una alabanza magnífica de la institución del jurado, diciendo de ella que es una de las fórmulas más perfectas para vencer las limitaciones e insuficiencias del juez: para poder un hombre ser juez de otro, precisa ser algo más que sólo un hombre. Los Tribunales colegiados, como el jurado, constituyen una superación de esa insuficiencia del hombre-juez para enjuiciar a sus semejantes.

Destacó que uno de los problemas más graves del jurado es su insuficiencia en el funcionamiento, según puso de manifiesto la Fiscalía del Tribunal Supremo, a los dos años de la primera instauración del jurado en España. Y eso es algo que debe tener muy presente el legislador cuando redacte la próxima Ley del Jurado.

Finalmente, hizo una defensa del jurado mixto, al que procuró encontrar un hueco en el art. 125 C.E., así como una fundamentación, frente al jurado puro, haciendo suyos los razonamientos que antes, en anteriores intervenciones, se habían hecho en este sentido.

V.— Sobre «El juicio oral y los distintos modelos de jurado» se dedicó la cuarta y última mesa redonda, en la tarde del día 29 de abril, en la que intervinieron los Catedráticos de Derecho Procesal Dres. Vicente Gimeno Sendra, de la Universidad de Alicante; Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi, de la Universidad de Sevilla; Víctor Moreno Catena, de la Universidad de Santiago de Compostela, y Manuel Ortells Ramos, de la Universidad de Extremadura, y el Presidente de la Asociación Pro-Jurado, don Gustavo López-Muñoz y Larraz. Las tareas de moderador correspondieron esta vez al Profesor Martín Ostos.

Le fue concedida la palabra, primeramente, al Prof. Ortells Ramos, que puso de manifiesto la interrelación que existe entre oralidad y jurado, hasta el punto de que Cappelletti ha señalado, dijo, que el gran arraigo de la oralidad en los países anglosajones se debe al tradicional uso del jurado. Tras indicar que los borradores de anteproyecto de Ley del Jurado, por él consultados, hacen remisión, en general, a la LECrim. y tras analizar cuales son las disposiciones del citado texto legal relativas a la oralidad y a la formación de la convicción precisa para dictar sentencia, expuso lo diferente que es la realidad de lo planeado por esas normas, quebrando el principio de oralidad. Ciertamente, añadió, el sumario tiene un valor desmesurado en el juicio, que probablemente es causado por cierta supervivencia del viejo proceso penal, por la sobrecarga de los juzgados y por la exhaustividad con que es confeccionado el sumario.

Acabó su intervención criticando a los mencionados borradores, porque, a su juicio, todos ellos pecan de que no sólo no favorecen la oralidad, sino que la contrarían.

Gimeno Sendra proporcionó la novedad de que en un nuevo borrador de anteproyecto se ha incorporado una regla más, en cuya virtud el jurado no podrá contar con el sumario en el instante de la deliberación, aunque sí podrá reclamar los testimonios del juicio oral. De otro lado, intenta corregir, en dicho borrador, a la LECrim. estableciendo como regla general la lectura de los documentos, por-

que los efectos beneficiosos para la indemnización y la oralidad no se logran sin esa lectura.

Consideró que el oficio de jurado es un derecho-deber, como ya han afirmado Santi Romano y el propio Carnelutti; que hay que prevenir las abstenciones con una concepción generosa de las excusas, con multas y astreintes, y con la instauración del delito de desobediencia; respecto de la edad, tras señalar que en el Derecho comparado la edad mínima es más alta, le parece suficiente la de 18 años, proponiendo que los jurados se extraigan de tres bloques de edades: 18-30, 31-50 y 51-65.

Criticó al jurado clásico o puro, pues en nuestro país había sido calificado de «machista, burgués, galante y propietario», y porque hoy produce problemas de constitucionalidad, los cuales ya han sido puestos de manifiesto. En cambio elogió el jurado mixto, del que se declaró partidario.

En una intervención impulsiva y entusiasta, López-Muñoz y Larraz hizo una defensa del jurado clásico o jurado puro, rechazando la crítica de que en nuestro país fue «machista, burgués..., etc.», diciendo que eso no es criticable, sino prueba de cómo el jurado se sabe adaptar a las condiciones propias de la sociedad en que existe. Lamentó que aún no se haya puesto en vigor este instituto, lo que habría sido sumamente fácil con sólo levantar la suspensión que pesa sobre la Ley del Jurado, desde los años treinta.

Criticó al escabinato como algo incómodo para el Juez y para el ciudadano, pues se les obliga a establecer entre sí una relación muy difícil de prosperar, dado que ambos han estado incomunicados durante numerosos años. Criticó a lo que él llamó jurado blando, o jurado desprovisto de competencias, y que habrá de explicar el veredicto. En todo caso sería aceptable como paso intermedio o primero, para lograr la instauración del verdadero jurado.

Concluyó manifestando su convencimiento de que el jurado no fracasará en España, habida cuenta de la formación cívica que el pueblo de este país ha venido demostrando en los últimos años.

Tras la actuación de López-Muñoz, en favor de jurado puro, se escucharon nuevas argumentaciones en favor del jurado de escabinos. El Prof. Moreno Catena recordó las dificultades que suscita el jurado clásico, en cuanto que hay que diferenciar hecho y derecho, agravadas porque el art. 120,3 C.E. exige la motivación de la sentencia. Abundó en este sentido señalando que el Tribunal Constitucional, en dos recientes sentencias, las números 174 y 175 del pasado año (B.O.E. de 15 de diciembre), ha declarado que el Tribunal debe razonar el *iter* por el que ha llegado a la certeza de la culpabilidad de la persona y a imponer la pena.

En cuanto al significado del jurado en el art. 125 de la Constitución, dijo que el empleo de tal término se hizo para establecer la participación popular, nada más, sin que ello implique una elección del modelo de jurado, porque cuando los constituyentes redactaron este artículo lo único que sabían era que no querían que por participación popular se entendiera tribunal popular, de manera que cuando se habla de jurado se hace en contraposición a tribunal popular, para rechazar a éste.

Su intervención concluyó realzando las virtudes del jurado mixto, entre ellas la de que los ciudadanos acceden mejor a la administración de justicia, decidiendo sobre todas las cuestiones, no sólo sobre los hechos; negó que la influencia de los técnicos sobre los legos sea posible, porque aquéllos no pueden anular la voluntad de éstos, ni éstos van a dejarse influir fácilmente.

Una cuestión de interés es la de si el juicio ordinario por delitos se adapta para que el jurado pueda funcionar. A ello se refirió el Prof. Gutiérrez-Alviz en los primeros momentos de su intervención, diciendo que si se tratase de jurado puro, la separación entre sección de hecho y de derecho haría poco adecuado el juicio ordinario para su tramitación. En cambio, si se tratase del modelo de jurado mixto, el procedimiento podría ser el mismo con algunas leves pinceladas.

Hizo mención de los problemas que se pueden presentar en la fase de deliberación, sobre todo los provenientes de la influencia de los medios de comunicación en el desarrollo del juicio y en esa deliberación, en cuanto que pueden generar predeterminación en la mente del jurado.

También se refirió a la disyuntiva jurado deber o derecho, sobre lo que dijo que le parecía preocupante que se conminara a las personas a ser jurado, no pareciéndole muy adecuado ni siquiera el empleo de las astreintes, propugado por Gimeno.

En opinión de Gutiérrez-Alviz, el jurado sirve para que el ciudadano sea juzgado por sus pares. Junto a ello no hay duda, dijo, de que en el devenir jurídico de cualquier nación, la posibilidad de que cualquier persona sea juzgada por personal técnico cualificado es un progreso jurídico. Con ello no pretendía descalificar el jurado, prosiguió diciendo, sino hacer ver que el centro de gravedad del jurado no está tanto en el derecho de todos a participar en la administración de justicia, cuanto en el derecho del inculpaado a ser juzgado por jueces de carrera o por los ciudadanos normales.

VI.—Agotados los turnos de intervenciones, en cada mesa redonda, quedó abierto un coloquio donde participaron los intervinientes y el público en general, entre los que se incluían numerosos pro-

fesores de Derecho, de toda España que acudieron hasta Cáceres para estar presentes en estas Jornadas, contribuyendo así a que en ellas se vertieran opiniones y se produjeran discusiones que es de desear, sean de utilidad al legislador.

Desgraciadamente, por tratarse de una crónica de urgencia, los coloquios no pueden ser recogidos aquí. Esperamos que la organización de las Jornadas consiga llevar adelante su propósito de promover una publicación que recoja las distintas intervenciones, así como las comunicaciones presentadas.

ARTURO ALVAREZ ALARCÓN

VIII CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO PROCESAL

8th World Conference on Procedural Law
24-28 August 1987 in Utrecht, Holland, on the theme

EFFICIENCY IN THE PURSUIT OF JUSTICE
(Justice & Efficiency)

This conference will be organized under the patronage of the International Association on Procedural Law and the Netherlands Association on Procedural Law in collaboration with the Law Faculty of the Utrecht University.

The subthemes and the respective general reporters are:

1. CAUSES AND ORIGINS OF THE ACTUAL PROBLEMS OF INEFFICIENCY:
 - a) Historical survey: V. Fairén Guillén, Madrid.
 - b) Procedural survey: R. Perrot, Paris.
 - c) Sociological survey: M. Borucka, Krakow.
2. IMPROVEMENT OF CIVIL LITIGATION BY LESSONS DERIVED FROM ARBITRATION:
W. Habscheid, Zurich and P. Schlosser, München.
3. IMPROVEMENT OF CIVIL LITIGATION BY LESSONS DERIVED FROM ADMINISTRATIVE PROCEDURES:
González Pérez, Madrid y Bryant Garth, Michigan.
4. INFORMAL ALTERNATIVES TO OR WITHIN THE ORDINARY LITIGATION (inter alia small claims):
Y. Taniguchi, Kyoto and E. Blankenburg, Amsterdam.

5. SUMMARY PROCEEDINGS:
6. MANAGING OVERLOAD IN APPELLATE COURTS, including supreme jurisdiction:
T. Jolowicz, Cambridge and J. Nemeth, Budapest.
7. IMPROVING THE PROCEDURES FOR THE EXECUTION AND RECOGNITION OF FOREIGN JUDGMENTS AND ARBITRAL AWARDS:
J. Barbosa Moreira, Río de Janeiro and K. Kerameus, Athens for EEC-law.
8. THE USE OF TECHNOLOGY AND INFORMATICS IN COURT ADMINISTRATION:
A. Miller, Harvard.
9. SIMPLIFYING THE TAKING OF EVIDENCE:
V. Denti, Pavia.

All these subjects will be discussed in plenary sessions and most of them in working sessions as well.

The conference languages are: English, French, German, Spanish. There will be simultaneous interpretation at the plenary sessions.

There will also be a programme for accompanying persons.

The conference fee for participants is Dfl 500.— with the understanding that in the event of payment before January 1, 1987, only Dfl 425.— will be due. Student-participants pay Dfl 300.—. The programme for accompanying persons costs Dfl 250.— and Dfl 150.— if they are under 12. The bank account of the Conference Committee is 39.45.08.440 (Rabo-bank Utrecht).

All fees cover lunches, receptions, coffee and tea breaks during 4 days, the closing dinner, as well as the collected general reports for the conference members. Not included in the fees is a post-conference tour on Friday, 28 August.

Those who are interested in this conference are requested to write to:

Conference Committee Stichting Procesrecht
for the attention of Mr. R. Verschuur,
P.O. Box 19152
3501 DD Utrecht (Holland)

They will shortly receive further information from this Committee on behalf of the above institutions.