

JUSTICIA 87

NUMERO IV

Director:

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

Consejo de Redacción:

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

tb

LIBRERIA BOSCH - Ronda Universitat, 11 - BARCELONA

«JUSTICIA 87» se publica trimestralmente.

ADMINISTRACION (suscripciones), Librería Bosch, Ronda Universitat, 11, Barcelona 08008, Tel. (93) 317 53 08.

DIRECCION (originales, libros para recensiones), Prof. Francisco Ramos Méndez, Paseo de Gracia 92, 08008 Barcelona. Tel. (93) 215 77 11. Tx 59398 FRM. Fax (93) 215 96 02.

ÍNDICE

Alicia en el país de las maravillas	773
AUDIENCIA PÚBLICA	
<i>El libre acceso a la administración de justicia</i>	775
<i>El juez-mosquetero</i>	777
DACIONES EN CUENTA	
<i>Responsabilidad del estado y tutela del ciudadano por los daños producidos con ocasión del ejercicio de la jurisdicción</i> por Juan Montero Aroca .	779
<i>La ley de reforma urgente de la L.E.C. y la suspensión del proceso civil por acuerdo de las partes</i> por Manuel Ortells Ramos	839
<i>La revisión penal</i> por Silvia Barona Vilar	849
<i>Algunas cuestiones sobre la congruencia en el proceso administrativo ordinario</i> por José Garbert Llobregat	883
DESPACHO ORDINARIO	
Los Tribunales han dicho	905
Nombramiento de abogado de oficio en proceso en que su intervención no es preceptiva: Pugna entre el derecho a la defensa y las dilaciones indebidas	905
Emplazamiento en que no consta el domicilio del demandado	909
Personación del demandado antes de ser emplazado	911
Interés legítimo a efectos de litisconsorcio necesario	916
Valoración de la confesión en juicio: ¿Error en su apreciación o infracción de las normas que regulan dicho medio de prueba?	918
Documentos que desvirtúan las excepciones de la contraparte	920
¿Hasta qué punto la inobservancia de requisitos formales puede ser motivo de inadmisión del recurso de casación?	922
La falta de firma de letrado no puede ser motivo suficiente para desestimar un recurso si de las actuaciones se desprende la efectiva interposición de dicho profesional	923
Recurso de casación inadmitido por entender el TS que debería haberse formalizado conforme a la ley anterior a la reforma procesal: ¿Es causa de indefensión?	924

© 1987, Librería Bosch
Ronda Universitat, 11 - 08007 Barcelona

Depósito legal: B. 19.117-87

Printed in Spain/Impreso en España por
Tesy, S.A. · Comte Borrell, 97 - 08015 Barcelona

Procedimiento de cuantía indeterminada. ¿Puede el tribunal determinar la cuantía libremente para admitir o inadmitir un recurso?	927
El tribunal supremo entra a conocer, en casación, sobre la cuantía de una indemnización por daños morales	929
Recurso de casación por infracción del artículo 10 de la Constitución En apelación, la sala de la AT revocó la sentencia apelada pese a la incompetencia del letrado —y la consecuente falta de motivación del recurso. ¿Puede considerarse que se vulnera el principio contradictorio al privarse a la otra parte de la posibilidad de rebatir argumentos en que se basa tal apelación?	934
Pretación periódica: ¿Condena de futuro?	936
¿Cabe fijar la pensión indemnizatoria por el sistema de porcentajes?	938
Condena de asegurador: Requisitos para no infringir el principio «Audiatur et altera pars»	939
Apreciación «ex novo» de circunstancias agravantes y atenuantes	945
Cuestiones incidentales en la ejecución laboral	949
COMISIONES ROGATORIAS	
<i>Las relaciones entre la organización judicial y el proceso penal</i> por Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi	953
PARA MEJOR PROVEER	
<i>El depósito para el recurso de casación laboral por la abogacía del Estado</i> por Pedro Luis Serrera Contreras	977
EXEQUATUR DE TÍTULOS PUBLICADOS	
<i>Revista de revistas y obras colectivas (1.985-I)</i> por José Martín Ostos y Arturo Álvarez Alarcón	985
TÉRMINOS PERENTORIOS	
<i>Río de Janeiro</i>	1007
<i>Bolonia</i>	1009
APUNTAMIENTOS	
<i>VIII Congreso Mundial de Derecho Procesal</i> por J. J. Gómez Colomer.	1013

Alicia en el país de las maravillas

Aquí pasa algo raro. Me parece que existe un completo divorcio entre la verdad oficial y la realidad palpable, en lo que a la administración de justicia se refiere. Según las instancias oficiales, aquí no pasa nada grave, no es para tanto, no hay que ser catastrofistas, ni exagerar. Si nos guiamos por el iceberg de las quejas cotidianas que asoman, ya no sólo a los periódicos especializados, sino a los de román paladino en el cual suele el pueblo hablar con el vecino, la dejación difícilmente podría ir más allá. ¿No podría conseguirse una versión depurada de la situación?

En la apertura del año judicial el Fiscal General del Estado se planía de que el progresivo deterioro de la justicia pudiera significar «una quiebra del estado de derecho». ¡Uf, me temo que la novedad llega al ciudadano con muchos años de retraso! Por lo menos, los lectores de esta Revista ya tuvieron ocasión de enterarse en una de nuestras primeras editoriales. Pero, aparte del lamento, lo que de verdad preocupa es que las anunciadas medidas oficiales no acaben de traducirse en algo operativo, en algo que pudiera servir de indicio para decir que hemos cambiado de signo. ¿Se tratará sólo de propaganda para disimular un mal producto, o tendremos todos la valentía y la suficiente madurez para llamar a las cosas por su nombre? La seducción de los cuentos infantiles, con su verdad irreal, planea peligrosamente sobre nuestras cabezas. ¿Hasta cuándo seguiremos viviendo en el país de las maravillas? En materia de justicia va siendo hora de vivir como adultos.

Francisco Ramos

EL LIBRE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

En la llamada «Sartén de Andalucía», a principios del caluroso mes de julio, se ha producido un nuevo escaló —y van cuatro, que se sepa, en los últimos tiempos— por la fachada principal del edificio que alberga el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, al de Distrito y al Registro Civil, amén de las correspondientes viviendas de sus titulares.

Conociendo tan magnífica construcción astigitana, se comprende perfectamente este sorprendente modo de girar visita turística a la antaño conocida como Casa de las Tomasas. El bello enrejado que cubre las ventanas de la planta baja facilita en gran manera el acceso a los balcones del piso superior.

El visitante (o visitantes, aunque el cronista local nos habla de «individuo sin identificar») tuvo plena libertad de movimientos para recorrer embelesado la artística escalera principal, las amplias habitaciones y el no menos impresionante patio cubierto con montera, admirando con detenimiento el artesonado, el portaje, las paredes e, incluso, el suelo. Se trata de una joya de nuestro siglo, levantada a imitación de otras épocas, que, gracias a la insistente y pertinaz labor de un ya fallecido Juez Municipal de la localidad, adquirió hace años el Ministerio de Justicia por tres cuartos.

Suponemos que el insólito visitante no reparó en los autos amontonados en las distintas dependencias, ni, por supuesto, se percató de la existencia de alguna que otra letra de cambio sobre la mesa de los funcionarios. Sería temerario pensar que hubiera hecho un uso indebido de los diferentes sellos y tampones que con facilidad se ofrecían a su alcance. Peor aún sospechar que las causas penales tuvieran para él el menor interés.

Tales tentaciones profanas, en pleno centro de esta urbe milenaria, romperían el encanto del plácido deambular por dicha mansión, por cierto, en la actualidad, sin las mínimas medidas de vigilancia y seguridad que demanda un edificio de este tipo.

JOSÉ MARTÍN OSTOS

EL JUEZ-MOSQUETERO

JOSÉ ALMAGRO NOSETE

Mosquetero significa soldado armado de mosquete, antigua arma de fuego —mayor que el fusil— que se disparaba apoyándola sobre una horquilla. Pero los mosqueteros han pasado a la Historia —sobre todo a la historia de nuestros recuerdos infantiles— no por el uso del mosquete, sino por el empleo de la espada. Porque la idea de mosquetero se vincula inexorablemente a los personajes de la trilogía de Dumas *Los tres mosqueteros*, *Veinte años después* y *El Vizconde de Bragelone*. ¡Cuántas acuciantes e imperiosas horas de lectura juvenil como feliz sustituto retrospectivo de tanta modorra televisiva!... Valientes esgrimidores, impenitentes espadachines, que libran, una y otra vez, a la bella y... apasionada reina de las malvadas intrigas y aviesas intenciones del cardenal, que sublima su afán de poder con la política.

Los mosqueteros representan, en suma, un ideal de justicia. Justicia romántica, justicia en defensa de los débiles. Sus vistosos y multicolores atuendos, sus chambergos, orlados de hermosas plumas, siempre dispuestos a rozar el suelo en caballeroso gesto de saludo, o arquitrabe de artística composición dibujado por la cortesía. Buena imagen la del mosquetero para un juez, defensor de los derechos humanos y de los otros...

La noticia está ahí. En los periódicos. Se ha abierto expediente disciplinario contra un juez acusado de realizar funciones judiciales disfrazado de mosquetero, durante los pasados carnavales canarios. La cuestión disciplinaria, según la propia información, está en el aire. El juez insiste en que su disfraz de mosquetero lo utilizó fuera de la jornada laboral. Y fuentes judiciales, cuyo origen no se cita, entienden que el problema no es tan importante. Incluso la denuncia puede obedecer, nada más y nada menos, que a un deseo, según se insinúa, de venganza, pues, al parecer, el tal juez es de los calificados como «incómodos». Dice el

juez: «Me quieren quitar de en medio mediante una operación de desgaste por varias vías.» El informe policial asegura, no obstante, que el juez celebró un juicio el día 17 de marzo de 1987 «ataviado con una capa roja, calzón corto, medias blancas y sombrero con una pluma, simulando un mosquetero».

A mí todo esto me parece un monumental error y un mal planteamiento. Quiero creer, si al final del expediente llegara a establecerse la verdad de los hechos y resultara conforme a lo denunciado por la policía que el juez, efectivamente, celebró un juicio vestido de mosquetero, quiero creer, digo, que el juez no se disfrazó. Aseguraría una y cien veces que el juez no adoptó ningún disfraz. El juez simplemente se vistió con la indumentaria que mejor se avenía a la situación. ¡Jueces del mundo, uníos! ¡Hay que defender la Justicia!

Todavía resuenan los ecos ciertos de las palabras responsables del Fiscal General del Estado: «El progresivo deterioro de la Justicia podría llegar a significar una quiebra del Estado de Derecho y una crisis de las mismas libertades.» ¡Señores, por favor, entiendan lo que dice! Esto es muy serio, esto es gravísimo.

¿A quién puede extrañar que un juez joven —sangre caliente, presto el ánimo, erguido el ademán— diga «sanseacabó, de aquí no paso»?

Y me pregunto: ¿Qué mejor manera de expresar un nuevo afán de justicia, de fundamentar una justicia justiciera que vestirse de mosquetero? Abandonar la vieja toga, cobertura hipócrita de algo que no funciona, de algo que algunos proclaman «cachondeo», y adoptar el hábito renovador y vivificante del espadachín dispuesto a luchar contra todos los elementos para vencer el mal e imponer el bien.

¡Jueces, magistrados, he aquí la buena nueva: hay que vestirse de mosqueteros! ¡Abogados, procuradores: hay que convocar una masiva manifestación de los hombres de la justicia! ¡Que las campanas toquen a rebato! Vistámonos todos de mosqueteros.

Bien merece la bella Justicia ardientes mosqueteros que la defiendan.

DACIONES DE CUENTA

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y TUTELA DEL CIUDADANO POR LOS DAÑOS PRODUCIDOS CON OCASIÓN DEL EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN

(Relación sobre el tema en España)*

JUAN MONTERO AROCA
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Valencia

SUMARIO:

1. La responsabilidad patrimonial del Estado, en general: A) Etapa de irresponsabilidad; B) La asunción plena de responsabilidad objetiva. — 2. (Sigue). La extensión de esta responsabilidad al Estado-Juez: A) Antes de la Constitución de 1978; B) Desde la Constitución de 1978 hasta la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985: a) Resoluciones desestimatorias; b) Resoluciones estimatorias. — 3. La responsabilidad patrimonial judicial antes de la Constitución de 1978: A) Supuestos de responsabilidad subsidiaria: a) Derivada del delito; b) Derivada de negligencia o ignorancia inexcusables; B) Supuesto de responsabilidad directa. — 4. El artículo 121 de la Constitución y su incidencia práctica. — 5. El primer desarrollo: el artículo 56.5 del Estatuto de los Trabajadores de 1980. — 6. El desarrollo general: los artículos 292 a 297 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985. Sus ámbitos subjetivo, objetivo y temporal: A) Requisitos subjetivos; B) Requisitos objetivos; C) Requisitos temporales. — 7. Los supuestos de imputación. La distinción entre error judicial y funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. — 8. El error judicial: A) Se produce en una resolución; B) Puede ser de hecho y de derecho. — 9. La declaración judicial del supuesto específico de la prisión provisional o preventiva: A) Prisión provisional seguida de absolución en el juicio; B) Prisión provisional seguida de condena a pena inferior; C) Prisión provisional seguida de sobreseimiento libre; D) Prisión provisional seguida de sobreseimiento provisional; E) Prisión preventiva con auto pena inferior; C) Prisión provisional seguida de sobreseimiento libre; D) Prisión

* Ponencia española al «Incontro di studio sul tema *Giurisdizione e responsabilità nei paesi della CEE e negli Stati Uniti d'America*», celebrado los días 24 a 26 de junio en Roma.

preventiva sin auto de procesamiento decretándose luego la libertad sin cargo alguno. — 12. La existencia de un daño. — 13. La relación de causalidad. — 14. El procedimiento para exigir la responsabilidad: A) Vía administrativa; B) Vía judicial. — 15. Última y decepcionante visión práctica. — Nota bibliográfica.

1. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO, EN GENERAL

La responsabilidad patrimonial del Estado-Juez no es, a la postre, más que un aspecto de la responsabilidad del Estado y, por lo tanto, para tratar de aquélla es preciso determinar el marco general de ésta. Ello, lógicamente y dada la finalidad de este trabajo —en buena medida reducido a dar a conocer la situación española—, no va a hacerse atendiendo a lo que podríamos denominar conceptos básicos. Prescindiendo así de lo que es el fundamento de la responsabilidad de los poderes públicos, nos limitaremos a la evolución histórica y al contenido esencial de la regulación actual.

A) Etapa de irresponsabilidad

En España, como en todos los países de nuestro entorno cultural, se partía en el siglo XIX de la irresponsabilidad del Estado, como consecuencia del viejo principio *the King can do not wrong*. Algunos atisbos de indemnización pueden encontrarse en casos muy concretos derivados de norma legal expresa; sería éste el caso, por ejemplo, del artículo de la Ley de Policía de Ferrocarriles de 1877 (para los daños causados por el ferrocarril a particulares) o del artículo 132 de la Instrucción de Sanidad de 1904 (destrucción de objetos en epidemias). Con todo, el principio general era el de la irresponsabilidad.

En este sentido es muy reveladora la interpretación dada a una norma de pretensiones generales como es el Código Civil de 1889 (todavía vigente). En éste, el artículo 1902 regula la responsabilidad civil extracontractual, declarando que está obligado a reparar «el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia», y el artículo 1903 añade que la obligación anterior es exigible «no sólo por los actos y omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder. Este último artículo precisa el caso del Estado en estos términos: «El Estado es responsable en este concepto cuando obra por mediación de un agente especial; pero no cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada, en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior.» Pues bien, la jurisprudencia partía de reconocer aquí dos supuestos posibles:

1.º El Estado sólo respondía cuando actuaba por medio de «agente

especial», lo que de hecho no ocurría nunca, pues el medio lógico y natural era el de actuar por medio de funcionarios.

2.º Cuando actuaba por medio de funcionarios eran éstos los responsables y para exigirles responsabilidad civil se dictaron la Ley de 5 de abril y el reglamento de 23 de septiembre, los dos de 1904, sobre responsabilidad civil de los funcionarios del orden gubernativo o administrativo, normas en las que se acumularon tales requisitos que de hecho se hacía imposible su exigencia. Baste tener en cuenta que el requisito principal era el de exigir por escrito y previamente la observancia de la norma cuyo incumplimiento originaba la producción de daños y perjuicios.

El paso siguiente fue el de la Constitución republicana de 1931. En el artículo 41 de ésta se establecía la responsabilidad *subsidiaria* del Estado por la infracción de los deberes de los funcionarios con perjuicio de tercero. Se trató entonces de una mera declaración de principio que no llegó a desarrollarse.

Sí tuvo plasmación un cambio claro de orientación sobre la responsabilidad en la legislación sobre entidades locales. En el art. 209 de la Ley Municipal de 31 de octubre de 1935 se dispuso que «las entidades municipales responderán civilmente de los perjuicios y daños que al derecho de los particulares irrogue la actuación de sus órganos de gobierno o la de sus funcionarios en la esfera de sus atribuciones respectivas, directa o subsidiariamente, según los casos». En ese camino insistió la Ley de Régimen Local de 16 de diciembre de 1950, que distinguía entre:

1. Responsabilidad directa: Cuando los daños se producen con ocasión de los servicios públicos o del ejercicio de las atribuciones de la entidad local, sin culpa o negligencia graves imputables a autoridades, funcionarios o agentes.

2. Responsabilidad subsidiaria: Cuando los daños se causen por culpa o negligencia graves imputables personalmente a sus autoridades, funcionarios o agentes en el ejercicio del cargo.

Como tantas veces ocurre, el Estado impuso a los municipios y provincias lo que negaba para su propia Administración. Con todo, el cambio general estaba ya a punto de producirse.

B) La asunción plena de responsabilidad objetiva

Aunque sea sorprendente desde el punto de vista político, la declaración general de responsabilidad patrimonial objetiva del Estado se va a producir en 1954, con el complemento de 1957.

En el primer año, el 16 de diciembre, se promulga la Ley de Expropiación Forzosa y en su artículo 121 se establecía: «Dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que

los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo.» De esta fórmula parecen excluirse únicamente los daños corporal y moral, pero éstos, a su vez, quedaron inmediatamente incluidos en el artículo 133 del reglamento de la Ley anterior, de 26 de abril de 1957, por cuanto se refería a «toda lesión que los particulares sufran en sus bienes y derechos siempre que sean susceptibles de ser evaluados económicamente».

Resulta así que por la vía de la expropiación forzosa se produjo una verdadera revolución en el campo de la responsabilidad patrimonial de todas las Administraciones Públicas. El paso posterior, el de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957, fue ya sólo de ajuste y de declaración con mayor énfasis. En esta última Ley cabe distinguir dos situaciones:

a) Responsabilidad patrimonial objetiva del Estado: En el artículo 40 se parte del principio de la responsabilidad objetiva: «Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa.»

b) Responsabilidad de las autoridades y funcionarios: Cabe hablar aquí de dos subposibilidades:

1.ª Acción de los particulares: Según el artículo 43: «Los particulares podrán también exigir a las autoridades y funcionarios civiles, cualquiera que sea su clase y categoría, el resarcimiento de los daños y perjuicios que a sus bienes y derechos hayan irrogado por culpa o negligencia graves en el ejercicio de sus cargos.»

2.ª Acción de regreso: Según el artículo 42.1: «Sin perjuicio de que el Estado indemnice a los terceros lesionados, en los casos a que se refiere el capítulo anterior (el que recoge el art. 40), podrá la Administración exigir de sus autoridades, funcionarios o agentes la responsabilidad en que hubieren incurrido por culpa o negligencia graves, previa la instrucción del expediente oportuno con audiencia del interesado.»

Es evidente que el particular lesionado no acudirá directamente a demandar a la autoridad o funcionario civil, sino que tiene una vía más cómoda en la responsabilidad patrimonial directa de la Administración, pero como posibilidades hay que establecer el cuadro completo.

Lo que importa destacar ahora es que desde 1954 y, sobre todo des-

de 1957, se parte de que el Estado (en realidad todas las Administraciones Públicas) responde de toda lesión que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, cuando la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y siempre que el daño sea efectivo, económicamente evaluable y esté individualizado. Se insiste en que ha desaparecido toda idea de culpa y en que no es precisa una actividad antijurídica; basta la existencia del daño, la relación de causalidad entre la actividad de la Administración y el daño y la inexistencia de fuerza mayor, para que surja la obligación de indemnizar, aparte, naturalmente, de la no existencia de una concreta disposición legal que obligue a soportar el daño sin indemnización.

Por este camino la Constitución de 1978 no ha añadido nada nuevo, salvo el distinto rango de la norma. Se dispone ahora:

1.º Que los poderes públicos están sujetos a responsabilidad (artículo 9.3 de la CE).

2.º Que «los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos» (art. 106.2 de la CE).

3.º Que el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas es competencia exclusiva del Estado (art. 149.1, 18ª de la CE).

Como destacan García de Enterría y T. R. Fernández, nuestro sistema se caracteriza por estas dos notas:

a) Es responsabilidad directa: No se trata simplemente de cobertura subsidiaria de los daños causados por los actos ilícitos de los funcionarios de los entes públicos.

b) Es una responsabilidad puramente objetiva: Se prescinde totalmente de la idea de ilicitud o culpa.

2. (sigue) LA EXTENSIÓN DE ESTA RESPONSABILIDAD AL ESTADO-JUEZ

Establecido el cuadro general de la responsabilidad patrimonial del Estado, veamos ahora la extensión de esa responsabilidad en lo que se refiere a los autores del daño y, en concreto, a si es extensible al Estado-Juez. Aunque las soluciones no son distintas conviene distinguir, para mayor claridad, entre antes y después de la Constitución de 1978.

A) Antes de la Constitución de 1978

La opinión mayoritaria venía sustentando que el artículo 40 de la LRJAD no era aplicable al Estado-Juez, a los casos de ejercicio de la

potestad jurisdiccional. Más aún, que el artículo 40 dicho se refería a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en sentido estricto, con exclusión del Estado-Legislator y del Estado-Juez.

El argumento fundamental atendía a que la responsabilidad de los jueces tenía regulación propia y distinta que se encontraba, primero, en los artículos 245 a 266 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, después en los artículos 903 a 918 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la responsabilidad de este tipo y, por último, en los artículos 757 a 778 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con la disposición especial del artículo 960, II, para el caso de la revisión penal.

A pesar de lo anterior, el Tribunal Supremo, la Dirección General de lo Contencioso del Estado y el Ministerio de Justicia venían distinguiendo dos situaciones:

a) Daños derivados del ejercicio de la potestad jurisdiccional en sentido estricto: No quedaban incluidos en el artículo 40 de la LRJAD por lo antes dicho; existían normas propias y a ellas había de estarse (vid. después núm. 3).

b) Daños derivados de la actuación del personal auxiliar no dotado de jurisdicción: Vamos a referirnos a los casos prácticos planteados, que es la mejor manera de comprender la distinción.

1.º Tribunal Supremo.

Existen dos sentencias directamente relacionadas con el tema, la de 10 de mayo de 1972 (RA 2441) y la de 15 de diciembre de 1976 (RA 6014). En la primera se parte de un evidente error al estimar que no existió responsabilidad del Estado por cuanto los funcionarios actuaron con la debida diligencia, con lo que une la responsabilidad a la culpa, que es algo contrario a la propia base del artículo 40 tantas veces citado, pero en la segunda se recoge la distinción que aquí interesa.

El supuesto de hecho era el siguiente: Con ocasión de un juicio de desahucio por falta de pago, el demandado procedió a consignar en el Juzgado determinada cantidad de dinero, de la que se apropió el secretario del mismo, el cual falleció, con lo que se extinguió la responsabilidad penal correspondiente. El Ministerio de Justicia admitió la responsabilidad de la Administración en parte y la Sala 4.ª del Tribunal Supremo declaró que «los recurrentes habían sufrido lesión patrimonial por la pérdida de las cantidades consignadas a su favor como propietarios de las fincas, como consecuencia del funcionamiento anormal de un servicio público en que se concreta la apropiación de aquéllas por el secretario del Juzgado encargado de su custodia, y que de ese perjuicio debía responder la Administración al tratarse de actividades de un funcionario auxiliar de la función jurisdiccional y no de esta misma e insertarse aquél en el servicio público que la Administración organiza como actividad auxiliar para la jurisdicción y de cuyo

funcionamiento debe en consecuencia responder si resulta lesión patrimonial para los particulares».

2.º Dirección General de lo Contencioso del Estado.

En el dictamen emitido por la Dirección, en diciembre de 1976, se contempla el supuesto del ciudadano que fue detenido e ingresado en prisión, el día 5 de mayo de 1975, como consecuencia de dos procesos penales por estafa y falsedad, descubriéndose el día 23 del mismo mes y año que se había sufrido un error en la persona, por cuanto concurría identidad de nombre y de segundo apellido y similitud del primer apellido con la persona realmente buscada en dichos procesos. Partiendo de esta prisión sin causa alguna, el perjudicado solicitó indemnización por el daño sufrido y el Ministerio de Justicia pidió el dictamen de la Dirección General de lo Contencioso del Estado.

La Dirección parte de la distinción que aquí venimos recogiendo: «Debe abordarse el tema esencial de si el error padecido es imputable al servicio público de la Administración de Justicia y, como tal, encajable en el artículo 40 de la LRJAE o, por el contrario, por haberse producido por órgano de la Justicia, que no constituye Administración, no incide en el presupuesto de hecho del citado artículo 40, dependiendo la respuesta a la cuestión planteada de que se considere que el error ha sido cometido por jueces y magistrados en el ejercicio de la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado —Justicia— o como consecuencia de actividades que, siendo necesarias para tal función, no son de la misma naturaleza —Administración—, sino que constituyen actuaciones auxiliares que, en algún aspecto, son idénticas o análogas a otros sectores de la actividad del Estado.»

Partiendo de esta premisa en el dictamen se llega a la conclusión de que «parece fuera de toda duda que el error consistente en la confusión e identificación de Don... no ha sido consecuencia de la actividad judicial en sentido estricto de los Juzgados de Instrucción, sino que, por el contrario, tal error debe ser estimado consecuencia de la actividad administrativa desarrollada en dichos juzgados, con la importante consecuencia de la posible aplicación del artículo 40 LRJAE».

La conclusión anterior se basa en que la responsabilidad objetiva de la Administración ha de constituir la regla general y sólo pueden excluirse de ella los casos en que los órganos del Estado actuantes ejercen, inequívocamente, la función legislativa o la judicial. Y entra después el dictamen por un camino pseudohumanista, pero no estrictamente jurídico, por cuando llega a afirmar que aunque se tratara de un error cometido por los jueces y magistrados en ejercicio de su función judicial, habría de llegarse a la conclusión del deber de indemnizar, pues si no se haría algo contrario a derecho y a la finalidad de la LRJAE. Lo sencillo aquí hubiera sido admitir que el error lo cometió la policía judicial y que fue descubierto por los jueces.

3.º Ministerio de Justicia.

Sin necesidad de que el perjudicado acudiera a los tribunales, el Ministerio reconoció, en la resolución de 3 de abril de 1974, la existencia de responsabilidad patrimonial en un caso muy similar al anterior. Existiendo mandamiento judicial de busca y captura contra una persona, la Guardia Civil por error detuvo al hermano y en situación de prisión provisional permaneció durante cuarenta y un días, hasta que el Juzgado, percatado del error, ordenó la libertad.

En este caso el fundamento de la resolución del Ministerio es muy pobre, tanto que sólo se cita el artículo 40 en el informe del interventor delegado, pero las consecuencias prácticas fueron las mismas.

B) Desde la Constitución de 1978 hasta la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985

La Constitución de 1978 si, por un lado, sienta en su artículo 106.2 el principio general de la responsabilidad objetiva de las Administraciones Públicas, por otro, y en el artículo 121, establece la indemnización a cargo del Estado en los casos de error judicial y funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. A este último artículo, y a su desarrollo en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985, tendremos que referirnos por extenso después. Lo que ahora importa es matizar si la promulgación de la Constitución por sí sola supuso cambios en la orientación práctica que hemos explicado.

Hay que precisar de entrada que la doctrina ha venido insistiendo en sus planteamientos anteriores y como máximo cabe hablar de la «cuestión problemática» de la extensión del artículo 40 otra vez citado de la LRJAE al Estado-Juez. Lo que sí se ha admitido generalmente es que, incluso después del artículo 121 de la CE, dado que la Administración del Estado es el soporte estructural básico del Estado mismo en el plano interno y, por lo tanto el único centro de imputación posible dentro de éste de las relaciones jurídicas que puedan surgir de la actuación de los demás órganos estatales, se tiende a referir a aquella las consecuencias lesivas que puedan resultar de dicha actuación, y ello con el fin de garantizar la plenitud de la cobertura patrimonial del ciudadano.

Ahora bien, lo anterior supone simplemente el órgano de imputación, en su caso, pero no la normativa reguladora. Respecto de las actuaciones jurisdiccionales de jueces y magistrados se sigue haciendo alusión a que éste es un supuesto especial de responsabilidad, sujeto a las normas especiales de la LOPJ de 1870, de la LEC de 1881 y de la LECRIM de 1882, de modo tal que cuando el artículo 121 CE dice «conforme a las leyes», se está remitiendo a las leyes dichas y no al artículo 40 de la LRJAE.

Desde la entrada en vigor de la Constitución hasta la LOPJ de 1985 se han formulado bastantes peticiones de responsabilidad patrimonial judicial. La mayoría de ellas han sido desestimadas por el Ministerio de Justicia y sus resoluciones no han sido impugnadas ante los tribunales de lo contencioso-administrativo. Vamos a referirnos a algunas de las resoluciones marcando las grandes líneas y distinguiendo entre:

a) Resoluciones desestimatorias

1.º El supuesto de la prisión provisional

La mayor parte de las reclamaciones y, lógicamente, de las resoluciones desestimatorias del Ministerio se refieren al supuesto de la prisión provisional seguida de sentencia absolutoria o, en otros casos, de sentencia condenatoria que impone una pena inferior al tiempo de duración de la prisión provisional. En todos estos supuestos no se da lugar a la indemnización, con argumentación similar cuando no idéntica.

La primera resolución, la de 27 de abril de 1979, marca la tónica de todas las que vinieron después. En ella se parte del caso paradigmático de la persona procesada y en prisión provisional que es absuelta en el juicio oral y que pide indemnización por el daño sufrido. La línea de argumentación del Ministerio se basa en las siguientes afirmaciones:

— El artículo 40 de la LRJAE y el artículo 106.2 de la CE contemplan exclusivamente la actividad de la Administración Pública entendida en sentido estricto, sin extenderse a la reparación de los daños producidos por los órganos judiciales en el ejercicio de su exclusiva y excluyente función jurisdiccional.

— Para la responsabilidad judicial existen normas propias y específicas en la LOPJ, en la LEC y en la LECRIM, las cuales excluyen la aplicación del régimen general, sin perjuicio de la posible responsabilidad subsidiaria del Estado.

— Lo anterior se refuerza en la Constitución de 1978, que distingue entre el artículo 106.2, para el funcionamiento normal y anormal de los servicios públicos, y el artículo 121, para el error judicial y funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, norma esta última que habrá de ser desarrollada.

— Se recuerda, por último, la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1976.

Por este cauce van a seguir todas las resoluciones posteriores, pero es conveniente marcar alguna especialidad:

1. Tímidamente en la resolución antes citada se afirma que el artículo 121 CE no puede ser objeto de aplicación directa, precisándose de la correspondiente Ley de desarrollo, y ello se reitera en muchas otras resoluciones.

2. En la resolución de 26 de junio de 1980 se establece, además, que las reclamaciones de indemnización por error judicial deben ir precedidas de resolución que reconozca el error.

3. En la de 20 de junio de 1982 se afirma que el sistema de separación de poderes y la independencia del Poder Judicial suponen que el error judicial sólo puede ser declarado en cada caso concreto por el órgano competente del mismo Poder Judicial, y ante la falta de desarrollo legislativo del artículo 121 CE habrá de estarse a la legislación ordinaria vigente sobre la responsabilidad de jueces y magistrados, sin que los órganos administrativos entren a hacer declaraciones de error judicial.

4. La de 31 de octubre de 1983 matiza todavía más: el que un proceso penal acabe por sentencia absolutoria no significa necesariamente que la prisión provisional haya sido una medida errónea, pues si había apariencia delictiva suficiente para acordarla como medida cautelar, pueden no existir elementos probatorios suficientes para una sentencia de condena.

Todas las matizaciones anteriores, a partir de la correspondiente resolución citada, se repiten una y otra vez en las posteriores, las cuales no son sino un puro acarreo de motivaciones.

Algunas de las resoluciones citadas fueron impugnadas ante los tribunales de lo contencioso-administrativo y así cabe referirse a la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1986, que se limita a decir, sin entrar en el fondo del asunto, que puesto que en esa fecha ya se había dictado la LOPJ de 1985 puede la parte acudir a la aplicación de ésta, iniciando de nuevo la tramitación, y la de la Audiencia Nacional de 30 de enero de 1985 según la cual las resoluciones dictadas en la instrucción de un proceso penal no son «actos administrativos judiciales», siendo inaplicable el artículo 40 de la LRJAE y precisándose una declaración previa judicial que declare la existencia del error.

2.º El error judicial no penal

Todas las veces que, antes de 1985, se ha pedido la declaración de error judicial no penal, el Ministerio en sus resoluciones ha insistido en que él no era competente para hacer tal declaración, la cual corresponde a los órganos judiciales como paso previo para poder entrar en la estimación de la petición de indemnización. Así sucede, por ejemplo, en las resoluciones de 30 de junio de 1982 y se reitera en las de 28 de abril de 1983 y sólo algunas más.

También aquí cabe marcar algunas especialidades relativas a puntos de interés:

1. En la de 30 de abril de 1984 se llega a afirmar que el error judicial ha de referirse a hechos, sin que quepa extenderlo al derecho.

2. En la de 14 de mayo de 1984 se declara, frente a vacilaciones anteriores, que el artículo 121 CE es por sí mismo un precepto normativo y como tal directamente aplicable; para dar eficacia al mismo, al no haber sido desarrollado, habrá de estarse a los preceptos en ese momento vigentes.

3.º El retraso en el funcionamiento de la Justicia

También en materia de retraso, esto es, de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, el Ministerio ha insistido en que es necesaria resolución previa en que tal situación se declare. Al principio no decía quién debía efectuar esa declaración, hablando simplemente de «órgano competente del Poder Judicial» (como en la resolución de 22 de marzo de 1983) y dejando claro que no podía ser el propio Ministerio. En la última dictada, la de 24 de mayo de 1985, ya se atreve a ir más lejos: la declaración de cuándo ha existido funcionamiento anormal corresponde en exclusiva al Consejo General del Poder Judicial, siendo competente el Ministerio sólo para dar cumplimiento a la resolución de este órgano y, sobre todo, para determinar la cuantía de la indemnización.

Conviene advertir que las resoluciones atienden mayoritariamente supuestos derivados de la prisión provisional. Se han examinado de este período (1979-1985) un total de 37 resoluciones del Ministerio (todas las proporcionadas) y de ellas sólo 15 se refieren a aspectos no penales.

b) Resoluciones estimatorias

Estas resoluciones concediendo indemnización han sido sólo 5. De dos de ellas no disponemos más que de la escueta resolución en que se concede la indemnización, sin referencia a los hechos en que se basaba. Las otras tres se refieren a hechos ya conocidos.

1.º La de 16 de marzo de 1984 se refiere al hecho ya antes dado del secretario que se apropia de una cantidad de dinero consignada en el tribunal. La de 26 de noviembre del mismo año se refiere a idéntico supuesto, pero ahora cometiendo el delito un auxiliar mecanógrafo; en el primer caso el secretario había muerto y en el segundo el auxiliar había desaparecido. En los dos se aplica el artículo 40 de la LRJAE dado que «el supuesto que se contempla ha de encuadrarse dentro de la actividad administrativa de los órganos de la Jurisdicción, pues es

clara la distinción en los Juzgados y Tribunales entre una actividad jurisdiccional, exclusiva de los jueces y magistrados, y una actividad administrativa, que puede estar a cargo también de ellos, pero, sobre todo, del resto de los funcionarios del respectivo Juzgado o Tribunal». En estos supuestos, aunque el hecho se haya producido en la órbita de la Administración de Justicia, no resulta implicada valoración alguna respecto a la actividad de los órganos jurisdiccionales.

2.º El último supuesto, el de la resolución de 18 de diciembre de 1984, se refería a los gastos originados por el depósito judicial de un vehículo en un garaje particular; el vehículo era extranjero y había estado implicado en un accidente de circulación. El Ministerio asumió la responsabilidad porque el depósito no se realizó como medida cautelar en el proceso penal, sino como simple medida administrativa tendente a evitar que se le causaran mayores daños.

Para dar la información completa diremos que las indemnizaciones pagadas fueron de 110.636, 5.000.000, 630.462, 82.000 y 173.368 pesetas, respectivamente (téngase en cuenta que una peseta equivale, aproximadamente, a diez liras).

3. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL JUDICIAL ANTES DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978

De lo dicho hasta ahora se desprende que a la hora de establecer los derechos del ciudadano frente a los daños causados por la actividad estatal se partía de dos situaciones distintas. El supuesto general era, como hemos visto, el del artículo 40 de la LRJAE, con sus antecedentes en la Ley y el Reglamento de Expropiación Forzosa, que era aplicable a la Administración y que comprendía los daños derivados de la actuación del personal auxiliar de los tribunales que no estaban revestidos de potestad jurisdiccional; en último caso podía extenderse, como máximo, a la actuación de jueces y magistrados cuando éstos no actuaban jurisdiccionalmente.

La jurisprudencia y la doctrina eran concordes en estimar que, tratándose de jueces y magistrados actuando jurisdiccionalmente, había de estarse a las normas específicas reguladoras de la responsabilidad de éstos, que se encontraban en la LOPJ de 1870, en la LEC de 1881 y en la LECRIM de 1882 (las dos últimas todavía vigentes).

No voy a tratar ahora de la responsabilidad de los jueces y magistrados, porque no es éste el objeto de esta ponencia. Voy a atender sólo a los casos en que el Estado podía ser responsable patrimonialmente frente a los ciudadanos, partiendo del carácter personal de la responsabilidad judicial.

A) Supuestos de responsabilidad subsidiaria

Nuestras leyes contemplaban la responsabilidad personal de los jueces y magistrados y sólo cabía buscar una responsabilidad del Estado por vía subsidiaria.

a) Derivada del delito

Tratándose de jueces y magistrados en el ejercicio de sus funciones, los delitos cometidos en ellas originan responsabilidad judicial penal en sentido estricto y las normas de competencia y de procedimiento se encontraban en los artículos 245 a 259 de la LOPJ de 1870 y en los artículos 757 a 778 de la LECRIM. Realizado el proceso penal correspondiente, el juez o magistrado, si era condenado, había de hacer frente también a la responsabilidad civil derivada del delito (dicho en términos legales) por cuanto el artículo 19 del Código Penal hace a toda persona responsable de un delito o falta también responsable civil.

En el mismo Código Penal, pero ahora en el artículo 22, se establece la responsabilidad civil subsidiaria de las entidades y organismos por los delitos y faltas cometidos por los empleados o dependientes «en el desempeño de sus obligaciones o servicio». Ello daba pie para afirmar que el Estado había de responder subsidiariamente en caso de insolvencia del juez o magistrado condenado.

Por García de Enterría y T. R. Fernández se ha sostenido que esa responsabilidad civil del Estado podría ser directa, habida cuenta de que el artículo 22 del CP debía entenderse modificado por lo dispuesto en el artículo 40 de la LRJAE. En su apoyo citaban un dictamen del Consejo de Estado de 11 de abril de 1962.

En todo caso la discusión no pasó de ser bizantina porque, de hecho, ello exigía la condena penal previa del juez o magistrado, normalmente con el requisito del antejuicio, lo que no llegó a producirse.

b) Derivada de negligencia o ignorancia inexcusables

El artículo 260 de la LOPJ de 1870 y el artículo 903 de la LEC hacían surgir la responsabilidad civil de jueces y magistrados de la infracción de las leyes por ignorancia o negligencia inexcusables originadoras de daños y perjuicios estimables. Esta responsabilidad era claramente personal del juez o magistrado, y en las leyes no se encontraba referencia alguna a la responsabilidad subsidiaria del Estado. También García de Enterría y T. R. Fernández habían entendido que ante la insolvencia del juez podía entrar en juego la responsabilidad subsidiaria del Estado por aplicación de las normas generales de la LRJAE, pero ésta no pasaba de ser una opinión,

B) *Supuesto de responsabilidad directa*

Hasta el momento de promulgarse la Constitución de 1978 existía un único supuesto de responsabilidad directa del Estado, y ello por error judicial. Se trataba, y trata, del artículo 960, II, de la LECRIM.

Esta Ley en su redacción originaria de 1882 se limitaba a regular el «recurso» de revisión, sin hacer referencia a indemnización en los casos de anulación de la anterior sentencia condenatoria, y ello a pesar de algún antecedente, destacado últimamente por la doctrina, como es el caso del artículo 179 del Código Penal de 1822, que fue derogado en 1823.

Con posterioridad se promulgó la Ley de 7 de agosto de 1899, denominada también «Ley de Azcárate», que, aparte de modificar uno de los motivos de la revisión, establecía en su artículo 3: «Cuando en recurso de revisión se dicte sentencia absolutoria, los interesados en ella o sus herederos tendrán derecho a las indemnizaciones civiles a que hubiere lugar, según el derecho común, pudiendo obtener del Estado la indemnización de los perjuicios sufridos por virtud de la sentencia anulada, cuando el tribunal o juez sentenciador hayan incurrido en responsabilidad y no pueda hacerse efectiva». Con esta disposición se venía a establecer un claro supuesto de responsabilidad subsidiaria del Estado, ante la insolvencia del juez o tribunal que hubiere incurrido en responsabilidad al dictar la sentencia penal anulada en la revisión.

El paso trascendente se efectuó como consecuencia de la Ley de 24 de junio de 1933, que añadió un segundo párrafo al artículo 960. Se dice en el mismo: «Cuando en virtud de recurso de revisión se dicte sentencia absolutoria, los interesados en ella o sus herederos tendrán derecho a las indemnizaciones civiles a que hubiere lugar según el derecho común, las cuales serán satisfechas por el Estado, sin perjuicio del derecho de éste de repetir contra el juez o tribunal sentenciador que hubieren incurrido en responsabilidad o contra la persona directamente declarada responsable o sus herederos». Estamos ya aquí ante la responsabilidad directa del Estado.

Como tantas veces ha ocurrido, la reforma legal de 1933 provenía de un caso particular que, por su repercusión en la sociedad, dio origen al cambio. Se trata del llamado «Crimen de Cuenca», también conocido como «Caso Grimaldos», que ha dado lugar incluso a una película y del que se ha publicado un libro no jurídico. Muy en síntesis los hechos son los siguientes.

En agosto de 1910 desapareció de su domicilio, en un pueblecito de la provincia de Cuenca, José María Grimaldos, después de haber obtenido cierta cantidad de dinero como producto de la venta de unas

cabezas de ganado. Ante la denuncia de la familia son detenidos dos amigos del desaparecido, los cuales en el interrogatorio declararon que aquél les manifestó su propósito de ir tomar los baños en una localidad no muy distante; ante la falta de pruebas son puestos en libertad. Algunos meses después, y con juez nuevo, la familia insiste en la denuncia y las mismas personas son vueltas a detener; ahora en el interrogatorio policial, efectuado con clara violencia, los detenidos se declaran culpables de homicidio, aunque nunca llegó a descubrirse el lugar donde enterraron a la víctima. Se realizó el juicio oral ante jurado y el 21 de mayo de 1913 los acusados son condenados a 18 años de prisión; de ellos cumplieron 12, siendo puestos en libertad el 18 de febrero de 1924.

Dos años después el «muerto» dio señales de vida. El párroco de su pueblo recibió una petición de partida de bautismo porque Grimaldos pretendía casarse. A partir de aquí se puso de manifiesto la inexistencia del homicidio y el error judicial. Puesto en marcha el «recurso» de revisión, el 10 de julio de 1926 se dictó la sentencia estimando el «recurso» y anulando la anterior condena. Con todo, ello no supuso concesión de indemnización alguna porque la normativa vigente era la Ley de 7 de agosto de 1899, que, como hemos visto, establecía sólo una responsabilidad subsidiaria del Estado cuando el juez o tribunal hubieren incurrido en responsabilidad y ésta no pudiera hacerse efectiva.

Este error tuvo tal repercusión ciudadana que llevó al Gobierno a presentar el proyecto de ley que introdujo el segundo párrafo del artículo 960 que antes hemos transcrito.

La revisión penal, pues, significa que, si se declara la absolución de los antes condenados, se abre la puerta a la responsabilidad directa del Estado, sin necesidad, naturalmente, de que se precise conducta dolosa o negligente en el juez o tribunal. En la práctica desde 1950 hasta 1985 se han interpuesto 66 «recursos» de revisión, de los cuales se han estimado 61 y desestimado 4. En algunos casos, exactamente en 17, la estimación ha sido parcial, bien de modo subjetivo, esto es, cuando existiendo varios condenados la revisión se refiere a uno o más, pero no a todos, bien de modo objetivo, es decir, cuando condenada una persona por varios delitos la revisión atendió sólo a uno de ellos.

En las sentencias estimando la revisión no se establece, lógicamente, indemnización alguna. Sólo en algunas de ellas —si la anulación de la sentencia anterior condenatoria significa que no habrá otro proceso penal para la depuración de las responsabilidades penales que subsisten— se hace referencia a la indemnización, pero simplemente diciendo que se reconoce al absuelto el derecho a las indemnizaciones civiles que pudieran corresponderle. En algún caso (sentencia de 26 de febrero de 1985, RA 1547), y con evidente error, al reservarse al

absuelto las acciones civiles se cita el artículo 40 de la LRJAE, además del artículo 121 de la CE, aparte del artículo 960, II, de la LECRIM.

4. EL ARTÍCULO 121 DE LA CONSTITUCIÓN Y SU INCIDENCIA PRÁCTICA

El artículo citado de la Constitución de 1978 ha venido a revolucionar *aparentemente* las bases de la responsabilidad judicial del Estado. Se trata de un precepto que no tiene antecedentes en el derecho constitucional español.

Hasta 1978 en todas nuestras constituciones se partía de la responsabilidad personal de los jueces. Así se estableció ya en la primera Constitución española, la de 1812. En el artículo 254 de la misma se decía: «Toda falta de observancia de las leyes que arreglan el proceso en lo civil y en lo criminal, hace responsables personalmente a los jueces que la cometieren.»

Precepto similar, aunque referido a la infracción de todas las leyes, se contiene en las constituciones siguientes. El artículo 67 de la Constitución de 1837 disponía: «Los jueces son responsables personalmente de toda infracción de ley que cometan.» Con las mismas palabras se redactaron el artículo 70 de la Constitución de 1845, el artículo 98 de la de 1869 y el artículo 81 de la 1876.

El primer paso, aunque tímido, se dio en la Constitución de 1931. Se aludía en el artículo 106 de ésta a la responsabilidad del Estado, pero atribuyéndole sólo carácter subsidiario. Se decía en aquél: «Todo español tiene derecho a ser indemnizado por los perjuicios que se le irroguen por error judicial o delito de los funcionarios judiciales en el ejercicio de sus cargos, conforme determinan las leyes. El Estado será subsidiariamente responsable de estas indemnizaciones.» Hay que tener en cuenta que esta norma nunca fue desarrollada.

En este camino no puede eludirse la cita de la Base 1.ª, 6, de la Ley de Bases Orgánica de la Justicia de 28 de noviembre de 1974, que fue derogada por la Ley de 20 de febrero de 1978, sin que llegara a ser articulada. En aquella ley se establecía la responsabilidad directa del Estado tanto en los casos de responsabilidad civil de jueces y magistrados como por error judicial en el proceso penal.

Todo lo anterior puede poner de manifiesto que la preocupación existía, pero lo cierto es que el cambio legal se produce en 1978. Dispone el artículo 121 de la Constitución: «Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley.»

Para comprender su contenido y las bases establecidas para interpretar su desarrollo es conveniente aludir al iter parlamentario que condujo a ese resultado.

El primer texto, el del artículo 111 del Anteproyecto elaborado por la Ponencia, se limitaba a decir: «Los errores judiciales darán derecho al perjudicado a una indemnización conforme a las leyes.» A esta redacción se presentaron varias enmiendas, y la admisión de algunas de ellas condujo al texto definitivo del artículo 121, pero lo que importa es que una enmienda pretendía adicionar un párrafo relativo a los daños producidos por el funcionamiento normal y anormal de la Administración de Justicia y que, sin embargo, en el informe de la Ponencia entiende que debe mantenerse el principio de responsabilidad del Estado aplicado también al Poder Judicial, pero limitando sus supuestos a los errores judiciales y al funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Entiende que no cabe como en la Administración un principio de responsabilidad objetiva.»

Que el informe de la Ponencia partía de un claro error es evidente, pero de hecho se llegó a diferenciar claramente los artículos 106.2 y 121. El primero, relativo a la responsabilidad de la Administración Pública, no distingue entre funcionamiento normal y anormal, mientras que el segundo, el del Poder Judicial, alude sólo al funcionamiento anormal. Ello, naturalmente, tiene que producir consecuencias a la hora del desarrollo legal y de la aplicación.

Cuando se formula la pregunta de qué incidencia ha tenido la Constitución, antes de ser desarrollada, sobre la práctica, la respuesta sólo puede ser: ninguna. Hemos hecho alusión antes a las resoluciones del Ministerio de Justicia ante las peticiones de responsabilidad patrimonial y hemos comprobado que, de hecho, el artículo 121 no ha supuesto nada.

En efecto, entre 1978 y 1985 en muchas resoluciones se afirma paladinamente que la Constitución no puede aplicarse retroactivamente. Así se dice en la resolución de 27 de abril de 1979 y se reitera una y otra vez en las posteriores en lo que llegó a convertirse en cláusula de estilo. Este criterio es también el seguido por la Audiencia Nacional en la sentencia de 12 de julio de 1985.

Más gravedad todavía reviste el hecho de que las resoluciones ministeriales entendieran, una y otra vez, que el art. 121 para ser aplicado precisaba de disposición legal de desarrollo. Así se dice también en la resolución de 27 de abril de 1979 y se convirtió en otra cláusula de estilo. Lo peor es que el Tribunal Supremo (sala 4.ª), en su sentencia de 5 de febrero de 1986, dijera que el artículo 121 es «una norma limitada a establecer el principio de la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia, pero sin precisar en qué supuestos, ni cómo y de qué manera las reclamaciones podrán ser formuladas en términos hábiles. Se trata, pues, de una norma incompleta, necesitada de desarrollo, sin el cual su vigencia es imposible».

Es cierto que las resoluciones ministeriales, al final de esta época, tuvieron que reconocer que se trataba, el artículo 121, de una norma directamente aplicable (resoluciones de 14 de mayo de 1984 y de 24 de mayo de 1985), pero ello tampoco supuso nada práctico. Este reconocimiento venía unido a que su aplicación debía hacerse a través de las normas de legalidad ordinaria vigente en ese momento, lo que conducía a la inutilidad, a la aplicación de la LOPJ de 1870, a la LEC y a la LECRIM, esto es, a la responsabilidad personal de los jueces.

En último caso se decía una y otra vez que el error judicial y el funcionamiento anormal debían ser declarados por el órgano competente del Poder Judicial, pero sin decir cuál era éste, con lo que al ciudadano se le conducía a un callejón sin salida. Sólo al final, en la resolución de 24 de mayo de 1985, se dice que para declarar el funcionamiento anormal es competente el Consejo General del Poder Judicial. En ese momento estábamos abocados ya a la entrada en vigor de la LOPJ de 1 de julio de 1985, que es la norma de desarrollo.

Puede afirmarse que desde 1978 hasta 1985 el artículo 121 de la Constitución no se aplicó nunca; no condujo a indemnización alguna. En los supuestos en que se concedió indemnización se hizo por la vía del artículo 106.2 CE y su predesarrollo en el artículo 40 de la LRJAE.

5. EL PRIMER DESARROLLO: EL ARTÍCULO 56.5 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES DE 1980

En el Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Ley de 10 de marzo de 1980, se realizó el primer desarrollo legislativo del artículo 121 de la CE, si bien con referencia a un caso muy particular, el relativo a los denominados salarios de tramitación. Para entender este supuesto es preciso realizar alguna puntualización de nuestro proceso de trabajo.

Frente a la demanda del trabajador despedido el órgano jurisdiccional competente puede declarar el despido: nulo, procedente o improcedente. La declaración de improcedencia se basará, bien en que no ha quedado probado el incumplimiento del trabajador alegado por el empresario en la carta de despido (art. 55.3 del ET en relación con el art. 54), bien en que los hechos, aún probados, no constituyen causa de despido. A los efectos que aquí contemplamos las mismas consecuencias tiene la declaración de improcedencia de la decisión extintiva del contrato de trabajo por causas objetivas (art. 53.5 ET).

Pues bien, en el derecho español venía siendo regla indiscutida que la sentencia declarando el despido improcedente suponía, además, condenar al empresario a pagar al trabajador los salarios de tramitación, esto es, los dejados de percibir desde la fecha del despido hasta

el día de notificación de la sentencia. Mientras el proceso laboral tuvo una duración razonable, en la práctica esta condena adicional no despertó inquietudes, pero éstas surgieron cuando la práctica judicial fue deteriorándose y el proceso fue adquiriendo una duración desmesurada; en estos casos la condena adicional de los salarios de tramitación podía ser más gravosa que la principal de readmisión o indemnización.

El proceso de trabajo español de instancia única (y con recurso de suplicación o casación) venía teniendo en la instancia una duración media estadística, en 1976, de 55 días. A partir más o menos de ese año la duración sufrió un gran deterioro y ello a costa del patrimonio de los empresarios. No cabe extrañarse, pues, de que éstos presionaran políticamente y de que en el Estatuto de los Trabajadores conseguirían introducir el artículo 56.5, según el cual cuando la sentencia que declare improcedente el despido se dicte transcurridos más de 60 días desde la fecha en que se presentó la demanda, el abono de los salarios de tramitación correspondientes al tiempo que exceda de los dos meses dichos será por cuenta del Estado.

Partiendo de esta norma los artículos 114 y 115 de la Ley de Procedimiento Laboral, en su texto refundido de 13 de junio de 1980, regularon el proceso especial frente al Estado para la reclamación de esos salarios y el Real Decreto de 17 de abril de 1982 desarrolló la reclamación previa necesaria antes de formular la demanda en ese proceso especial.

Toda esta compleja regulación conduce, en síntesis y prescindiendo de aspectos de detalle, a lo siguiente:

a) Si en la sentencia de instancia o de recurso el órgano jurisdiccional declara el despido improcedente, tendrá que condenar al empresario a los salarios de tramitación, pero si el proceso ha durado más de 60 días hará la limitación oportuna para la responsabilidad del Estado, si bien no condenará a éste, dado que no ha sido parte en ese proceso.

b) En realidad la responsabilidad del Estado puede surgir no sólo frente al trabajador, sino también frente al empresario, y por ello hay que distinguir tres supuestos:

1.º Cuando la sentencia de instancia (ahora de la Magistratura de Trabajo y en el futuro del Juzgado de lo Social; *vid.* subponencia sobre organización judicial) que declare el despido improcedente, hubiese sido dictada transcurridos más de 60 días hábiles desde la fecha en que se tuvo por presentada la demanda, el trabajador tiene derecho a reclamar el exceso.

2.º Cuando la sentencia que por primera vez declara el despido improcedente fue la del tribunal superior que conoce del recurso, también los salarios que excedan de 60 días hábiles, desde que se tuvo

por presentada la demanda, serán por cuenta del Estado y a ello tiene derecho el trabajador.

3.º Cuando la sentencia del tribunal superior, al conocer del recurso, declara procedente el despido, revocando la recurrida que lo había estimado improcedente o nulo, y el empresario había pagado los salarios correspondientes a la ejecución provisional sin compensación de trabajo por parte del empleado, también surge la responsabilidad del Estado, pero ahora el legitimado activamente es el empresario.

c) En los supuestos anteriores el trabajador o el empresario reclamarán la cantidad correspondiente ante la Dirección de Trabajo de la provincia en que hubiera tenido lugar el juicio por despido, dentro del plazo de treinta días hábiles desde la firmeza de la sentencia; de ésta se acompañará la oportuna certificación.

La Dirección de Trabajo habrá de resolver en el plazo de 30 días y su resolución agota la vía administrativa. La resolución denegatoria y el silencio administrativo abren la vía jurisdiccional, debiéndose presentar la demanda, ante el mismo órgano que conoció en la instancia del juicio por despido, en el plazo de 15 días. La no presentación de la demanda en ese plazo no supone caducidad o pérdida del derecho; implica sólo que ha de intentarse nueva reclamación previa si se desea acudir después al órgano jurisdiccional.

d) Demandante, en ese proceso especial, será, según los casos, el trabajador o el empresario, sin que concurren normas especiales sobre capacidad o legitimación. Si demanda el trabajador, demandados serán el Estado y el empresario. El Estado comparecerá por medio de su representante específico, el Letrado del Estado, al cual se le han suprimido dos importantes privilegios procesales: el de ser demandado siempre ante órgano judicial radicado donde exista Audiencia (*vid.* subponencia sobre organización judicial) y el de poder suspender el proceso para elevar consulta a la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado.

El empresario aparece aquí también como parte. En el proceso anterior se le condenó ya a una parte de los salarios de tramitación, pero queda otra parte de los mismos que, a resultas de este segundo proceso, puede quedar a cargo del Estado, del empresario o del mismo trabajador. Estamos aquí ante una acumulación objetivo-subjetiva de pretensiones que además es alternativa; hay acumulación de pretensiones y de personas y al trabajador le basta con que una de éstas sea condenada para quedar satisfecho, el que después de la actuación procesal aparezca como responsable del retardo.

Cuando el empresario sea el demandante también, y *ad cautelam*, debe demandar al trabajador, aunque el demandado principal será el Estado.

e) Básicamente el objeto del proceso consistirá en la petición de

pago de unos salarios de tramitación. Si el anterior proceso de despido ha durado más de 60 días hábiles, el Estado aparece en principio como responsable, pero no necesariamente. El artículo 115 de la LPL declara excluibles del cómputo de tiempo que exceda de los 60 días determinados períodos, de lo que resulta que en la sentencia que se dicte en este proceso especial habrá de decidirse:

1.º De qué salarios de tramitación responde el Estado, con la condena consiguiente.

2.º De qué períodos de tiempo es responsable el empresario, con la condena. Se trata de períodos de tiempo distintos de aquéllos por los que ya fue condenado en el proceso anterior.

3.º De qué períodos de tiempo debe privarse al trabajador, cuando se aprecie que en su actuación procesal incurrió en malicioso abuso de derecho.

En general, pues, la pretensión frente al Estado comprenderá todos los días que sobrepasen los 60, pero de ellos hay que excluir:

1. Los días que sobrepasen el plazo de 10 establecido para que los trabajadores nombren un representante, cuando la demanda se formula por más de 10 trabajadores conjuntamente. El incumplimiento del plazo puede deberse al órgano ante el que se realiza la designación, pero también a negligencia de los trabajadores. El empresario no puede ser aquí responsable.

2. El tiempo que dure la tramitación del beneficio de justicia gratuita. El beneficio lo puede pedir sólo el empresario, porque el trabajador goza ya del mismo sin necesidad de declaración judicial. Si el beneficio es concedido al empresario, no puede imputarse a su responsabilidad el tiempo empleado en ello, pues de lo contrario se le estaría negando por un lado lo que se le concede por el otro, salvo que en el procedimiento de concesión se incurriera en dilaciones a él debidas. Si el beneficio no es concedido, los salarios de tramitación del tiempo empleado en ello serán de su cuenta.

3. El tiempo empleado en el incidente de recusación de los magistrados, cuando ésta fuera desestimada. Aquí soportará los salarios el recusante, sea el empresario o el trabajador.

4. Si la demanda se presenta por el trabajador sin el requisito del intento de conciliación previa, el juez debe suspender la tramitación del proceso y ordenar que, en el plazo de 15 días, se acredite la celebración de dicho acto o su intento y se justifique su resultado. Ese plazo perdido no se computa a los efectos de fijar los salarios de tramitación en ningún caso.

5. Si la demanda se formuló incorrectamente, el juez concederá un plazo de cuatro días al trabajador demandante para que subsane el defecto, y ese plazo tampoco debe computarse.

6. El proceso laboral, en este caso de despido, puede suspenderse

por motivos justificados o a petición de ambas partes, y en este segundo supuesto habrá de estarse a cada caso concreto para determinar el responsable de los salarios de tramitación, partiendo del principio de que debe responder quien haya causado la suspensión.

7. El tiempo que dure la suspensión acordada para plantear la cuestión prejudicial penal de falsedad de un documento de influencia notoria en el pleito.

En todos estos casos debe tenerse en cuenta que el artículo 115 de la LPL no dice que los períodos de tiempo quedarán excluidos del cómputo a cargo del Estado, sino que se entenderán excluibles, lo que significa que la exclusión debe realizarse o no atendido el caso concreto. Por ello añade que el juzgador, apreciando libremente las pruebas practicadas, decidirá si los salarios han de correr a cargo del Estado o del empresario, pudiendo también privarse al trabajador de su percepción.

f) Con lo anterior quedan establecidos los datos necesarios para comprender este primer desarrollo del artículo 121 CE. Baste añadir que contra la sentencia del juzgador de instancia caben los recursos generales en el proceso laboral.

6. EL DESARROLLO GENERAL: LOS ARTÍCULOS 292 A 297 DE LA LEY ORGÁNICA DE PODER JUDICIAL DE 1985. SUS ÁMBITOS SUBJETIVO, OBJETIVO Y TEMPORAL

Después de seis años y medio de vigencia de la Constitución se promulga, por fin, la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985, y en ella se contiene el desarrollo general del artículo 121 de la norma fundamental. Ese desarrollo se efectúa en los artículos 292 a 297. Estos artículos son los que deben ser objeto de nuestro examen.

En ellos se parte de una declaración de principio, la del artículo 292.1: «Los daños causados en cualesquiera bienes o derechos por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, y un supuesto específico: el de derecho a una indemnización a cargo del Estado, salvo en los casos de fuerza mayor, con arreglo a lo dispuesto en este Título», regulándose luego dos supuestos generales: error judicial y funcionamiento anormal de la Administración de justicia, y un supuesto específico: el de la prisión provisional o preventiva; se establecen además dos casos de responsabilidad judicial: el relativo a dolo o culpa grave de jueces y magistrados, que originará responsabilidad directa del Estado, y la responsabilidad civil personal también de jueces y magistrados, que se exige conforme al sistema tradicional, con alguna matización.

Vamos a referirnos a continuación a los casos de responsabilidad

directa del Estado, y para ello vamos a delimitar el campo de aplicación de las normas distinguiendo sus iniciales requisitos.

A) Requisitos subjetivos

Independientemente de los títulos de imputación, a los que habremos de referirnos después, lo primero que hay que precisar es qué personas u órganos quedan comprendidos en el epígrafe de la Ley cuando se refiere a la responsabilidad por el funcionamiento de la Administración de Justicia.

a) A pesar de la incorrecta terminología —Administración de Justicia por Poder Judicial—, no ofrece dudas que están incluidos los jueces y magistrados integrantes de lo que podemos llamar Poder Judicial organización (*vid.* subponencia sobre organización judicial).

En la Constitución española creemos que a la expresión Poder Judicial puede atribuirse un doble significado. Por un lado cabe referirse a un Poder Judicial político, en el que quedan incluidos todos los órganos que, revestidos de determinadas garantías, tienen atribuida potestad jurisdiccional; en este sentido se comprende al Tribunal Constitucional, al Tribunal de Cuentas, al jurado, etc.; todos los órganos jurisdiccionales. Por otro, la Constitución emplea la expresión Poder Judicial en un sentido más restringido que el anterior, en un sentido que podemos llamar organizativo y que es el propio del Título VI. En este segundo sentido el Poder Judicial es una parte organizada del conjunto de jueces y magistrados que tienen potestad jurisdiccional; el artículo 117.1 CE habla de jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial; esta parte organizada es la regulada en la LOPJ de 1985. Estos jueces y magistrados forman un cuerpo único, con estatuto jurídico común, son técnicos y de carrera y su gobierno se confiere al Consejo General del Poder Judicial.

b) Existen órganos jurisdiccionales que, a pesar de no estar incluidos en el Poder Judicial organización, sus titulares de jurisdicción quedan comprendidos en la responsabilidad de que aquí se trata. Es el caso del jurado (al que se refiere el art. 125 CE, pero no desarrollado todavía) o de los tribunales militares (en el art. 117.5 CE). La doctrina española ni siquiera discute esta realidad.

Pero hay otros órganos jurisdiccionales respecto de los que la discusión se mantiene:

1.º Tribunal Constitucional: En la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1979 existe una alusión a la responsabilidad civil (art. 23.1) y otra a la responsabilidad criminal (art. 26), pero todo lo demás queda en el vacío. No vemos por qué no puede incurrir el Tribunal Constitucional en alguno de los títulos de imputación, especialmente en el retraso como funcionamiento anormal. Otra cosa

será el camino administrativo y procesal para llegar a la declaración oportuna, que eso sí que no está previsto.

2.º Tribunal de Cuentas: Aquí la doctrina ha discutido y no ha llegado a una conclusión unánime. Que este órgano ejerce, en parte, potestad jurisdiccional es indudable, y que según su Ley orgánica de 12 de mayo de 1982 contra sus resoluciones cabe casación y revisión ante el Tribunal Supremo también lo es, aparte de lo que dispone el artículo 58, 5.º de la LOPJ. En consecuencia no vemos obstáculo alguno para su inclusión.

3.º Tribunal de Aguas de Valencia: El artículo 125 CE se refiere a los tribunales consuetudinarios y tradicionales, pero el artículo 19.3 de la LOPJ sólo ha podido referirse a este tribunal valenciano, porque es el único existente. Hasta ahora no ha existido caso alguno de responsabilidad durante los mil años de su funcionamiento, pero si el Estado lo ha asumido como propio no existen razones para excluirlo, en teoría, de la responsabilidad.

c) Si el artículo 121 CE se refiere al Poder Judicial, no creemos que pueda incluirse en su desarrollo el Tribunal de Defensa de la Competencia, creado por Ley de 20 de julio de 1963 (con reglamento de 4 de marzo de 1965), pues no es más que un órgano administrativo, a pesar de su nombre. La responsabilidad aquí seguiría el camino del artículo 106.2 CE y del artículo 40 LRJAE.

d) El problema más grave es el relativo a los funcionarios que la LOPJ denomina «personal al servicio de la Administración de Justicia», expresión bajo la que se comprende a los secretarios judiciales, médicos forenses, oficiales, auxiliares y agentes judiciales, así como los cuerpos que se creen en el futuro para el auxilio y colaboración con los jueces y magistrados. La doctrina aquí se muestra mayoritariamente favorable a su exclusión y reconducción a la responsabilidad de la Administración Pública.

En nuestra opinión se hace preciso distinguir, partiendo de la idea base de que la responsabilidad patrimonial del Estado-Juez, regulada en el artículo 121 CE, es la que se produce en el proceso:

1.º Estos funcionarios en ocasiones realizan actos directamente relacionados con el ejercicio de la potestad jurisdiccional, con el proceso; éste no consta sólo de resoluciones, sino también de actos de constancia, de documentación, de comunicación, etc., que no pueden artificialmente ser separados del ejercicio de la jurisdicción. Aquí la vía de la responsabilidad ha de ser la del artículo 121 CE. Piénsese, por ejemplo, que la LOPJ (arts. 237 y 288) atribuye al secretario el impulso procesal y que la falta de éste producirá normalmente retraso en la marcha del proceso; en este caso el funcionamiento anormal dependerá básicamente del incumplimiento por el secretario de una de

sus funciones y no parece razonable admitir que entonces haya de acudir a la vía del artículo 106.2 CE.

2.º En otros casos pueden existir actos no directamente relacionados con el ejercicio de la potestad jurisdiccional, con un proceso en concreto, y entonces la responsabilidad debe seguir la vía del dicho artículo 106.2 CE. Por poner un ejemplo ya dado en la práctica, la apropiación por el secretario de cantidades de dinero depositadas en la secretaría no tiene nada que ver con el proceso, y puede realizarse incluso terminado éste; aquí no puede hablarse de un funcionamiento anormal de la potestad jurisdiccional en sentido estricto.

e) El Ministerio Fiscal no forma parte del Poder Judicial. Es cierto que en la Constitución se recoge la figura en el artículo 124, esto es, en el Título VI, el dedicado al Poder Judicial, y que en el artículo 2 de su Estatuto, aprobado por Ley de 30 de diciembre de 1981, se dice que está integrado con autonomía en el Poder Judicial, pero ello no significa nada a la hora de establecer su naturaleza, incluso partiendo del derecho positivo español. Es evidente que el Ministerio Fiscal no tiene atribuida potestad jurisdiccional y que no forma parte ni siquiera del Poder Judicial político. Se trata de un órgano del Poder Ejecutivo a través del que se cumplen las funciones del artículo 124 CE: básicamente promover la acción de la Justicia para la satisfacción del interés social.

Por otra parte, si el artículo 121 CE y su desarrollo atienden a la responsabilidad patrimonial del Estado-Juez, sobra cualquier otra disquisición. El artículo 138 del reglamento de 27 de febrero de 1969, orgánico del Ministerio Fiscal, se refería expresamente a la responsabilidad de la Administración en los términos previstos en la LRJAE, y aunque en el Estatuto de 1981 se regula la responsabilidad civil y penal, con remisión a lo dispuesto en la LOPJ para jueces y magistrados, ello no supone confundir dos cosas distintas: por un lado funciona la responsabilidad patrimonial de la Administración con base en los actos del Ministerio Fiscal y, por otro, la responsabilidad civil y penal de sus miembros. Ésta es, además, la solución mayoritaria en la doctrina.

f) La policía judicial no aparece en la LOPJ como personal al servicio de la Administración de Justicia, sino como institución que coopera con ésta y que la auxilia. En el cumplimiento de sus funciones habría que distinguir dos supuestos posibles: 1. Si el daño se produce actuando la policía funcionalmente de manera directa a las órdenes de un juez o tribunal, estaremos ante el caso del artículo 121 CE y su desarrollo, y 2. Si el daño se produce a las órdenes del Ministerio Fiscal, actuando la policía en uso de su iniciativa o actuando sólo de manera indirecta en el cumplimiento de órdenes de jueces y tribunales

(una orden de busca y captura, por ejemplo), la responsabilidad sería la general de la Administración Pública.

g) Abogados, procuradores, partes, testigos y peritos quedan, naturalmente, excluidos del ámbito del artículo 121 CE. Es cierto que el error judicial puede producirse como consecuencia de una declaración testifical, por ejemplo, o de un documento falso presentado como prueba por la parte, pero en todo caso el daño producido será consecuencia directa de la resolución judicial. Los delitos de falso testimonio o de falsedad documental serán motivo del «recurso» de revisión (tanto civil como penal) y la sentencia dictada en éste puede reconocer el error judicial (art. 193.1 LOPJ) y ser base de la petición de indemnización, pero entonces estaremos ya tratando del error como causa directa, no del delito como causa indirecta, que no es, además, imputable al Estado (*vid.* núm. 13).

h) Por último, el comisario de la quiebra, los síndicos, el interventor y el administrador judicial y el depositario de bienes embargados pueden, también, originar con su actuación la responsabilidad directa del Estado-Juez. Como dice Goded, no todos los puestos son iguales y por ilustrar uno de ellos podemos referirnos al administrador judicial en el caso de que embarguen frutos y rentas. El administrador puede ser designado por el ejecutante, pero ello no supone que sea un mandatario o representante de éste; como ha dicho en alguna ocasión el Tribunal Supremo (sentencia de 30 de junio de 1921) es un mandatario o apoderado del juez (mejor, un auxiliar), no existiendo relación de derecho privado entre ejecutante y administrador, pues si así fuera éste no dependería del órgano jurisdiccional, no estando sujeto a sus órdenes y no tendría que rendirle cuentas. Los daños que se originaran en la administración, aunque llegaran a ser como consecuencia de un delito y el Estado pudiera repetir, serían imputables al Estado-Juez y por la vía de esta responsabilidad que examinamos; el administrador no existe independientemente de un proceso concreto, como el secretario.

B) *Requisitos objetivos*

La actividad a la que se refiere la responsabilidad patrimonial judicial es la actividad jurisdiccional en sentido estricto, esto es, aquella que se desarrolla por medio del proceso. En nuestra opinión, actividad jurisdiccional y proceso son una misma cosa, por cuanto el proceso es el único camino de ejercicio de la potestad jurisdiccional.

Sin embargo, el artículo 117.4 CE permite atribuir a los jueces y magistrados, además de la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, otras funciones siempre que sea por ley y en garantía de cualquier derecho. En este sentido el artículo 2.2 de la LOPJ se refiere al

Registro Civil y aun cabe aludir a funciones en materia electoral, disciplinaria, etc. En todos estos casos el juez o magistrado no ejerce jurisdicción y, por lo tanto, los daños que ocasione a los particulares se resarcirán por la vía del artículo 106.2 CE y del artículo 40 LRJAE.

La función jurisdiccional no se ejerce sólo en la declaración del derecho —en el «juzgar» en la terminología constitucional—, sino también en la ejecución de lo declarado. En el derecho español ello está fuera de dudas y con relación a todos los órdenes jurisdiccionales. El artículo 117.3 CE se refiere a «hacer ejecutar lo juzgado» y en ello insiste el artículo 2.1 de la LOPJ. En su desarrollo los artículos 55 y 919 de la LEC atribuyen a los jueces la ejecución de las sentencias; lo mismo hace el artículo 200 de la LPL. En materia penal se ha procedido, en la Ley General Penitenciaria de 26 de septiembre de 1979, a la creación de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, lo que se ha confirmado en la LOPJ (arts. 94 y 95); en el ejercicio de las funciones de este juez estamos ante actividad jurisdiccional, lo que no impide que en la ejecución de las penas exista actividad administrativa, lo que hace distinguir entre supuestos de responsabilidad, que irán unos por el artículo 121 y otros por el artículo 106.2, los dos de la Constitución, con sus respectivos desarrollos.

En materia contencioso administrativa, y aun en general, en todos los casos en que se condene a la Administración, el artículo 44 de la Ley General Presupuestaria y el artículo 103 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa siguen refiriéndose a que la ejecución corresponde a la Administración. El supuesto normal será aquí el del retraso en la ejecución y en este caso el Tribunal Constitucional, en su sentencia de 13 de abril de 1983 (aparte de otras, pero la citada es la más clara) ha imputado la dilación indebida al órgano jurisdiccional, por no adoptar las medidas que la legislación le ofrece (incluidas las penales) para hacer cumplir lo ordenado. Por esta vía llegaremos al artículo 121 CE y no artículo 106.2 de la misma.

Ni siquiera hace falta decir que las medidas cautelares suponen también ejercicio de la jurisdicción.

C) *Requisitos temporales*

La LOPJ entró en vigor el 3 de julio de 1985 y, naturalmente, se aplicará a todos los hechos ocurridos con posterioridad a esa fecha. El problema consiste en determinar si puede aplicarse a los anteriores.

Como hemos dicho ya, en las resoluciones administrativas relativas a la responsabilidad del Estado-Juez y en la sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de julio de 1985, se ha negado la aplicación retroactiva de la Constitución en este punto. A continuación hay que decir que las resoluciones administrativas dictadas después de la LOPJ han in-

sistido una y otra vez (desde la primera de 31 de marzo de 1986) en que la Ley debe aplicarse aun cuando los hechos aducidos sean anteriores a ella. Se alega como argumentación, primero, la falta de regulación específica intertemporal de la LOPJ y, segundo, la aplicación supletoria de la Disposición Transitoria 1.º del Código Civil de 1899, según la cual cuando el derecho apareciese regulado por primera vez en el mismo Código se aplicará éste, aunque el hecho que lo origine se realizara bajo la legislación anterior, siempre que no perjudicara a otro derecho adquirido de igual origen.

En este sentido el Consejo de Estado viene emitiendo sus dictámenes, añadiendo que si el artículo 293.2 de la LOPJ establece el plazo de prescripción de un año para reclamar la indemnización, cuando se trata de hechos acaecidos bajo el imperio de la Constitución, pero antes de la entrada en vigor de dicha Ley orgánica, el plazo empezó a correr desde la entrada en vigor de ésta.

El problema está, pues, resuelto y no es preciso insistir.

Aunque luego haya que repetir conviene aquí aludir a dos plazos. Uno, el general, es el relativo al de prescripción de un año del derecho a reclamar la indemnización, a contar desde que pudo ejercitarse (art. 293.2 *in fine*). Otro, específico, es el referente al error judicial y al proceso especial para su declaración; éste es de caducidad y se refiere al inicio del proceso principal que examinamos en el núm. 9, siendo de tres meses a contar desde el día en que la acción judicial pudo ejercitarse (art. 193.1, a).

7. LOS SUPUESTOS DE IMPUTACIÓN. LA DISTINCIÓN ENTRE ERROR JUDICIAL Y FUNCIONAMIENTO ANORMAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

El artículo 121 de la CE se refiere a dos títulos o supuestos de imputación: el error judicial y el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, pero la LOPJ de 1985 a estos dos casos generales ha añadido un supuesto específico: el de la prisión provisional o preventiva. A todos ellos hay que referirse, pero conviene antes establecer algunos criterios generales de interpretación.

a) Lo primero que aparece con evidencia en la regulación de la LOPJ es la no referencia a la culpa cuando se trata de la responsabilidad patrimonial del Estado-Juez. La reparación del daño causado no depende de la existencia de culpa por parte del autor; se ha procedido a la objetivación de la responsabilidad. Esto no impedirá que, en ocasiones, pueda hablarse de culpa, en el sentido de que ésta no queda excluida, pero lo importante es que no es necesaria para dar origen a la responsabilidad.

La culpa, e incluso el dolo, pueden aparecer atendiendo a dos pers-

pectivas muy distintas. En unos casos el dolo y la culpa pueden dar origen a las responsabilidades penal y civil de los jueces y magistrados, y a la exigencia de éstas por el particular perjudicado, con lo que nos salimos del tema de la responsabilidad del Estado. En otros el dolo y la culpa grave, originando responsabilidad directa del Estado, permitirán a éste repetir contra jueces y magistrados. La LOPJ regula la responsabilidad penal (arts. 405 a 410) y civil (arts. 411 a 413) de jueces y magistrados, que no son objeto de este estudio, y respecto de la pretensión de repetición el artículo 296 dispone que el Estado responderá también de los daños que se produzcan por dolo o culpa grave de los jueces y magistrados, sin perjuicio del derecho que le asiste de repetir contra los mismos por los cauces del proceso declarativo correspondiente, siendo siempre parte el Ministerio Fiscal.

Frente al ciudadano lo importante es que la responsabilidad del Estado no depende de la culpa del órgano autor de la actividad productora del daño. Para ese ciudadano las relaciones posteriores entre el Estado y sus jueces son patrimonialmente indiferentes.

b) Los supuestos generales de imputación no tienen límites de actividad jurisdiccional, es decir, no se refieren a un proceso concreto sino que comprenden todos los procesos. En otros ordenamientos alguno de los supuestos de imputación, básicamente el error judicial, se ha limitado al proceso penal, pero no ocurre así en España; ni la Constitución ni la LOPJ establecen limitación alguna, por lo que lo que dijimos respecto de los ámbitos subjetivo y objetivo es aquí plenamente aplicable.

c) El aspecto más discutido hasta ahora es el de la diferenciación entre error judicial y funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. La doctrina ha venido estimando que el error es una especie del género común que es el funcionamiento anormal. En este sentido se ha afirmado, por ejemplo, que si todos los errores judiciales pueden calificarse de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, no todo funcionamiento anormal constituye necesariamente un error judicial, habiéndose llegado a decir que nada hubiera impedido la referencia constitucional exclusiva a un solo título o causa de imputación, esto es, al funcionamiento anormal.

Ésta no es, sin embargo, nuestra opinión. Nosotros partimos de afirmar que se trata de dos conceptos independientes. El funcionamiento anormal atiende al incumplimiento de la norma procesal, mientras que el error puede producirse aun en el caso de que se hayan cumplido escrupulosamente todas las normas procesales.

En síntesis, la distinción podría formularse así: La Constitución, para la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas ha partido de que éstas responden de toda lesión que los particulares sufran en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento

de los servicios públicos, sin distinguir entre normalidad o anomalía del funcionamiento (art. 106.2 CE); por el contrario, cuando se trata de la responsabilidad del Estado-Juez, ha establecido la distinción entre funcionamiento normal y anormal, y ello de modo tal que el Estado responderá de todos los casos de funcionamiento anormal, pero cuando se trata del funcionamiento normal, el único supuesto de responsabilidad es el error judicial (aparte del caso especial de la prisión provisional).

A esta conclusión de distinción entre error judicial y funcionamiento anormal, aunque no con la misma argumentación, ha llegado el Consejo de Estado, como se desprende de la resolución del Ministerio de Justicia de 31 de diciembre de 1986 (y también de la de 28 de enero de 1987).

Partiendo de la distinción hecha hay que examinar ahora los supuestos de imputación.

8. EL ERROR JUDICIAL.

En torno al error judicial se ha divagado mucho, más con ánimo sentimentaloides que con precisión técnica. Se trata de uno de esos conceptos que se sienten más que se expresan. A cualquiera que se le pregunte qué es el error judicial, cree saberlo, pero a la hora de explicarlo se pierde en lo obvio. De ahí el riesgo de abordar su estudio y el hacerlo, además, con la necesaria brevedad. El camino puede consistir en ir marcando notas individualizadoras.

Prescindiendo de lo ya dicho, como es que el error judicial ha de provenir de un órgano jurisdiccional y que ha de cometerse en el curso de un proceso, lo que debe discutirse básicamente, creemos, son dos puntos: cómo puede cometerse el error y en qué puede consistir.

No pretendemos afrontar aquí problemas filosóficos y huiémoslos así de las definiciones clásicas del *allud pro allio putare*; simplemente partiremos de afirmar que el error se comete siempre en la realización de un juicio y que, por lo tanto, para que haya error tiene que haber juicio; cuando éste es judicial puede aparecer el error de esta naturaleza. En la regulación que todos los ordenamientos jurídicos hacen del proceso se parte de la posibilidad de ese error, y de ahí el establecimiento de recursos, que tienden a acomodar en lo posible el juicio a la realidad. Con todo, los distintos ordenamientos, aun admitiendo la posibilidad del error, concluyen por atribuir al juicio judicial final el valor de la cosa juzgada, concebida ésta como irrevocabilidad.

El fundamento de la cosa juzgada se concibió en épocas pasadas como una presunción de verdad, y así todavía la considera el CC español en el artículo 1251, pero hoy está pacíficamente admitido que la

cosa juzgada se basa en la seguridad jurídica; ésta exige que los litigios tengan un final y que en ese final, la resolución correspondiente sea irrevocable.

A) Se produce en una resolución

A partir de aquí ya podemos apuntar la primera nota individualizadora: El error sólo puede producirse en una resolución. La cuestión ahora es la de determinar en qué clase de resoluciones y a estos efectos es conveniente distinguir entre las distintas clases de procesos.

a) En el proceso de declaración el error judicial sólo puede cometerse en la resolución que ponga fin al mismo, después de agotar los recursos establecidos en la ley. Esto supone que sólo cabe hablar de error en la sentencia firme. A esta conclusión hay que llegar partiendo de una doble consideración:

1.ª Cuando el error se ha cometido en una resolución interlocutoria hay que entender que su verdadera repercusión se producirá en la sentencia. La no admisión de un medio de prueba, por ejemplo, puede constituir un claro error, pero ello sólo será decisivo en la sentencia, pues aun partiendo de la no admisión de la prueba cabe que la sentencia sea correcta. A ello hay que añadir el juego de los recursos.

2.ª El error que producirá consecuencias no es el producido en la sentencia definitiva, sino el sufrido en la firme, siempre que se hayan agotado los recursos normales (esto es, excluida la revisión). Todo el sistema de recursos que regulan las leyes parte de la posibilidad del error, y de ahí que la revocación de las sentencias del inferior por el superior entre dentro del esquema general. En este sentido el artículo 292.3 de la LOPJ dice correctamente que la mera revocación o anulación de las resoluciones judiciales no presupone por sí sola derecho a indemnización, y añade el art. 293.1, f) que no procederá la declaración de error contra la resolución judicial a la que se impute mientras no se hubieren agotado previamente los recursos previstos en el ordenamiento.

Por ello hay que estimar correcta la resolución del Ministerio de Justicia de 28 de noviembre de 1986 en la que, aun considerándose incorrecta la aplicación de una norma de la LEC, con base en el informe del Consejo General del Poder Judicial, se afirma que el remedio adecuado contra ese probable error de derecho era el ordinario del recurso contra la sentencia ante el órgano jurisdiccional competente, lo que no se hizo, acudiéndose directamente a formular petición de indemnización.

Además el error ha de producirse en sentencia no susceptible de recurso. Si en la sentencia de primera instancia se ha incurrido en

error y el perjudicado no interpone el oportuno recurso, estaríamos ante un caso de negligencia o culpa del propio perjudicado que no ha hecho uso de los sistemas normales para subsanar el error. A esta interpretación puede reconducirse el artículo 295 de la LOPJ, que establece que no habrá lugar a indemnización cuando el error judicial se ha debido a dolo o culpa del perjudicado.

b) En el proceso de ejecución español no se dicta sentencia y de ahí podría llegarse a la conclusión de que, por no existir juicio, no cabe hablar de error judicial. Esta hipotética respuesta no es admisible. Decía Guasp que si la cosa juzgada se refiere al proceso de declaración, en el de ejecución cabría hablar de «cosa o materia ejecutada». En todo caso, los distintos pasos propios de la ejecución van suponiendo la realización de juicios. Cuando se decreta la ejecución se está realizando un juicio, cuando se declara o no inembargable un bien no es sino como consecuencia de un juicio, etc.

1.º También en la ejecución debe quedar claro que el error se producirá sólo en la ejecución firme, esto es, en aquella contra la que no caben recursos, después de agotar los posibles. El argumento de los artículos 292.3 y 293.1, f) de la LOPJ es aquí también aplicable y lo mismo cabe decir de la culpa del artículo 295.

2.º Lo que no está tan claro es lo relativo a la resolución final. Si en nuestro proceso de ejecución no existe sentencia, no cabe referir a ésta la decisión productora del perjuicio. Normalmente cada resolución por sí produce un efecto y todas juntas conducen a un final que es, en la ejecución ordinaria, el pago al acreedor después de la adjudicación a un tercero del bien embargado al ejecutado. El daño, pues, se producirá normalmente en los autos (resolución correspondiente a la *ordinanza* italiana), aunque hasta el final de la ejecución no será definitivo, dada la posibilidad de la nulidad de actuaciones.

c) La producción de daños indemnizables a cargo del Estado en el proceso cautelar es más problemática, dejando a un lado el caso de la prisión provisional, que tiene tratamiento específico. En el proceso civil, en general, las medidas cautelares se decretan a «cuenta y riesgo del que lo pidiere» (el embargo preventivo, art. 1401 LEC), o «bajo la responsabilidad de éste» (del demandante, en las medidas innominadas del art. 1428 LEC), y en todo caso pueden dar lugar a la indemnización de daños y perjuicios a costa del demandante (arts. 1413, 1416, 1427 y 1428 LEC).

Lo anterior no supone que pueda llegarse a una respuesta absolutamente negativa en esta primera fase en que se acuerdan las medidas sin oír al demandado. Si el artículo 65 de la LPL de 1980 autoriza al juez a acordar el embargo preventivo de oficio, sin petición de parte, podría llegarse a la producción de daños a cargo del Estado.

Por otro lado téngase en cuenta que hasta ahora nos hemos refe-

rido a las medidas cautelares acordadas por el juez ante la simple petición del demandante, pero que cabe una segunda fase. Las leyes procesales suelen regular la oposición a las medidas, después de acordadas éstas, y aquí se llega a una resolución en la que puede incurrirse en error originador de daños. En estos casos habría que distinguir:

1.º Pueden producirse daños por las medidas cautelares en cuanto su adopción esté basada en el error, aunque la resolución sea confirmada por el tribunal superior.

2.º Los daños pueden provenir de la resolución de primera instancia, aunque haya sido revocada por el tribunal superior; adviértase que en estos casos los recursos se admiten siempre sin efecto suspensivo, con lo que la revocación de la resolución puede no ser bastante para evitar los daños.

No hace falta decir que en el proceso penal las medidas cautelares se adoptan de oficio y que todas pueden producir daños, aparte de la prisión provisional.

B) *Puede ser de hecho y de derecho*

Aunque la teoría tradicional de la sentencia (pero en realidad de todas las resoluciones) como silogismo está hoy archivada en los legajos de la historia, puede ser conveniente utilizar, no la teoría, sino el silogismo para comprender en qué puede consistir el error.

a) La posibilidad de error en la premisa menor del silogismo, esto es, en los hechos, no ofrece dudas a la doctrina. Que el error fáctico es el caso típico de error judicial se descubre con sólo examinar los motivos del «recurso» de revisión, y ello tanto en lo civil como en lo penal.

Si atendemos al «recurso» de revisión comprenderemos que la sentencia pretendidamente errónea era correcta conforme a los materiales de que dispuso el juez en el momento de dictarla; esto es, que desde las afirmaciones de hecho efectuadas por las partes y los medios de prueba practicados, la sentencia era plenamente concorde con ellos. La resolución se ajustaba a la realidad procesal, aunque ésta no se correspondía con la «realidad real». Para poner de manifiesto la discordancia de la resolución respecto de la «realidad real» es preciso, en el «recurso» de revisión, utilizar elementos extraprocesales, hechos y pruebas que no fueron utilizados por el juez porque no pudo tenerlos en cuenta.

Lo anterior supone que el error de hecho se referirá al descubrimiento de nuevos hechos o a la posibilidad de utilizar nuevos medios de prueba, pero no a una valoración distinta de los medios de prueba ya utilizados para probar los hechos ya alegados. El error de hecho no puede consistir en pretender que se modifique la valoración de la

prueba efectuada por el juez, pues de lo contrario se estaría desconociendo el más elemental principio, no ya de independencia, sino de seguridad jurídica.

El artículo 121 CE ha añadido a las revisiones una ampliación de los sistemas para poner de manifiesto el error. En las revisiones existen unos motivos tasados que la jurisprudencia está interpretando restrictivamente. El artículo 121 CE implica que el error de hecho no cabe limitarlo únicamente a esos motivos; podrán alegarse cualesquiera hechos nuevos y cualesquiera medios de prueba tendentes a demostrar el error en que incurrió el juzgador. De aquí que el cauce procesal para declarar el error, como veremos, sea doble: la revisión ordinaria y el proceso específico.

b) La discusión ha surgido en torno a la posibilidad del error de derecho, esto es, en la premisa mayor del silogismo, y la doctrina se muestra mayoritariamente a favor del mismo, aunque con escasa argumentación. En principio pudiera parecer que el error de derecho no queda incluido en el error judicial. En un supuesto normal de discusión en torno a la interpretación de un artículo, no importa si de la ley penal o civil, el tribunal de primera instancia llegará a una posición que puede ser compartida o no por el tribunal de apelación y, en su caso, por el tribunal de casación; si éste considera que una interpretación es la adecuada, la estimación de que cabe error de derecho implicaría sin más la existencia de otro recurso, sea cual fuere el órgano competente para declarar el error, órgano que, en su caso, estaría por encima del Tribunal Supremo y de la Sala correspondiente.

Hay un supuesto en el proceso civil y en los similares, pero no en el proceso penal, en el que sí existe vía abierta para la declaración del error de derecho. Nos referimos al recurso en interés de la ley (artículos 1718 LEC, 185 a 187 LPL y 101 LJCA). En estos casos se trata únicamente de formar jurisprudencia, dejando intacta la situación jurídica particular creada en la resolución recurrida, pero indudablemente lo que se pretende es que la Sala correspondiente del Tribunal Supremo declare errónea una determinada interpretación efectuada por el tribunal inferior. Estimado el recurso se está partiendo de una declaración objetiva de error, obtenida no por el cauce del «recurso» de revisión ni por el del proceso especial. No creemos que entonces sea necesario reiterar la petición de error ante la misma Sala del Tribunal Supremo.

Salvado el caso anterior, la posibilidad de error hay que referirla, en nuestra opinión, cuando se trata del proceso declarativo, a los supuestos de desconocimiento absoluto de la existencia de una norma. En este supuesto no se trataría de revisar la interpretación, sino de constatar, simplemente, que el tribunal no conocía la norma aplicable. Aun en estos casos no cabe olvidar que se estaría suplantando la fun-

ción de la casación. Baste aquí recordar que en su origen francés la casación se basaba en la *contravention exprese au texte de la loi*, y que políticamente la casación nació frente a los *parlements*, que se negaban a registrar las leyes reales inaplicándolas después en el caso concreto.

Lo que ocurre con la revisión sigue siendo sintomático. Tanto en lo civil como en lo penal no existe revisión por errores de derecho, por la razón evidente de que ello supondría la existencia de otro recurso ordinario. En el derecho español existe un único caso de revisión por error de derecho, el del artículo 190 de la Ley de Procedimiento Laboral, a favor de la entidad que sustituya al Fondo de Garantía en materia de Accidentes de Trabajo, y la doctrina ha criticado su misma existencia.

La producción de daños como consecuencia de un error de derecho es más factible en el proceso de ejecución. En éste se van adoptando una serie de resoluciones que suponen injerencia en el patrimonio del ejecutado, y en ellas es más probable la no aplicación de una norma, tanto en su aspecto positivo como negativo. A ello hay que añadir que los recursos en la ejecución se admiten siempre en un solo efecto (esto es, sin suspender la marcha de la ejecución), por lo que es posible que la estimación del recurso no suponga corrección completa del daño ocasionado por la resolución impugnada.

La premisa mayor del silogismo, el derecho, estará constituida normalmente por preceptos de derecho material, por cuanto éstos son los que suelen servir de base a la estimación o desestimación de la pretensión; pero no siempre ocurrirá así. La norma procesal puede también ser base del error, y aun cabe afirmar que en el proceso de ejecución y en el cautelar la norma desconocida será normalmente procesal. Es por ello por lo que no nos hemos atrevido a hacer una distinción muy sugestiva que podría enunciarse así: el error judicial se basa en desconocimiento de norma material, y el funcionamiento anormal en infracción de norma procesal. Esta diferenciación no es admisible, aunque puede servir, como nos ha servido a nosotros, para empezar a elaborar el tema. Sí es cierto que el funcionamiento anormal se refiere siempre a la norma procesal.

En todo caso habrá de tenerse en cuenta que algunos errores de hecho podrán ser declarados por la vía de los «recursos» de revisión, mientras que otros errores de hecho y los errores de derecho tendrán que utilizar la vía procesal específica del artículo 293.1 LOPJ, a la que inmediatamente aludimos, aparte del caso del recurso en interés de la ley.

9. LA DECLARACIÓN JUDICIAL DEL ERROR

Con arreglo al artículo 293.1 de la LOPJ, antes de proceder a la reclamación de indemnización por causa de error judicial, éste ha de ser declarado expresamente en una decisión judicial. La decisión puede obtenerse por dos caminos procesales distintos, salvo lo dicho para el recurso en interés de la ley.

a) En unos casos bastará la sentencia dictada en «recurso» de revisión. Atendidos los motivos de las revisiones civil y penal, la mera existencia de la sentencia estimatoria de éstas no supone sin más el derecho a indemnización. Por ejemplo, el artículo 954, 1.º de la LECRIM establece como motivo que estén sufriendo condena dos o más personas, en virtud de sentencias contradictorias, por un mismo delito que no haya podido ser cometido más que por una sola, y en este supuesto la sentencia que estime el «recurso» declarará la existencia de contradicción entre las sentencias anteriores, anulando una y otra, y mandará instruir de nuevo la causa al tribunal a quien corresponda el conocimiento del delito; sólo después del nuevo proceso penal podrá saberse cuál de las dos sentencias anteriores era errónea y causa el daño a reparar.

Lo mismo cabe decir del caso del artículo 1796, 4.º de la LEC, cuando la sentencia fue ganada en virtud de maquinación fraudulenta; aquí la mera declaración de la existencia de ésta y la rescisión de la sentencia impugnada no suponen que se hayan producido daños indemnizables, pues el que ha interpuesto la revisión puede lograr, con la estimación de ésta, satisfacción completa de su derecho.

Hay que insistir, pues, en lo que dispone el artículo 292.3 de la LOPJ: la mera revocación o anulación de las resoluciones judiciales no presupone por sí sola derecho a indemnización.

b) En otros casos, existiendo el error judicial, no podrá declararse éste por medio de la revisión; se tratará de aquellos supuestos en los que el vicio en que se incurrió no está admitido como motivo del «recurso» de revisión. Para estos casos la LOPJ ha previsto un proceso especial, del que cabe destacar la siguiente regulación:

1.º La pretensión para el reconocimiento del error ha de interponerse en el plazo de tres meses, a contar desde el día en que pudo ejercitarse. Se trata de un plazo de caducidad, no de prescripción.

2.º El órgano judicial competente es siempre el Tribunal Supremo, pero distinguiendo dos posibilidades:

1.º Si el error se imputa a cualquier órgano jurisdiccional que no sea el propio Tribunal Supremo, la competencia corresponderá a la Sala del mismo del orden jurisdiccional correspondiente; cuando se

trate de tribunales militares, la competencia se atribuye a la Sala Segunda, de lo Penal.

2.º Si el error se imputa a una Sala o Sección del propio Tribunal Supremo, la competencia corresponde a una Sala especial del mismo, formada por el presidente del Tribunal, los presidentes de Sala y los magistrados más antiguos y más modernos de cada una de ellas.

3.º Las partes en ese proceso especial habrán de ser el perjudicado por el error, los que hubieren sido parte en el procedimiento en que se dictó la resolución a que se imputa el error, el Ministerio Fiscal y la Administración del Estado, representada por su Letrado.

4.º El procedimiento se acomodará a los trámites establecidos para el «recurso» de revisión civil, esto es, a los artículos 1801 y 1802 de la LEC. El último de los artículos citados contiene, a su vez, otra remisión al procedimiento de los incidentes, a los artículos 749 a 758 de la misma LEC. El que la sentencia ha de dictarse en el plazo de quince días (como dispone el art. 293.1,d, de la LOPJ) ha de interpretarse en el sentido de que se amplía el plazo establecido en el artículo 758 de la LEC. Como trámite específico se añade que el Tribunal Supremo pedirá informe al órgano jurisdiccional a quien se atribuye el error. Contra la sentencia del Tribunal Supremo no cabe, lógicamente, recurso alguno.

5.º Si el error no fuere estimado se impondrán las costas al petionario, se dispone expresamente; pero no se dice nada para el caso de que sí fuera estimado. Habrá de entenderse que en este segundo caso no habrá condena en costas, pero que éstas se computarán a la hora de fijar el importe de la indemnización.

6.º La mera solicitud de declaración de error no impide la ejecución de la resolución judicial a la que aquél se imputa, pero sí podrá solicitarse como medida cautelar y concederse, en su caso, en cualquier momento de la tramitación del proceso especial.

Hasta ahora no se ha producido un solo caso de incoación de este proceso especial. Debe añadirse que las resoluciones del Ministerio de Justicia, aun tratándose de hechos anteriores a la entrada en vigor de la LOPJ, exigen que los errores se hayan declarado por esta vía, y así, por ejemplo, la de 28 de noviembre de 1986.

Aunque otra cosa hubiera parecido razonable, ni en la sentencia estimando el «recurso» de revisión, ni en la sentencia declarando el error por el proceso especial, debe pronunciarse el Tribunal Supremo sobre la indemnización. Estas sentencias son sólo un paso previo para la reclamación administrativa ante el Ministerio de Justicia. El que ello es absurdo no hace falta decirlo. Con razón la doctrina ha estimado que la LOPJ ha establecido una verdadera «carrera de obstáculos». Aludiremos después a la reclamación ante el Ministerio y al recurso contencioso-administrativo (*vid.* núm. 14).

10. EL FUNCIONAMIENTO ANORMAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

La delimitación de lo que debe entenderse por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia precisa partir de conceptos que ya hemos ido adelantando. Sentemos inicialmente las afirmaciones base:

1.ª Si el artículo 121 CE y el artículo 106.2 de la misma contienen expresiones distintas, es preciso llegar con ellos a conclusiones también distintas. El artículo 106.2, al referirse a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, no distingue entre funcionamiento normal y anormal, mientras que en el artículo 121, al determinar la responsabilidad patrimonial del Estado-Juez, alude únicamente al funcionamiento anormal.

2.ª La actividad por la que puede originarse la responsabilidad patrimonial del Estado-Juez es la jurisdiccional, es decir, la que se desarrolla por medio del proceso, y en éste intervienen no sólo los jueces y magistrados sino también el denominado personal al servicio de la Administración de Justicia. El funcionamiento anormal ha de referirse al proceso, no a cualquier actividad de todas estas personas, tanto los jueces y magistrados como el resto del personal.

Con estas afirmaciones base creemos que puede llegarse a la conclusión de que el funcionamiento anormal supondrá infracción de norma procesal. La conclusión desde el punto de vista contrario no sería admisible; no todo incumplimiento de la norma procesal es funcionamiento anormal, pero sí todo funcionamiento anormal implicará infracción de la norma procesal. En ocasiones la norma procesal es violada en la resolución y entonces estaremos ante el error judicial, pero el verdadero problema consiste en dilucidar si puede existir funcionamiento anormal sin infracción de norma procesal.

En general entendemos que no, pero no podemos cerrarnos a la posibilidad de algún caso excepcional, como podría ser el de la falta de coordinación entre diversos órganos jurisdiccionales a la hora de realizar subastas, por ejemplo. Con todo, insistimos en la conclusión: el funcionamiento anormal supone ilegalidad procesal. Apresurémonos a añadir que esta ilegalidad no siempre implicará culpa subjetiva, es decir, imputable a alguna persona; en muchos casos estaremos ante una culpa objetiva del Estado. Si un órgano jurisdiccional durante un largo período de tiempo no tiene juez y el personal auxiliar se ve reducido a un oficial (como no es raro que ocurra en pequeños pueblos de España), los procesos inevitablemente se retrasarán, incumpliendo la normativa procesal, pero no por culpa de una persona, sino por culpa objetiva, porque el Estado no satisface la demanda de justicia de la sociedad.

Tradicionalmente el funcionamiento anormal, con referencia a las Administraciones Públicas, se ha concentrado en tres hipótesis: que funcionen mal, que no funcionen y que funcionen defectuosamente. Estas tres hipótesis provienen de la doctrina francesa y se han utilizado por la española. Nada impide referirlas a la Administración de Justicia.

a) Mal funcionamiento: Supondrá la existencia de una resolución y, por lo tanto, estaremos abocados al error judicial, con lo que en esta dirección lo estamos privando de contenido dentro del funcionamiento anormal.

b) Falta de funcionamiento: La falta absoluta supondría la vulneración de uno de los fundamentos del Estado de Derecho. El CC en el artículo 1.7 dispone que los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver todos los asuntos de que conozcan, y su incumplimiento está sancionado penalmente (art. 357 CP). Su falta relativa constituye lo que se denomina retardo malicioso en la Administración de Justicia y está igualmente sancionada penalmente. A partir de aquí estaríamos ante la responsabilidad penal del juez, que también supone responsabilidad patrimonial directa del Estado.

Caso extremo sería el del tribunal que no funciona porque no se cubre la plaza de juez; aquí no habría responsabilidad personal de nadie, sino incumplimiento por parte del Estado de su deber de tutelar los derechos de los ciudadanos, y de una u otra manera se reconduciría al retraso.

c) Defectuoso funcionamiento: La doctrina española se centra aquí en el caso del retraso y dice que el defectuoso funcionamiento se traduce en un proceso con dilaciones indebidas, en la terminología del artículo 24.2 CE, o fuera de un plazo razonable, en palabras del artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950.

En ocasiones la infracción de la norma procesal tendrá su remedio a través de los recursos. Si no se ha admitido un medio de prueba por el juez de primera instancia, en la segunda puede repetirse la petición y, en último lugar, cabrá recurso de casación. Por este camino, independientemente del posible error en la sentencia por no practicar una prueba, puede subsanarse la infracción de norma procesal. En otras ocasiones, como puede ser la falta o defectuosa notificación, podrá decretarse, incluso de oficio, la nulidad de actuaciones, retro trayendo éstas al momento del defecto, con lo que estamos abocados al retraso.

En resumen, creemos que el defectuoso funcionamiento se revelará normalmente como retardo, sea cual fuere la causa y sea cual fuere la indemnización oportuna. Por ello habrá de estarse a las dilaciones indebidas o al plazo razonable. Respecto de estas expresiones la doctrina española parte de que estamos ante conceptos jurídicos indetermi-

nados o abiertos que han de ser llenados de «contenido concreto en cada caso, atendiendo a criterios objetivos, congruentes con su enunciado genérico», como dice el Tribunal Constitucional en su sentencia de 14 de marzo de 1984 y en la de 23 de enero de 1985. Estos criterios objetivos son muy variados y la primera de las sentencias citadas alude a algunos de ellos:

1.º La repercusión de la distinta naturaleza del proceso en la importancia de la dilación ha sido destacada en la sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de enero de 1985, pero ello no debe afectar a la existencia o inexistencia de funcionamiento anormal, sino y en su caso al importe de la indemnización.

2.º En diversas sentencias el Tribunal Constitucional ha insistido en que la dilación indebida no se produce por el mero incumplimiento de los plazos procesales legalmente establecidos; así puede verse en las sentencias de 10 de abril de 1983, 14 de marzo de 1984 y 23 de enero de 1985, y en concreto en esta última se dice que el artículo 24.2 de la CE no ha constitucionalizado el derecho a los plazos, sino que sólo ha constitucionalizado «el derecho de toda persona a que su causa se resuelva en un tiempo razonable». Para nosotros esta afirmación es inadmisibles y niega la raíz misma del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

El Estado ha asumido, prácticamente en régimen de monopolio, la potestad jurisdiccional y, como consecuencia, reconoce a sus ciudadanos, primero, el derecho a que en la regulación del proceso se establezcan plazos razonables, tanto para la tutela efectiva de los derechos subjetivos como para garantía de la defensa, y, segundo, el derecho a que esos plazos se cumplan. Es absurdo por contradictorio decir que pueden incumplirse las normas que establecen los plazos sin que ello suponga incumplimiento del segundo derecho; todo incumplimiento de los plazos debe dar lugar a declarar la existencia de un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, sin que ello signifique sin más el derecho a la indemnización, pero por la razón distinta de que puede o no haber existido daño o perjuicio.

Por funcionamiento anormal hay que entender funcionamiento contrario a la norma, no funcionamiento que no se corresponde con las pautas más o menos frecuentes de duración del proceso. Lo más frecuente hoy es que la duración del proceso en la práctica sea mucho más prolongada que la establecida en la ley, pero ello no puede llevarnos a una actitud de resignación; el ciudadano no puede verse costreñido a admitir que el incumplimiento de la ley sea lo normal y que, por consiguiente, no puede existir derecho a la indemnización. Frente a estos pretendidos argumentos prácticos, siempre cabría alegar que si el Estado, por medio de sus jueces, no puede cumplir la ley, ésta debería ser modificada y adecuada a la realidad, sin perjuicio, en su

caso, de la declaración de inconstitucionalidad de una ley que negara el primero de los derechos dichos.

3.º En algunos procesos no puede hablarse de incumplimiento de plazos, simplemente porque éstos no existen, como ocurre en la instrucción del proceso penal. En estos supuestos cabe hablar de otro criterio: el de hacer compatible las exigencias del plazo razonable con la de una buena Administración de Justicia; aquí sí que cabe hablar de estándares de duración media y de adecuación de la duración a la realidad que viene impuesta por lo que es posible hacer.

4.º Lo anterior se complementa con el criterio de la complejidad del litigio, el cual sólo tiene aplicación cuando no existen plazos establecidos legalmente o cuando la propia ley es flexible en los plazos con referencia a la dificultad del asunto. En este sentido es inadmisibles la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que hace referencia a la complejidad cuando se trata del retraso por el incumplimiento de un plazo, como ocurre en algunas de las sentencias citadas. Si en la ley se establece un plazo para dictar sentencia, no cabe referirse a que el asunto sea complejo, justificando un mayor tiempo para su estudio, reflexión y redacción del texto judicial.

5.º La mayor duración del proceso puede deberse a la propia actuación de la parte que luego pide la indemnización por funcionamiento anormal. Este supuesto se contempla en el artículo 295 de la LOPJ para negar el derecho a la indemnización, y a él ha hecho referencia, aunque de manera indirecta, la sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de marzo de 1984. El artículo 295 se refiere a conducta dolosa o culpable del perjudicado, y en la culpa hay que entender incluida también la negligencia por omisión. Es cierto que en todos los procesos declarativos españoles rige el impulso de oficio, con arreglo al cual el órgano jurisdiccional ha de dar a los pliegos el curso legal, sin esperar a la excitación de las partes, pero ello no impide estimar que en ocasiones el retardo puede provenir de la propia parte que tarda en cumplimentar, por ejemplo, un exhorto.

6.º En los últimos tiempos es muy frecuente aludir en las sentencias a que se ha incumplido el plazo para dictarla debido a la cantidad de trabajo que pesa sobre el juzgador o por atender asuntos penales preferentes; expresiones de este tenor son ya cláusulas de estilo admitidas sin rubor. Estamos aquí también en un supuesto en el que puede faltar la culpa subjetiva, pues evidentemente no se puede pedir a un juez o tribunal que realice más trabajo del que está obligado legalmente a hacer, pero en el que existirá culpa objetiva del Estado.

En resumen, el funcionamiento anormal no puede excusarse en el volumen de trabajo. En algunas resoluciones del Ministerio de Justicia (como la de 30 de diciembre de 1986), ante la paralización del procedimiento, no imputable al órgano jurisdiccional, sino al excesivo

número de asuntos que dicho órgano debe resolver, se niega incluso la existencia de funcionamiento anormal, pero ello va contra lo que el propio Estado, como legislador, ha prometido a sus ciudadanos, con lo que se incurre en una flagrante contradicción. Lo inadmisibles es que el Tribunal Constitucional ha admitido que una dilación de dos años en dictar sentencia no es funcionamiento anormal (claro que, cuando él mismo incumple con total reiteración los plazos, no puede esperarse otra cosa).

Aunque no exista una norma que con claridad lo declare, el Consejo General del Poder Judicial y el Ministerio de Justicia parecen concordar en estimar que al primero «compete de manera privativa y excluyente el determinar si ha existido o no funcionamiento anormal» (resolución de 16 de diciembre de 1986).

11. EL SUPUESTO ESPECÍFICO DE LA PRISIÓN PROVISIONAL O PREVENTIVA

Como decíamos al iniciar el estudio de los supuestos de imputación, a los dos previstos con carácter general en el artículo 121 CE, el artículo 294 LOPJ ha añadido uno específico relativo a la prisión provisional o preventiva. El artículo en su párrafo primero dice literalmente: «Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios.»

En el derecho procesal español la regulación de la prisión provisional se establece, primero, en el artículo 17 CE y, después, en los artículos 503 y 504 de la LECRIM.

En la Constitución, artículo 17, se regula el derecho a la libertad, se prevé la detención, fijando el plazo máximo de 72 horas en las cuales el detenido ha de ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial, se dispone que la ley regulará un procedimiento de «*habeas corpus*» (lo que se ha realizado por la ley de 24 de mayo de 1984) y, por último, se dice que «por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional».

El desarrollo de este último punto se encuentra en los artículos 503 y 504 de la LECRIM, que en los últimos tiempos han sufrido constantes modificaciones. El texto original era el de la fecha primitiva de la LECRIM, es decir, 1882, pero los vaivenes políticos llevaron a las leyes de 22 de abril de 1980, de 23 de abril de 1983 y de 26 de diciembre de 1984; en la última se ha efectuado una vuelta a lo establecido en 1882, aunque con el añadido de los plazos máximos de duración.

Según el artículo 503, en la redacción actual, para decretar la prisión provisional es preciso:

1.º Que conste en la causa la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito.

2.º Que el delito tenga señalada pena superior a la de prisión menor (a partir de seis años y un día), o bien que cuando tenga señalada pena de prisión menor o inferior considere el juez necesaria la prisión preventiva atendidos los antecedentes del imputado, las circunstancias del hecho, la alarma social o la frecuencia con que se cometen hechos análogos.

3.º Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión.

Lo anterior tiene dos correcciones. Por un lado se acordará la prisión provisional si, concurriendo los requisitos 1.º y 3.º anteriores, el inculcado no hubiere comparecido, sin motivo legítimo, al primer llamamiento del juez o tribunal, o cada vez que éste lo considere necesario. Por otro, aunque el delito tenga señalada pena superior a prisión menor, el juez puede acordar la libertad del imputado, mediante fianza, si éste carece de antecedentes penales, y se puede creer fundadamente que no tratará de sustraerse a la acción de la justicia, y si el delito no ha producido alarma ni es de los que se cometen con frecuencia.

Todo ello se completa con la duración máxima, establecida en el artículo 504 con estos límites:

1.º Tres meses, si al delito corresponde pena de arresto mayor (entre un mes y un día y seis meses).

2.º Un año, si la pena es de prisión menor (de seis meses y un día a seis años).

3.º Dos años, cuando la pena es superior a prisión menor (por encima de los seis años y un día hasta los treinta años, que es la pena máxima que puede imponerse en el derecho español).

Todavía se prevén supuestos excepcionales de prolongación de la prisión preventiva en los casos 2.º y 3.º, que puede llegar hasta dos y cuatro años, respectivamente.

Delimitado así el marco legislativo de la prisión preventiva, conviene aludir simplemente al aspecto práctico. Conforme a las estadísticas de 1986, el 15 de junio de ese año existían en las cárceles españolas un total de 26.012 personas, de las cuales 12.317 eran presos preventivos, es decir, el 47,35 por 100. Con estos simples datos, sin nada más, se comprende (aunque no se justifique) la tendencia regresiva del legislador a la hora de regular la responsabilidad patrimonial del Estado-Juez por los daños ocasionados como consecuencia de la prisión preventiva.

Los casos que podrían originar responsabilidad son los siguientes, y

hay que advertir que en su explicación será necesario detenerse para aclarar situaciones a los no familiarizados con el derecho español:

A) Prisión provisional seguida de absolución en el juicio

Según dispone el artículo 144 de la LECRIM, la sentencia absolutoria se entiende siempre libre, lo que supone que no existe en nuestro derecho la absolución por falta de pruebas, como se da en el derecho italiano. En España, si la sentencia es absolutoria, en ningún caso puede reanudarse el proceso contra la misma persona, ni siquiera cuando con posterioridad se descubren nuevas pruebas en contra del acusado absuelto.

La absolución libre no impide que, en los fundamentos de la sentencia, pueda basarse aquélla, bien en la inexistencia del hecho, bien en que éste no es constitutivo de delito, bien en que el acusado no tuvo participación alguna en él, bien en la falta de pruebas capaces de destruir la presunción de inocencia. Si la causa no importa a la hora de determinar los efectos de la absolución, sí va a importar cuando se trata de reconocer derecho a indemnización por los perjuicios ocasionados con la prisión preventiva. Así, el artículo 294 reconoce este derecho sólo cuando la absolución se ha producido por inexistencia del hecho imputado.

Esta extremadamente restrictiva redacción está suponiendo en la práctica la inexistencia del derecho a la indemnización. Hasta ahora, en lo que conocemos, en ningún caso se ha reconocido indemnización por prisión seguida de absolución. La inexistencia del hecho no se ha dado nunca.

En varias resoluciones ministeriales se hace referencia a que la absolución se debió a falta de pruebas, supuesto no contemplado en el artículo 294. Así, las resoluciones de 12 y 31 de marzo de 1986 y otras muchas posteriores. En la última citada se dice que el fundamento absolutorio del reclamante estribó «únicamente en la falta de prueba suficiente de su conocimiento y participación personal en la actividad delictiva de sus compañeros de movimientos (vendedores de «hachís»), y aunque tal fundamento sea absolutamente idéntico en el resultado de libre absolución penal, carece de esta identidad en cuanto a la ulterior posibilidad de reclamación de indemnización».

En algún otro caso se alude a que ha de tratarse de inexistencia del hecho, no del delito, como ocurre en dos resoluciones de 21 de octubre y una de 31 de octubre de 1986. En la última se dice que el artículo 294 se refiere «a la inexistencia del hecho imputado, no a la inexistencia del delito, y si bien en el caso presente faltan los elementos para completar el tipo penal (la violada, aunque padecía oligofrenia, tenía una edad mental superior a los doce años), lo que motivó la sentencia ab-

solutoria, el hecho en sí mismo, como acaecimiento de la vida real, existió» y por lo tanto no existe derecho a la indemnización.

B) Prisión provisional seguida de condena a pena inferior

A pesar de la duración máxima de la prisión preventiva puede ocurrir, y de hecho no es caso raro, que la pena de privación de libertad impuesta en la sentencia sea por tiempo inferior al sufrido en prisión preventiva. En este caso no existe derecho a indemnización. Así lo han declarado algunas resoluciones del Ministerio de Justicia, como las de 30 de junio y 21 y 31 de octubre de 1986.

C) Prisión provisional seguida de sobreseimiento libre

El sobreseimiento es figura jurídica que requiere alguna explicación. En el derecho español no existe la absolución por falta de pruebas, pero existe el sobreseimiento en sus dos modalidades de libre y provisional.

Acabada la instrucción de la causa, y previa petición de las partes acusadoras, el tribunal tiene que pronunciarse entre la apertura del juicio oral o el sobreseimiento (arts. 627 y 632 de la LECRIM). Este último, cuando es libre, es en realidad una forma de terminación del proceso penal que produce los efectos de cosa juzgada, lo mismo que la sentencia absolutoria, impidiendo la realización de un segundo proceso por el mismo hecho y respecto del mismo acusado. Este tipo de sobreseimiento procede: 1) Cuando no existen indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que dio lugar a la formación de la causa, 2) Cuando el hecho no sea constitutivo de delito, y 3) Cuando aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados (art. 637 de la LECRIM).

Conforme al artículo 294 LOPJ, el derecho a indemnización surgirá sólo cuando se dicte auto de sobreseimiento libre y éste se funde precisamente en la primera de las causas dichas. Ello en la práctica será de difícil realización, sobre todo si se tiene en cuenta que las circulares de la Fiscalía del Tribunal Supremo han ordenado a los fiscales extremar la prudencia a la hora de solicitar sobreseimientos libres; así pueden verse las circulares de 2 de septiembre de 1985 y, sobre todo, la de 10 de octubre de 1987. Esta última se refiere a que sólo se pedirá el sobreseimiento por la causa primera cuando del sumario apareciere con claridad su procedencia, debiéndose solicitar en caso contrario la apertura del juicio oral, aunque sea formulando conclusiones en forma alternativa y a reserva de modificarlas después de practicadas las pruebas.

En la práctica que hemos conocido hasta ahora las peticiones de

indemnización no se han basado nunca en la existencia de sobreseimiento libre.

D) Prisión provisional seguida de sobreseimiento provisional

Este sobreseimiento no concluye el proceso penal, sino que simplemente lo suspende, pudiendo reanudarse en el momento en que se descubran nuevos datos. Procede: 1) Cuando no resulte debidamente justificada la perpetración del delito que dio lugar a la formación de la causa, y 2) Cuando acreditada la comisión de un delito no haya motivos suficientes para acusar a determinada persona (art. 641 LECRIM). Se trata, pues, de insuficiencia objetiva o subjetiva de justificación.

En todo caso no existe aquí posibilidad de indemnización y así lo reconoce, por ejemplo, la resolución de 10 de julio de 1986.

E) Prisión preventiva con auto de procesamiento y levantamiento de éste con libertad del imputado

A lo largo del sumario, si concurren indicios racionales de criminalidad (art. 384 LECRIM), el juez instructor debe dictar auto de procesamiento, que consiste básicamente en la imputación de un delito a una persona. Dado que el sumario como investigación continúa aun después del auto de procesamiento, es perfectamente posible, y de hecho ocurre, que aquellos indicios racionales se desvanezcan. En este caso lo procedente es levantar el auto de procesamiento y poner en libertad al hasta entonces imputado.

Conforme al artículo 294 LOPJ, tampoco existe aquí derecho a indemnización, y sin embargo, se ha producido un caso muy grave resuelto en la resolución de 31 de diciembre de 1986, que pone de manifiesto la injusticia. Un hombre fue detenido y, con auto de procesamiento, ingresado en prisión provisional por el homicidio agravado (asesinato en el CP español) de la mujer que vivía maritalmente con él. En esta situación permaneció durante un año, tres meses y 14 días, hasta que casualmente se descubrió a los verdaderos autores del hecho, que fueron después condenados.

En este caso el Ministerio de Justicia ha insistido en que el hecho existió y que, por lo tanto, la aplicación literal del artículo 294 LOPJ impedía conceder la indemnización. Frente a esta interpretación, el dictamen del Consejo de Estado entendió que «cuando se prueba que una persona no cometió un hecho que se le había imputado, puede hablarse con propiedad de la inexistencia de ese hecho tal y como lo había definido la imputación, es decir con la persona imputada en el papel de sujeto de la acción. La mejor doctrina ha acuñado para estos

casos la fórmula de "inexistencia subjetiva del hecho". Cabe concluir que el artículo 294.1 de la LOPJ será aplicable siempre que se pruebe la inocencia del imputado que sufrió prisión provisional; no beneficiará en cambio a aquellos que hubiesen sido absueltos por no haber quedado suficientemente probado que cometieran el hecho de que se les acusó.»

F) Prisión preventiva sin auto de procesamiento decretándose luego la libertad sin cargo alguno

La doctrina española ha discutido sobre si puede existir prisión provisional sin auto de procesamiento; la discusión continúa, pero en la práctica no son infrecuentes los casos en que se produce prisión preventiva sin procesamiento. Si después llega a decretarse la libertad sin cargo, tampoco estaríamos ante un supuesto indemnizable.

En síntesis, el derecho a indemnización nace en un único caso: cuando no ha existido el hecho natural imputado al que ha sufrido la prisión provisional; la inexistencia puede declararse, bien en la sentencia absolutoria, bien en el auto de sobreseimiento libre. Ello conduce inevitablemente a la inutilidad, como demuestra el que hasta finales de 1986 no se haya reconocido ni una sola indemnización.

Un resquicio de esperanza dejan abierto las resoluciones ministeriales. En primer lugar hay que advertir que ya el Consejo General del Poder Judicial, en su acuerdo de 16 de abril de 1986, admite que el artículo 294 LOPJ no agota otros posibles supuestos de prisión preventiva susceptibles de indemnización por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, y específicamente que en los casos en que la prisión provisional sufrida sea superior a la pena impuesta después, habrán de ponderarse las particulares circunstancias concurrentes en el proceso para informar en el sentido de si ha existido o no anormal funcionamiento.

En segunda lugar, el propio Consejo de Ministros admite que no todos los supuestos de daños conectados a la prisión provisional tienen únicamente el cauce indemnizatorio del artículo 294 LOPJ. «Concurriendo los presupuestos de responsabilidad que define el artículo 292 podrá hacerse valer una pretensión indemnizatoria por haber sufrido prisión por los cauces del artículo 293», dice la resolución de 31 de diciembre de 1986. Esto significa que la prisión provisional tendrá en realidad tres cauces de indemnización:

1.º El específico del artículo 294 que se refiere a la inexistencia del hecho.

2.º El del error judicial que podría intentarse incluso antes de que se terminara el proceso penal, acudiendo al proceso especial.

3.º El del funcionamiento anormal, en el que el Consejo General del Poder Judicial ya ha admitido la posibilidad.

De momento, insistimos, lo único cierto es que nunca se ha concedido indemnización, salvo que los tribunales de lo contencioso-administrativo revoquen las resoluciones del ministro o del Consejo de Ministros.

12. LA EXISTENCIA DE UN DAÑO

El artículo 292.2 de la LOPJ exige, para que surja el derecho a indemnización, que exista en todo caso un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas. Con esta fórmula no se está estableciendo nada original, sino que simplemente se copia lo que dispone el artículo 40.2 de la LRJAE. Por ello la doctrina y la jurisprudencia formada en torno a ésta es trasladable a la LOPJ, aunque con las debidas cautelas. Consecuentemente:

a) Para que exista lesión o daño es precisa la producción de un detrimento patrimonial antijurídico, no porque la actividad del autor sea necesariamente antijurídica, sino porque el sujeto que la sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio.

b) El daño puede ser de cualquier naturaleza: material, personal o moral.

c) Ha de ser efectivo en el sentido de real, excluyéndose las meras posibilidades, los daños eventuales y aun inseguros en su producción.

d) Evaluable económicamente hace referencia a la posibilidad de convertirse en dinero. En la práctica se ha dado ya un supuesto de funcionamiento anormal que el Ministerio de Justicia desestimó por no poder cuantificar la indemnización (se trata de la resolución de 30 de mayo de 1986).

En síntesis el caso era el siguiente. Una serie de sociedades inmobiliarias imputaron a una revista de información general la realización, durante dos años, de una campaña de desprestigio de aquéllas, motivada en problemas personales de carácter familiar entre el dueño de la revista y uno de los principales propietarios de las sociedades. Se iniciaron así una serie de procesos penales, respecto de alguno de los cuales el Consejo General del Poder Judicial declaró la existencia de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia por retraso. Aparte de porque algunas de las causas penales no habían finalizado, con lo que estaba todavía por saberse el resultado de los procesos y, sobre todo, de la responsabilidad civil de que debían responder los periodistas y la revista, como responsable civil subsidiaria, se desestimó la petición de indemnización porque era imposible determinar los

daños que se debían a la propia marcha de las sociedades, que se encontraban en dificultades económicas, y el derivado del retardo en la Administración de Justicia.

e) Ha de individualizarse, esto es, poder referirse al patrimonio de una persona concreta o a un grupo de ellas.

La jurisprudencia aquí se ha referido, con ocasión de la responsabilidad de la Administración Pública, a que el daño no puede exceder de lo que hay que considerar cargas comunes de la vida social (así, sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 1985, Sala 4.ª, RA 1812). Esta doctrina, si llega a aplicarse al funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, puede ser muy peligrosa. En la actualidad puede afirmarse que no existe proceso alguno que tenga la duración prevista en la ley, y por ese camino de las «cargas comunes» podría llegarse a considerar que una de esas cargas consiste en soportar las deficiencias que se califican de «normales» en cuanto frecuentes. Esto sería la negación misma del funcionamiento anormal.

Hay que repetir que lo normal es, sobre todo, lo que se ajusta a la norma, por lo que el juzgador no puede entrar a valorar aquí las causas del retardo, salvo que se deba a la propia parte que pide la indemnización. Cuando el legislador ha señalado un plazo es porque cree que es suficiente para realizar el acto procesal de que se trate. El propio Estado no puede luego, aunque sea por medio de un órgano distinto, decir que lo «normal» es que se incumplan esos plazos, por lo que existen dilaciones que podrían calificarse de admisibles y otras que son inadmisibles.

Aparte de estas notas generales, el artículo 294.2, y con relación únicamente a la prisión provisional, precisa que la cuantía de la indemnización se fijará en función del tiempo de privación de libertad y de las consecuencias personales y familiares que se hayan producido.

13. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

Naturalmente entre los supuestos de imputación y el daño producido ha de existir una relación de causa a efecto.

La LOPJ excluye la relación de causalidad, y con ella el derecho a indemnización, en dos casos concretos:

1.º Fuerza mayor, en el artículo 292.1: La exclusión de la fuerza mayor se efectúa también en el artículo 106.2 CE y en el artículo 40 de la LRJAE, y en los dos no hay referencia al caso fortuito; como tampoco la hay en el artículo 292.1 LOPJ habrá que entender que éste no opera como exclusión.

2.º Conducta dolosa o culposa del perjudicado, artículo 295 LOPJ: En este punto la experiencia que se tiene en materia de responsabili-

dad patrimonial del Estado es que se ha producido una clara evolución. Inicialmente la jurisprudencia se inclinaba con decisión por exigir una causalidad inmediata y exclusiva, con lo que cuando existía culpa del perjudicado se negaba siempre su derecho a indemnización. Últimamente se ha ido admitiendo la concurrencia de culpas o bien la concurrencia de causas y con ella el reparto de la deuda en la proporción correspondiente.

Lo dudoso ahora es que la doctrina formada en torno a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas sea trasladable al caso del Estado-Juez, y ello como consecuencia de la norma expresa del citado artículo 295 LOPJ. Parece claro que cuando se trata de que el error judicial o el funcionamiento anormal se ha producido por dolo del propio perjudicado o exclusivamente por su conducta culposa, no habrá lugar a indemnización. El problemático es el supuesto de concurrencia de causas, siendo una de ellas la conducta culposa del perjudicado, ante la dicción tajante del artículo que habla de «en ningún caso».

A pesar del tenor literal del artículo creemos que, cuando exista concurrencia de causas, no debe excluirse sin más la indemnización. La culpa del perjudicado deberá tenerse en cuenta a la hora de fijar el importe de aquélla, pero no debe suponer exclusión. Sin embargo, no es éste el criterio apuntado en alguna resolución del Ministerio que parte del informe del Consejo General del Poder Judicial. En concreto, se llega a decir que no existió funcionamiento anormal a pesar de que la pieza separada de embargo preventivo estuvo paralizada durante más de tres años sin que el Juzgado adoptara decisión alguna sobre el incumplimiento de las obligaciones impuestas al depositario, «porque no es menos cierto... que el hoy compareciente en ningún momento intentó acción alguna en defensa de sus derechos, ya de carácter civil —como pudiera haber sido la tercería de dominio a que alude en su escrito inicial—, ya de naturaleza penal, a la vista de la rebeldía del depositario frente al mandato judicial, lo que podía inducirle a sospechar la existencia de un ilícito propósito de apoderamiento definitivo de los bienes embargados. Esa dejación de los medios facilitados por el ordenamiento jurídico para reaccionar eficazmente frente a una actuación judicial que se reputa anómala y perjudicial, debe impedir la emisión de un criterio favorable a la procedencia del resarcimiento que se pretende». Estas son palabras literales del informe del Consejo General del Poder Judicial que el Ministerio recoge en su resolución de 16 de diciembre de 1986.

Excluidos estos casos, la causalidad debe basarse en la existencia de una relación necesaria entre el título de imputación y el daño. No cabe exigir que la relación sea directa. En nuestro ordenamiento jurídico los daños y perjuicios de que debe responder el deudor, por su

falta de cumplimiento, son aquellos que son consecuencia necesaria de ésta, dice el artículo 1107 CC, y de ahí que la jurisprudencia no exija relación directa.

El problema más grave será, con todo, el de la concurrencia de causas, cuando una de ellas provenga de la conducta de un tercero. Por este camino la jurisprudencia española en materia civil ha llegado a establecer con toda claridad la naturaleza solidaria de la responsabilidad, y ello naturalmente sin perjuicio del derecho de repetir del condenado. Esta construcción es perfectamente aplicable al caso que estudiamos, como único medio de garantizar los derechos del perjudicado.

14. EL PROCEDIMIENTO PARA EXIGIR LA RESPONSABILIDAD

Hemos visto antes cómo la indemnización por causa de error judicial deberá ir precedida de una decisión también judicial que expresamente lo reconozca, decisión que puede provenir directamente de la sentencia dictada en recurso de revisión o a través del proceso específico (aparte del recurso en interés de la ley).

A) *Vía administrativa*

Partiendo de esa declaración, el procedimiento es el mismo ya tanto en el caso de error judicial como de funcionamiento anormal o de prisión provisional (arts. 293.2 y 294.2 LOPJ). El interesado dirigirá su petición indemnizatoria directamente al Ministerio de Justicia, tramitándose la misma conforme a las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial del Estado.

La atribución de competencia al Ministerio de Justicia para decidir en vía administrativa las reclamaciones de indemnización ha sido criticada por la doctrina. Se ha dicho así que atribuir la decisión de la reclamación al Ministerio supone facilitar su injerencia en los asuntos del Poder Judicial independiente, atribuyéndole una potestad de valoración de la actividad de éste. Si el argumento que se pretende utilizar por el legislador es el de la personificación única del Estado por medio de la Administración Pública, lo lógico sería entonces atribuir la decisión al Ministerio de Economía y Hacienda, por tratarse entonces de un problema presupuestario. En último caso bastará con decir que el Poder Judicial se personifica administrativamente por medio del Consejo General.

Todas estas críticas, que son evidentes en su contenido, manteniendo su base política pierden su base jurídica a la vista de las compe-

tencias que la LOPJ atribuye al Consejo General. Este legalmente no tiene competencia presupuestaria alguna, no ya sólo a la hora de hacer el presupuesto del Poder Judicial, sino incluso cuando se trata de la capacidad de gasto. Conforme al artículo 37 LOPJ, es el Gobierno, por medio del Ministerio de Justicia, el que provee a los tribunales de los medios precisos para el desarrollo de su función. Esta decisión política del artículo 37 hace imposible convertir al Consejo General en el órgano que ha de decidir el reconocimiento o no de indemnización.

Además no cabe olvidar que en el caso de error judicial se debe partir de una decisión judicial previa y que cuando se trata de funcionamiento anormal el propio Ministerio viene entendiendo, de conformidad con los dictámenes del Consejo de Estado, que los principios de separación de poderes e independencia del Poder Judicial significan que ese funcionamiento anormal debe ser estimado exclusivamente por los órganos de ese Poder y en concreto por el Consejo General, pudiendo solamente la Administración entrar a apreciar los aspectos del daño efectivo e individualizado y la evaluación económica (así, en la resolución de 21 de octubre de 1986).

La petición, pues, se ha de presentar al ministro de Justicia y éste la tramitará conforme a lo dispuesto en el artículo 134 del reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, aprobado por decreto de 26 de abril de 1957, por cuanto ése es el procedimiento para la responsabilidad patrimonial del Estado.

El reclamante habrá de especificar en su escrito las circunstancias en que el daño se produjo, aportando las pruebas que estime oportunas para justificar su existencia y valoración. La Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia pedirá los informes y procederá a la práctica de las pruebas que estime oportunas, emitiendo propuesta de resolución en el plazo de dos meses. Entre esos informes puede estar el del Servicio Jurídico del Estado, encuadrado en el mismo Ministerio, y el del Consejo General del Poder Judicial; en concreto éste decidió en su acuerdo de 16 de abril de 1986: «Estimar que procede emitir por el Consejo los informes que le sean recabados por el Ministerio de Justicia en expedientes ante él sustanciados sobre reclamaciones por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, concretando dichos informes a determinar si se ha producido el pretendido funcionamiento defectuoso.»

El expediente será remitido, después, al Consejo de Estado que dictaminará en el plazo de un mes. Emitido el dictamen resolverá el ministro; cuando éste disienta del parecer del Consejo de Estado, corresponderá en todo caso resolver al Consejo de Ministros (art. 2.5 de la Ley de 22 de abril de 1980, orgánica del Consejo de Estado).

Si en el plazo de tres meses no existe resolución, el interesado podrá denunciar la mora y, transcurridos otros tres meses, podrá con-

siderar denegada su petición, a los efectos de formular recurso contencioso-administrativo.

De los expedientes que hemos examinado el término medio de duración no es inferior al año, no siendo infrecuente el año y medio.

B) Vía judicial

Contra la resolución administrativa, sea del ministro o del Consejo de Ministros, cabe acudir a la vía judicial, siendo competentes los tribunales de lo contencioso-administrativo. El artículo 3, b de la LJCA lo establece claramente, aunque se dictó pensando sólo en la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. En concreto, el órgano competente para la instancia será la Audiencia Nacional, si el acto proviene del ministro, y el Tribunal Supremo si el acto procede del Consejo de Ministros; en el primer caso cabe recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

Como conclusión puede afirmarse que procedimiento y calvario son términos sinónimos. Frente a un error judicial no declarado en revisión, el perjudicado tiene que instar el proceso especial ante la Sala correspondiente del Tribunal Supremo, después acudir al Ministerio de Justicia y, por último, volver al Tribunal Supremo, en su caso. Aunque se trate sólo de funcionamiento anormal, debe acudir al Ministerio de Justicia y luego, y en su caso, al Tribunal Supremo. Aludíamos antes a la expresión doctrinal de «carrera de obstáculos» y aun cabría decir que es más fácil ganar una medalla en las olimpiadas.

15. ÚLTIMA Y DECEPCIONANTE VISIÓN PRÁCTICA

Desde la entrada en vigor de la LOPJ, el 3 de julio de 1985, y hasta el 31 de diciembre de 1986 se resolvieron en el Ministerio de Justicia un total de 32 expedientes; sólo en uno de ellos se llegó a conceder indemnización, mientras que en todos los demás fueron desestimadas las peticiones; algunas de ellas estarán ahora pendientes ante los tribunales.

Con todas las salvedades del caso aludimos a una noticia publicada en los periódicos el 2 de marzo de 1987. Según ella, durante 1986 entraron en el Ministerio un total de 121 solicitudes de reclamación de indemnización.

De las 32 resoluciones dichas se referían a prisión provisional 23, y en ninguna hubo indemnización; 2 pueden calificarse relativas a error judicial, 5 sobre funcionamiento anormal y otras 2 son de difícil encuadre. Vamos ahora a resumir la única resolución en la que se concedió indemnización, la de 18 de diciembre de 1986.

Prescindiendo de los problemas de derecho específicamente español y a grandes rasgos, estamos ante 24 trabajadores que, divididos en dos grupos, obtuvieron sendas sentencias condenando a la misma empresa a la readmisión. Instada la ejecución, la Magistratura de Trabajo de Guipúzcoa debió dictar el auto correspondiente lo más tarde el 22 de octubre de 1979, pero fueron pasando los días, los meses y los años y el auto no se dictaba por el magistrado sustituto, el cual, por fin, lo dictó el 9 de noviembre de 1983, esto es, cuatro años después y convirtiendo la no readmisión en indemnización.

Las peticiones acumuladas de indemnización se presentaron en el Ministerio el 17 de diciembre de 1984, es decir, antes de la promulgación de la LOPJ, pero todavía su tramitación permitió que se les aplicara esta Ley, de acuerdo con el ámbito temporal que vimos en el núm. 6. El Consejo General del Poder Judicial estimó que se había producido el funcionamiento anormal y el Ministerio estimó asimismo la petición. Por tratarse de un retraso en la percepción de una suma de dinero, el importe de la indemnización fue el interés legal del dinero, que para 1986 era el 10,50 por 100.

En conclusión, a 24 de trabajadores se les abonaron 7.366.204 pesetas, de modo tal que 19 percibieron 306.626 pesetas y 5 la suma de 328.062 pesetas (para saber las liras hay que multiplicar por 10).

Después de estos datos y cifras no son necesarios los comentarios. Estos se hacen por sí solos.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

A la hora de elegir las fuentes bibliográficas hemos partido de una decisión conscientemente tomada: ofrecemos aquí al lector únicamente bibliografía española. Si no hemos entendido mal, la intención de los organizadores del encuentro es recoger la situación de la responsabilidad civil de los jueces y la responsabilidad del Estado en los diferentes países invitados. En estas circunstancias, caería de sentido referirse a fuentes distintas de las del país del ponente.

No hace falta decir que esta subponencia se refiere sólo a la responsabilidad patrimonial objetiva del Estado-juez.

1. Una completa relación crítica de los estudios publicados hasta su fecha puede verse en L. MARTÍN REBOLLO, *Bibliografía sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración*, en *Revista de Administración Pública*, 1980, número 91, pp. 309-341. Un excelente resumen en GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, II, Madrid, 1984, pp. 321-377; la cita concreta de estos autores en pp. 335-337.

2. A) Sobre el Estado-legislador hay que ver J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *La teoría de la responsabilidad del Estado legislador*, en *Revista de Administración Pública*, 1972, núm. 68, pp. 57 y ss. Después de la Constitución y de la regulación del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad las cosas son muy distintas.

La teoría mayoritaria de la no extensión de la responsabilidad patrimonial al Estado-Juez puede verse en GONZÁLEZ BERENGUER, *Función pública y acciones de*

responsabilidad civil, en *Revista de Administración Pública*, 1962, núm. 39, páginas 205 y ss., y J. ALMAGRO NOSBET, *Problemática del «recurso» de responsabilidad civil contra jueces y magistrados*, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1972, 2-3, pp. 349-351. Opinión más matizada la de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La responsabilidad del Estado por funcionamiento ilegal de sus órganos en el Derecho español*, en *Revista de Derecho Administrativo y Fiscal*, 1964, núm. 7, pp. 7 y ss. Partidario de la extensión del art. 40 de la L.R.J.A.E. al Estado-Juez era ALVAREZ GENDÍN, *El poder judicial independiente en cuanto a su responsabilidad disciplinaria, a su responsabilidad penal y a su responsabilidad exigible por los particulares*, en «Problemática de la ciencia del Derecho. Estudios en homenaje al prof. Pi Suñer», Barcelona, 1962, pp. 77 y ss., y en especial p. 84, y en su libro *La independencia del Poder Judicial*, Madrid, 1965, pp. 130 y ss.

Las sentencias del Tribunal Supremo se citan por RA, es decir, por Repertorio Aranzadi (colección particular de gran difusión en España), el dictamen de la Dirección General de lo Contencioso del Estado por sus *Anales*, 1976, páginas 53-60, y las resoluciones del Ministerio de Justicia por disponer de fotocopia de ella, así como de todas las que luego se citan, proporcionadas por el Director General de Relaciones con la Administración de Justicia, señor Xiol.

B) La opinión mayoritaria puede verse en GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso*, II, cit., pp. 343-345, de donde procede la matización relativa a la Administración del Estado como soporte estructural básico. En el mismo sentido, MARTÍN REBOLLO, *Jueces y responsabilidad del Estado*, Madrid, 1983, pp. 79-83 y en *La responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia*, en *Documentación Jurídica*, 1985, núms. 45-46; L. MOSQUERA, *La responsabilidad del Estado por los daños causados por el funcionamiento de la Administración de Justicia*, inédito, citado por J. SOLCHAGA, *La responsabilidad del Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia*, en la obra colectiva *El poder judicial*, Madrid, 1983, p. 2572; M. GODED, *La responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia*, en la misma obra, tomo I, pp. 322-323; F. SOSA, *Jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de responsabilidad de la Administración de Justicia*, en la misma obra, tomo III, p. 2597. También G. FERNÁNDEZ FARRERES, *La responsabilidad patrimonial del Estado-Juez*, en la revista *Poder Judicial*, 1984, núm. 12, pp. 61 y ss.

3. A) a) La opinión de GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ puede verse en su *Curso*, II, cit., p. 344, que en este punto reproduce lo dicho ya en la primera edición de 1977.

b) También en el *Curso*, loc. cit. En contra, por ejemplo, ALMAGRO, *Problemática*, cit., p. 349.

B) Que la revisión no es un recurso, a pesar de la terminología legal, es algo plenamente admitido en España, y así, véanse V. FAIREN, *Doctrina general de los medios de impugnación y parte general del Derecho procesal*, en sus *Estudios de Derecho procesal*, Madrid, 1955, pp. 353 y ss.; M. FENECH, *Derecho procesal penal*, tomo II, Barcelona, 1960, pp. 1198-1200, y T. MUÑOZ ROJAS, *Estudio sobre la revisión penal*, en *Revista de Derecho Procesal*, 1968, I, pp. 58 y ss. El tema ha sido estudiado con más amplitud en lo civil y así, CALVO SÁNCHEZ, *La revisión civil*, Madrid, 1977, y DOVAL DE MATEO, *La revisión civil*, Barcelona, 1980.

Sobre el CP de 1822, véase L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, tomo I, Buenos Aires, 1964, 3.ª ed., p. 757. El art. 179 decía: «Todo el que, después de haber sufrido un procedimiento criminal fuese declarado absolutamente inocente del delito o culpa sobre el que se hubiere procedido, será inmediata y completamente indemnizado de todos los daños y perjuicios que hubiere sufrido en su persona, reputación y bienes, sin exigírsele para ello costas ni gasto alguno; y si lo apeteciere se encargarán de representar sus veces en la demanda de

indemnización un promotor fiscal, como si se procediese de oficio. Sin embargo, siempre que no haya alguna imposibilidad que lo estorbe, se hará la indemnización en la misma sentencia que declare absolutamente inocente al procesado. Si esto no pudiese verificarse, se declarará y hará la indemnización por el orden prescrito en el código de procedimiento.» Sobre su vigencia, véase A. FIESTAS LOZA, *Algo más sobre la vigencia del Código Penal de 1822*, en *Revista de Historia del Derecho*, 1977-1978, II, 1, pp. 55 y ss.

Respecto del caso concreto a que nos referimos en el texto, el film «El crimen de Cuenca» fue dirigido por Pilar Miró en 1980, y el libro no jurídico es el de MALDONADO, *El crimen de Cuenca*, Barcelona, 1979. Con todo, el trabajo más importante sigue siendo el de JIMÉNEZ DE ASÚA, *El error judicial en el caso Grimaldos*, en *Crónica del crimen*, Madrid, 1970, 5.ª ed., pp. 56-136. Un pequeño resumen en MARTÍN REBOLLO, *Jueces*, cit., pp. 91-93.

Los datos sobre la revisión nos los ha proporcionado nuestra discípula Silvia Barona; sobre este tema desarrolló la lección en el ejercicio para profesor titular de Derecho procesal, pero su trabajo sigue inédito.

4. La mejor publicación de las normas políticas españolas es la de D. SEVILLA ANDRÉS, *Constituciones y otras leyes y proyectos políticos de España*, 2 vols., Madrid, 1969.

La Ley de Bases Orgánica de la Justicia de 1974 fue un texto desafortunado, promulgado en las postrimerías del franquismo y por lo tanto llamado a no ser articulado. A título de curiosidad, ya que pasa de ahí, puede verse la *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana* de 1974, en su núm. 1, donde se publicaron algunos trabajos sobre él, y especialmente una «Exposición al Gobierno» firmada por varios profesores de Derecho Procesal.

Para el camino legislativo de la Constitución de 1978 puede manejarse con comodidad *Constitución Española. Trabajos parlamentarios*, Cortes Generales, Madrid, 1980, 4 vols. Ha sido también resumido, en el punto concreto que aquí tratamos, por MARTÍN REBOLLO, *Jueces*, cit., pp. 113-117, y por SOLCHAGA, *La responsabilidad*, cit., pp. 2547-2549, aparte de en la obra colectiva dirigida por F. GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1980, pp. 1254-1260 (el comentario es de Serrano Alberca) y existe segunda edición de 1985.

5. Para el primer desarrollo del art. 121 de la Constitución puede verse mi resumen en *El proceso laboral*, tomo II, Barcelona, 1981, pp. 208-215. Con más detalles, ANGULO RODRÍGUEZ, *El artículo 56.5 del Estatuto de los Trabajadores*, en *El poder judicial*, cit., pp. 527-616, y J. DÍAZ DELGADO, *La responsabilidad patrimonial del Estado por dilaciones indebidas en el funcionamiento de la Administración de Justicia*, Valencia, 1987. Una visión distinta y previa, V. QUEROL BELLIDO, *¿Un nuevo gasto público derivado del Estatuto de los Trabajadores?*, en la revista *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 5, pp. 141-147.

6. A) a) La expresión Administración de Justicia, que viene usándose tradicionalmente, revela una concepción política gravemente peligrosa. Responde a una concepción de estructura y reparto de poder dentro del Estado que pretende, y ha conseguido apartar al Poder Judicial del verdadero poder político, dejándolo reducido a mera administración, a un aspecto más de la Administración del Estado, la cual queda confiada al Poder Ejecutivo. Sobre esta idea base puede verse mi estudio *Potestad, órgano y función jurisdiccionales*, a publicar en los estudios en honor de Fix Zamudio, en México. Las cosas se agravan cuando, además, se pretende reducir la Administración de Justicia a servicio público; contra esta pretensión, mi ponencia *Control y organización de la oficina judicial*, a las Jornadas organizadas por el Consejo General del Poder Judicial y el Ministerio de Justicia, en Madrid, en enero de 1987, y a publicar en libro colectivo próximamente. En unos meses podrá verse en mi libro en prensa *Derecho jurisdiccional. I, Conceptos generales*, lección 2.ª

Sobre el doble significado de la expresión Poder Judicial en la Constitución española, también el libro antes citado en prensa, lección 2.ª

b) Sobre el jurado en España hay que ver ALEJANDRE, *La justicia popular en España*, Madrid, 1981; FAIREN, *Los tribunales de jurados en la Constitución española de 1978*, Madrid, 1979; DE COCO y otros, *El jurado*, Alicante, 1984; GIMENO SENDRA, *La participación popular en la Administración de Justicia*, en *El poder judicial*, tomo II, cit.

Sobre los Tribunales militares, GÓMEZ DEL CASTILLO, *El fundamento y la extensión de la jurisdicción militar*, Sevilla, s. a. (pero 1982), y JIMÉNEZ, *La jurisdicción militar*, en «Primeras Jornadas de Derecho Judicial», Madrid, 1983.

En contra de la opinión mantenida en el texto sobre el Tribunal de Cuentas, véase SOLCHAGA, *op. cit.*, p. 2539. En general, sobre el mismo, MENDIZÁBAL, *El Tribunal de Cuentas y su encuadramiento constitucional*, en *Estudios sobre el Proyecto de Constitución*, Madrid, 1978, p. 458; L. CAZORLA, en los *Comentarios a la Constitución*, dirigidos por Garrido Falla, cit., comentario al art. 136. Los dos volúmenes colectivos, *El Tribunal de Cuentas*, Madrid, 1982; SALA SÁNCHEZ, *La jurisdicción contable*, Barcelona, 1983, y A. DE LA OLIVA, *Sobre la naturaleza jurisdiccional del Tribunal de Cuentas*, en *Revista de Derecho Procesal*, 1985, II. Respecto de las opiniones doctrinales a que se alude en el texto; en contra, GODED, *op. cit.*, p. 325, y MARTÍN REBOLLO, *Jueces*, cit., p. 123; a favor, DÍAZ, *La responsabilidad*, cit., pp. 37-39. El art. 58.5.º de la L.O.P.J. dispone que la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo conocerá de los recursos que establezca la Ley contra las resoluciones del Tribunal de Cuentas.

Sobre el Tribunal valenciano: FAIREN, *El Tribunal de las Aguas de Valencia y su proceso*, Valencia, 1975, y una larga serie de publicaciones que matizan y desarrollan la citada, que es la más importante.

c) Con referencia expresa al Tribunal de Defensa de la Competencia, GODED, *op. cit.*, p. 324.

d) Como decimos en el texto, el problema más grave es el relativo a secretarios, médicos forenses, oficiales, auxiliares y agentes, y sobre ellos, véanse SOLCHAGA, *op. cit.*, p. 2536; MARTÍN REBOLLO, *op. cit.*, pp. 125-130; GODED, *op. cit.*, páginas 325-326; DÍAZ, *op. cit.*, p. 41, y por último MOVILLA, *El poder judicial* (junto con Andrés IBÁÑEZ), Madrid, 1985, p. 353.

e) Con referencia general al Ministerio Fiscal: N. ALCALÁ-ZAMORA, *Lo que debe ser el Ministerio Público*, en *Estudios de Derecho procesal*, Madrid, 1934; FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *El Ministerio Fiscal en España*, Madrid, 1977; HERRERO TEJEDOR, *Perspectiva del Ministerio Fiscal según los principios que informan el ordenamiento jurídico español*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1967; RUIZ VADILLO, *Consideraciones sobre la naturaleza del Ministerio Fiscal*, en *Revista de Derecho Judicial*, 1960, núm. 2; FAIREN, *Reorganización del Ministerio Fiscal*, en *Temas del ordenamiento procesal*, tomo I, Madrid, 1969; SERRA, *Ministerio Fiscal*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, tomo XVI.

Con relación a la responsabilidad. A favor de la tesis del texto: MARTÍN REBOLLO, *op. cit.*, pp. 123-128; SOLCHAGA, *op. cit.*, pp. 2537-2538; DÍAZ, *op. cit.*, pp. 39-41, y GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso*, II, cit., p. 344. En contra: GODED, *op. cit.*, p. 325.

f) La cita de GODED, *op. cit.*, pp. 326-327.

B) Sobre la correspondencia actividad jurisdiccional-procesal, véase mi libro *Introducción al Derecho procesal*, 2.ª ed., Madrid, 1979, p. 293, y además el que está en prensa, *Derecho jurisdiccional*, I, cit., lección 14.

Respecto de la naturaleza jurídica de la ejecución en España también el libro en prensa, cit., lección 15, y FERNÁNDEZ LÓPEZ, *El proceso de ejecución*, Barcelona, 1982, pp. 24 y ss.

En el aspecto concreto de la ejecución contencioso-administrativa, otras sen-

tencias pueden verse en DÍAZ, *op. cit.*, pp. 44-45, que se pronuncia a favor de lo que decimos en el texto; en contra, SOLCHAGA, *op. cit.*, p. 2539.

7. Las precisiones iniciales ya fueron apuntadas por MARTÍN REBOLLO, *Jueces*, cit., pp. 137-138. La cita en el texto es también de este autor, pero además pueden verse GODED, *op. cit.*, p. 327; SOLCHAGA, *op. cit.*, p. 2544; MOVILLA, *op. cit.*, p. 355, y FERNÁNDEZ FARRERES, *op. cit.*, p. 61.

En el sentido del texto de distinguir entre error judicial y funcionamiento anormal, véase DÍAZ, *op. cit.*, pp. 49-51.

8. En estos días ha llegado a mis manos el núm. 2-3 de 1986 de la *Rivista di Diritto Processuale* y en sus páginas iniciales he leído el último trabajo de LIEBMAN, *Unità del giudicato*. He recordado con él viejas lecturas y que la cosa juzgada se reconduce a la inmutabilidad de la decisión, a lo que estoy llamando en el texto irrevocabilidad.

A) La cita de GUASP, *Derecho procesal civil*, tomo I, Madrid, 1977, p. 548.

B) A favor del error de Derecho: MARTÍN REBOLLO, *Jueces*, cit., p. 139; MOVILLA, *op. cit.*, p. 356, y DÍAZ, *op. cit.*, p. 51. En contra: GODED, *op. cit.*, p. 322.

Para la casación no puedo dejar de citar a CALAMANDREI, *La cassazione civile*, tomo I, Turín, 1920, pp. 463-466, con referencia concreta al sentido de *contravention expresse au texte de la loi*.

Respecto de las críticas por la revisión con error de Derecho en el art. 190 de la L.P.L., véase mi obra *El proceso laboral*, tomo II, Barcelona, 1981, p. 237, y también PRIETO-CASTRO, *Tratado de Derecho procesal civil*, tomo II, Pamplona, 1985, p. 616.

9. Hablan de «carrera de obstáculos» MOVILLA, *op. cit.*, p. 369, y DÍAZ, *op. cit.*, página 56.

10. La distinción entre mal, falta y defectuoso funcionamiento puede verse, por ejemplo, en GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso*, II, cit., p. 350.

Respecto del defectuoso funcionamiento dada la índole de este trabajo no citamos sentencias del Tribunal Europeo de Derecho Humanos, limitándonos a las del Tribunal Constitucional español. Seguimos en este punto concreto la obra de DÍAZ DELGADO, *La responsabilidad patrimonial*, cit., pp. 77 y ss., que en su día fue leída como tesis de licenciatura en la Universidad de Valencia ante un Tribunal del que formábamos parte.

La sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de enero de 1985, y el voto particular de uno de los magistrados, deben leerse con los comentarios de F. RAMOS MÉNDEZ, *Un retraso de dos años en dictar sentencia no constituye dilación indebida*, en *Justicia* 85, pp. 427-429.

11. Respecto de la Ley de 24 de mayo de 1984, véase GIMENO SENDRA, *El proceso de «habeas corpus»*, Madrid, 1985.

Para la prisión provisional en general, MATTES, *La prisión preventiva en España*, Madrid, 1975; MUÑOZ CONDE y MORENO CATENA, *La prisión provisional en el Derecho español*, en *La reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1980; RODRÍGUEZ RAMOS, *La prisión preventiva. ¿Pena anticipada, medida cautelar y/o medida de seguridad?*, en *La Ley*, 1984, 2, pp. 1056 y ss.; BARONA VILAR, *La prisión provisional y sus alternativas en el proceso penal*, en prensa, en Librería Bosch, y ASENSIO MELLADO, *La prisión provisional*, en prensa, en Civitas.

c) Para el sobreseimiento, FENECH, *Estudio sistemático del sobreseimiento*, en *Revista de Derecho Procesal*, 1945, pp. 383 y ss.; FAIREN, *Procesamiento, sobreseimiento, acusación*, en *Temas*, II, cit., pp. 1269 y ss.

e) Respecto del procesamiento: CARNELUTTI, *Auto de procesamiento*, en *Revista Argentina de Derecho Procesal*, 1948, I, pp. 216 y ss., aunque hay que tener en cuenta que Carnelutti se basa en el procesamiento argentino, que es el único que conoció, que no es exactamente como el español, y así, véase GIMENO SENDRA,

El auto de procesamiento, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1979, pp. 305 y ss.

La mejor doctrina a la que se refiere el Consejo de Estado es FENECH, *Derecho procesal penal*, II, Barcelona, 1960, p. 877, que en realidad habla de «insubsistencia subjetiva del hecho», por lo cual incluye esta causa en el núm. 3 del art. 647 LECrim., no en el núm. 1. También PRIETO-CASTRO y G. DE CABIEDES, *Derecho procesal penal*, 2.ª ed., Madrid, 1978, p. 305.

En la resolución de 31 de diciembre de 1986 el dictamen del Consejo de Estado se aprobó por mayoría, con el voto particular en contra del Presidente y de un consejero; el Consejo de Ministros se inclinó por la minoría y negó el derecho a indemnización.

12. Para la determinación del daño seguimos principalmente a GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso*, II, cit., pp. 337-342.

13. Sobre la causalidad, véase T. R. FERNÁNDEZ, *El problema del nexo causal y la responsabilidad patrimonial de la Administración*, en el volumen *Homenaje a S. Royo Villanova*, Madrid, 1973, y en el *Curso* con GARCÍA DE ENTERRÍA. También A. NIETO, *La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado*, en *Revista de Derecho Administrativo*, 1975, núm. 4, y *La relación de causalidad en la responsabilidad administrativa: Doctrina jurisprudencial*, en la misma revista, 1986, núm. 51, pp. 427-433.

14. A) La crítica proviene de GODED, *op. cit.*, p. 346, antes de la promulgación de la L.O.P.J.; para después de la Ley, o estado de proyecto, MOVILLA, *op. cit.*, p. 371, y DÍAZ, *op. cit.*, pp. 60-61.

B) En la vía judicial nos hemos referido a la organización judicial y competencia derivada de la L.O.P.J. En la actualidad, antes de su entrada en vigor en este punto, es competente el Tribunal Supremo directamente por disponerlo así el art. 6.2 del Real Decreto Ley de 4 de enero de 1977, en relación con el art. 14.1, A, b y d de la L.J.C.A. de 1956.

LA LEY DE REFORMA URGENTE DE LA L.E.C. Y LA SUSPENSIÓN DEL PROCESO CIVIL POR ACUERDO DE LAS PARTES

MANUEL ORTELLS RAMOS
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Valencia

SUMARIO:

1. El impulso oficial y la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil. — 2. ¿Subsiste, tras la derogación expresa del Real Decreto-Ley de 2 de abril de 1924, la eficacia del acuerdo de suspensión del proceso civil? — 3. Las respuestas afirmativas de la doctrina. — 4. Una respuesta afirmativa, pero por otro fundamento.

1. EL IMPULSO OFICIAL Y LA REFORMA DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

Como es sabido la Ley de 6 de agosto de 1984 no introdujo en nuestro ordenamiento procesal civil el impulso oficial, sino que se limitó —en una labor más sistematizadora que innovadora— a introducirlo en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La innovación en el régimen de impulso del procedimiento, en nuestro ordenamiento procesal civil, fue obra del Real Decreto-Ley de 2 de abril de 1924, cuyo art. 2 fue reformado por la Ley de 20 de diciembre de 1952.

El RD-L de 1924 derogaba fundamentalmente, en su art. 5, y de manera expresa, los artículos de la LEC que regulaban en general el régimen del impulso (arts. 308, 309, 311 y 312) y también uno de los que, específica y asistemáticamente, se referían al mismo (el art. 521), aunque no otros similares a éste (por ejemplo, los arts. 547, II y 672), los cuales, sin embargo, podían entenderse tácitamente derogados, partiendo de una interpretación sistemática de la LEC.

Por otro lado, el RD-L establecía, extravagantes a la LEC, las normas adecuadas para introducir el impulso oficial: en su art. 1 excluía la necesidad de la instancia de parte para hacer observar los plazos, aunque permitía la suspensión de éstos por fuerza mayor o por común acuerdo de las partes manifestado con ciertos requisitos formales. En su art. 2 establecía el efecto de la preclusión (con otros términos), la continuación de oficio del procedimiento y, si para esto fuera necesario recoger los autos o documentos entregados a las partes, unas medidas coercitivas para conseguirlo.

En principio, el proyecto de Ley de reforma de la LEC preveía el «transvase» a esta Ley,¹ concretamente a sus arts. 306 al 308, del contenido de los preceptos de los arts. 1 y 2 del RD-L de 1924, con algunas mejoras terminológicas, con los ajustes necesarios en atención a la exclusión de la prórroga de plazos, pero sin recoger algunos aspectos del contenido de estos preceptos, como la suspensión de plazos por fuerza mayor y por acuerdo de las partes con ciertos requisitos formales y la admisibilidad del acto precluido sí, sometido a un plazo prorrogable, se realizara en el día de notificación de la providencia de impulso. No estaba prevista, sin embargo, en el proyecto, la derogación expresa del RD-L de 1924, que sólo quedaba afectado por una cláusula derogatoria general, que, de haberse mantenido en el texto definitivo, hubiera permitido resolver en otros términos el problema que vamos a plantearnos.

En la tramitación del proyecto ante el Senado, por enmienda del Grupo Parlamentario Socialista (la n.º 227) se incluyó la derogación expresa del Real Decreto-Ley de 2 de abril de 1924, con la escueta justificación de que la reforma afectaba a esa disposición.

Ante esta derogación expresa que ha acabado por recogerse en la Ley de Reforma cabe preguntarse: ¿Obedece esa derogación al error de entender que *todo* el contenido del RD-L de 1924 había quedado incorporado al texto de la Ley o se ha perseguido con ella conscientemente eliminar, entre otras cosas, la eficacia del acuerdo de suspensión del proceso civil? En todo caso, la respuesta a esta pregunta sólo serviría para hacer valoraciones de técnica y de política legislativa. Pero más (y en todo caso antes) que estas valoraciones, nos interesa cuestionarnos, de *iure condito* y tras la Ley de Reforma, cuál es la eficacia del acuerdo de las partes para la suspensión del proceso civil en nuestro ordenamiento.

1. Esta operación no ha sido realizada con cuidado: obsérvese que, si bien como indicamos en el texto, bajo la vigencia del RDL de 1924 no planteaba mayores problemas la falta de derogación expresa de disposiciones que se referían asistemáticamente al impulso de parte (p. ej., arts. 547, II y 672), con un texto como el del actual art. 307 («Salvo que la ley disponga otra cosa...») la subsistencia inalterada de aquellas disposiciones puede crear inútiles problemas.

2. ¿SUBSISTE, TRAS LA DEROGACIÓN EXPRESA DEL REAL DECRETO-LEY DE 2 DE ABRIL DE 1924, LA EFICACIA DEL ACUERDO DE SUSPENSIÓN DEL PROCESO CIVIL?

Entiendo que un primer acercamiento a la interpretación de los preceptos implicados conduce, con claridad, a una respuesta negativa.

Por un lado, el art. 306, II, establece la preclusión una vez transcurrido el plazo, de lo que el secretario dejará constancia en autos y dará cuenta al juez o Tribunal. Por otro, el art. 307 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. Por fin, derogado expresamente el RD-L 1924, cuyo art. 1, inciso último, establecía que el curso de los autos únicamente «podrá suspenderse a petición de todas las partes litigantes, previa ratificación de las mismas en el escrito de sus representantes o presentación por éstos de poder especial, conferido por aquéllas para solicitarlo en el momento y ocasión de que se trate», el órgano jurisdiccional ante el que semejante acuerdo se presentara no podría atenderlo, ni prescindir de actuar conforme al art. 307 LEC, porque ese acuerdo —una vez derogado el RD-L de 1924— ya no es un caso para el que «la Ley disponga otra cosa» (que sería la suspensión del procedimiento).

Este resultado de la interpretación se confirma también desde otro punto de vista. No obstante haberse derogado la posibilidad más general de suspensión del proceso civil por acuerdo de las partes, subsisten en la LEC dos supuestos especiales de dicha suspensión: cuando, pendiente un proceso, se formulara una demanda para reconocimiento del derecho a justicia gratuita (art. 23, I LEC) y la suspensión de las vistas de los pleitos por solicitud de común acuerdo de los Procuradores, alegando justa causa, a juicio del Tribunal (art. 323, 4.º LEC). Cabría entonces argumentar que, reconocida la suspensión por acuerdo de las partes en estos supuestos especiales (y con el régimen propio de éstos), se excluye su reconocimiento en todos los demás.

Obviamente, el resultado de la interpretación hubiera sido distinto de haberse mantenido en la Ley de Reforma la cláusula derogatoria genérica o, incluso faltando ésta, si hubiera entrado en juego la derogación tácita (art. 2.2 CC). Se hubiera, en tal caso, podido razonar sobre en qué medida las disposiciones del RD-L de 1924 se oponían a lo establecido en la Ley de Reforma. Este razonamiento no hubiera permitido salvar, por ejemplo, lo dispuesto en el art. 2, II del RD-L de 1924 (admisibilidad del acto realizado el día de la notificación de la

providencia de impulso),² por oponerse ello al nuevo texto del art. 306 LEC. En cambio, dado el primer inciso del art. 307, hubiera quedado intocada la eficacia del acuerdo de suspensión y su régimen según el artículo 1, inciso último, del RD-L de 1924, como uno de los casos en que la Ley estaría disponiendo una actuación distinta a la de continuar de oficio el procedimiento.

3. LAS RESPUESTAS AFIRMATIVAS DE LA DOCTRINA

A pesar de este panorama que, en principio, descorazona para asumir la defensa de una tesis contraria a la apuntada en el anterior apartado, resulta curioso observar cómo los autores que se han ocupado del asunto se inclinan, con mejor o peor argumentación y a veces sin ella, por entender subsistente la eficacia del acuerdo de las partes para la suspensión del proceso civil.

Para PRIETO-CASTRO «un caso especial es el de cesación del curso del procedimiento por acuerdo de las partes (art. 1.º, a.f. del D. de 2 de abril de 1924), sin necesidad de indicar causas (que pueden ser perspectivas de arreglo amistoso o de transacción, o exceso de trabajo o necesidad de vacaciones, o ausencia de testigos relevantes, etc.). La derogación de ese Decreto por la Nov. 84 no significa que las partes no puedan proceder como en él se preveía. También, art. 323, 5.º».³

RAMOS, sin citar en ese momento (aunque sí antes) «la expresa derogación del RD-L de 1924, entiende que entre los casos de paralización se halla «la suspensión del curso del proceso a petición de todas las partes litigantes».⁴

En opinión de CORTÉS DOMÍNGUEZ «el proceso, igualmente se puede suspender por voluntad concorde de ambas partes; unas veces, porque la existencia de una perspectiva de arreglo extrajudicial requiere de tiempo para su elaboración, imposible si el proceso sigue su curso; otras, como, por ejemplo, en los supuestos del reconocimiento del derecho a la justicia gratuita (art. 23) porque puede interesar a las partes no litigar hasta tanto no se resuelva si una de ellas ha de tener o no el beneficio de justicia gratuita. En supuestos como éstos, el juez debe

2. SERRA se inclinaba por conservar esta posibilidad en *Observaciones críticas sobre el proyecto de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en *Justicia* 83, IV, p. 795.

3. L. PRIETO-CASTRO, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, I, Pamplona, 1985, página 596.

4. F. RAMOS MÉNDEZ, *Derecho Procesal Civil*, I, Barcelona, 1986, p. 346, nota 11.

5. F. RAMOS MÉNDEZ, *Derecho*, I, cit., pp. 692 y 693.

acordar la suspensión porque en caso contrario se otorgaría una tutela jurídica no querida momentáneamente por las partes».⁵

Para GÓMEZ COLOMER «aunque, como hemos dicho, el Real Decreto-Ley de 1924 ha sido derogado (por la Ley 34/1984), deben mantenerse estas opiniones, porque pensamos que el acuerdo de suspensión debe seguir siendo válido. Si antes de 1924 los jueces acudían a la suspensión, en aplicación del principio dispositivo, deben seguir accediendo a ello, claro es que ya sin los requisitos formales anteriormente exigidos».⁶

FERNÁNDEZ LÓPEZ apunta, menos claramente, que «de hecho (cursiva mía) caben paralizaciones de los procesos por el querer concurrente de las partes».⁷

Los argumentos aducidos no me parecen lo bastante consistentes para oponerlos con éxito al resultado de la interpretación desarrollada en el apartado 2.

Obviamente, para empezar, de que la práctica admitiera, antes del RD-L de 1924, la eficacia del acuerdo de suspensión aun a falta de norma expresa, en aplicación del principio dispositivo, no cabe deducir que actualmente pueda procederse de la misma manera. Dejando aparte el recurso al principio dispositivo (del que inmediatamente nos ocuparemos), la práctica anterior a 1924 se enmarcaba en un contexto normativo completamente distinto al actual: el de la vigencia del principio de impulso de parte. Fácil era, en ese contexto, incluso sin echar mano del principio dispositivo, aceptar la eficacia del acuerdo de suspensión, porque a las partes se les reconocía por la ley el dominio sobre el desarrollo temporal del procedimiento. Una regulación que reconociera la eficacia del acuerdo de suspensión sólo fue necesaria al privar a las partes de ese dominio, con la introducción del impulso oficial, y se dio, precisamente, de manera simultánea con esta innovación normativa.

Remontarse al principio dispositivo, bien sea utilizando esos términos o la expresión de que las partes no quieren momentáneamente la tutela jurídica, no me parece argumento suficiente y ni siquiera correcto por dos razones fundamentales: porque el principio dispositivo no está implicado para nada en la regulación del régimen temporal del proceso iniciado y porque, al razonar de aquel modo, se está superponiendo una concepción dogmática de las exigencias que (se entiende) derivan de un cierto principio a las conclusiones de una aplicación rigu-

6. V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, en ALMAGRO et al., *Derecho Procesal*, I, 1, Valencia, 1986, p. 529.

7. J. L. GÓMEZ COLOMER, *Paralización del procedimiento*, en *NEJSeix*, XVIII, Barcelona, 1986, pp. 862-863.

8. M. A. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Lecciones de Derecho Procesal Civil* (con DE LA OLIVA), II, Barcelona, 1986, pp. 403-404.

rosa de los métodos de interpretación e investigación integradora del Derecho.

He dicho que el principio dispositivo para nada se halla implicado en este tema. El impulso procesal forma parte de la dirección formal del proceso, que comprende los poderes dirigidos «al fin de controlar y promover la regularidad formal de los actos procesales y de imprimirles un cierto orden o "ritmo", sin afectar directamente a la relación (y, en consecuencia, al juicio sobre la relación) deducida en juicio, o sea al fondo del pleito».⁹

Para la regulación de la dirección formal del proceso se ofrece al legislador una alternativa: establecer el deber del órgano jurisdiccional de ejercer de oficio los poderes correspondientes o subordinar el ejercicio de los poderes de dirección a la instancia de las partes.

La segunda solución fue inicialmente predominante en la configuración del proceso civil moderno y por dos órdenes de razones: unas de tipo doctrinal, otras más descarnadamente ideológicas.

Doctrinalmente se entendían que esa solución venía impuesta por la naturaleza privada del interés deducido en juicio. Se producía, de ese modo, un desarrollo elefantiásico del principio dispositivo que, superando su ámbito propio (libertad de iniciación del proceso, de determinación de su objeto y de disposición sobre éste incluso a proceso iniciado), llegaba a justificar la atribución a las partes también del dominio sobre la marcha del proceso.¹⁰

En el fondo esa concepción estaba alentada por una precisa base ideológica. Como dice HABSCHEID, «se confiaba también aquí, como en otros círculos de contacto social, en el libre juego de las fuerzas: se tenía la convicción de que el interés en una rápida declaración de la situación jurídica de las propias partes que litigaban por su derecho, sería el más eficaz catalizador».¹¹

Rechazadas estas razones, tanto doctrinalmente, mediante una revisión crítica del contenido del principio dispositivo, del que se elaboran concepciones más ajustadas, como en el plano de una política legislativa orientada a la eficacia del proceso, se va imponiendo la primera solución, es decir, la preponderancia de la oficialidad en el ejer-

9. M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, I, Milano, 1962, p. 71 (de donde procede el párrafo del texto) y autores citados en nota 32 de la misma página; también M. FENECH, *Facultades procesales de dirección*, en *Estudios de Derecho Procesal* (con J. CARRERAS), Barcelona, 1962, página 243.

10. M. CAPPELLETTI, *Il processo civile nel diritto comparato*, en *Processo e ideologie*, Bologna, 1969, pp. 194-195; W. J. HABSCHEID, *Richtermacht oder Parteifreiheit*, ZfP, 1968, pp. 186-187; F. BOMSDORF, *Prozessmaximen und Rechtswirksamkeit*, Berlín, 1970, p. 167; D. LEIPOLD, *Zivilprozessrecht und Ideologie*, en *JZ*, 1982, p. 442.

11. HABSCHEID, *Richtermacht*, cit., p. 187.

cicio de los poderes de dirección formal del proceso. En esta línea se encuadra el principio de impulso oficial, sin que tenga sentido amparar en superadas concepciones del principio dispositivo limitaciones contrarias a la configuración legal del régimen de impulso.

He dicho también antes, en segundo lugar, que la argumentación que nos ocupa representa un uso incorrecto de la teoría de los principios del proceso. No me extenderé ahora en exponer las precauciones y cautelas de las que, particularmente la doctrina alemana,¹² rodea el tratamiento y aplicaciones del método de las *Prozessmaximen*: en definitiva se orientan a ponernos en guardia frente al riesgo de hipervaloración de los conceptos, mediante la cual éstos pueden llegar a superponerse y a falsear la propia regulación jurídico-positiva de la que deberían extraerse y que habrían de explicar.

Pues bien, suponiendo que la suspensión del proceso por acuerdo de las partes tuviera algo que ver con el principio dispositivo, ¿cómo se puede fundar en un cierto concepto de este principio una determinada regulación del acuerdo y sus efectos que, en principio, choca con la interpretación sistemática de la ley? Además, el art. 1 del RD-L de 1924 configuraba con bastante precisión el acuerdo de suspensión, sus presupuestos y su eficacia: la regulación que ahora se postula con fundamento en un principio del proceso, ¿será la del citado art. 1 o será diferente?, ¿qué elementos se conservarán de aquella, cuáles desaparecerán y por qué?

Respondiendo en lo fundamental a estas cuestiones, parece, en primer término, que la doctrina sigue concibiendo el acuerdo de suspensión como un acto de causación, *Bewirkungshandlung* en la terminología de J. GOLDSCHMIDT. Esa naturaleza tenía, ciertamente, según el art. 1 del RD-L de 1924. A pesar de algún término usado en este artículo («a petición») el órgano jurisdiccional estaba vinculado a acordar la suspensión si todas las partes la proponían, cumpliendo en su declaración de voluntad los requisitos formales exigidos por el artículo. El órgano jurisdiccional no sólo no podía resolver sobre la suspensión en atención al carácter justificado o no de la causa alegada para pedirla, sino que ni siquiera era necesario que se alegara causa alguna.

Por otra parte, la expresa derogación del RD-L de 1924, sí que hace, sin embargo, que los autores se inclinen por entender que no son exigibles los requisitos formales establecidos por el art. 1,¹³ es decir, la

12. Véanse, por ejemplo, D. BRÜGGEMANN, *Jude statutor und Jude investigator*, Bielefeld, 1968, pp. 101-102; W. GRUNSKY, *Grundlagen des Verfahrensrecht*, Bielefeld, 1974, pp. 16-17; W. HENCKEL, *Prozessrecht und materielles Recht*, Göttingen, 1970, pp. 118-119; J. J. HAGEN, *Elemente einer allgemeine Prozesslehre*, Freiburg, 1972, pp. 84-92; F. BOMSDORF, *Prozessmaximen*, cit., pp. 278-283; R. WASSERMAN, *Der soziale Zivilprozess*, Neuwied-Darmstadt, 1978, pp. 103-104, 108-109.

13. Sólo GÓMEZ COLOMBR, *La paralización*, cit., pp. 862-863, lo dice expresa-

ratificación de las propias partes o el poder especial de sus procuradores para pedir la suspensión en el momento y ocasión de que se trate.¹⁴ Ahora, pues, sería suficiente que la suspensión fuera solicitada por los procuradores de las partes provistos solamente de poder general.

Esto último supone un cambio importante respecto a la anterior regulación: en el ámbito de esta última las partes podían valorar por sí mismas su interés en la suspensión del proceso y, en definitiva, acababa por depender de ellas que el proceso sufriera por esta causa una mayor dilación. Ahora, sin embargo, quedaría abierta la posibilidad de que los técnicos encargados de la representación y defensa de las partes pidieran la suspensión sin atender a los intereses de éstas, sino en función, por ejemplo, de intereses profesionales de aquellos técnicos.¹⁵ Esta posibilidad, contra la que el órgano jurisdiccional nada podría hacer si el acuerdo de suspensión sigue concibiéndose como acto de causación, podría chocar con un principio procesal de indudable naturaleza normativa, como es el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, que establece el art. 24, 2.º CE.

4. UNA RESPUESTA AFIRMATIVA, PERO POR OTRO FUNDAMENTO

No obstante lo dicho, preciso es reconocer que detrás de esa unanimidad doctrinal favorable a la subsistencia de la suspensión del proceso civil por acuerdo de las partes, subyace la convicción de la conveniencia y utilidad prácticas de dicha suspensión, a la que la ley procesal debería dar una respuesta adecuada.

El caso, de más frecuente cita,¹⁶ en el que aparece la utilidad de la suspensión es el de que las partes se hallen en negociaciones para una solución autocompositiva del litigio. Si estas negociaciones tuvieran éxito y el proceso hubiera continuado, se habría desperdiciado la actividad procesal y habrían aumentado inútilmente las costas.

PRIETO-CASTRO se refiere también al exceso de trabajo o necesidad de vacaciones (se entiende de los profesionales forenses), a la ausen-

mente, pero los demás autores ni se refieren a los requisitos formales que exigía el derogado RD-L.

14. Por cierto que la letra del artículo claramente desmiente la interpretación de PRIETO-CASTRO, *Tratado*, I, cit., p. 596, de los términos «poder especial». Más correctamente, J. GUASP, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, Madrid, 1943, p. 821.

15. La consideración de estas corruptelas fue, precisamente, la que condujo a añadir el último inciso al supuesto de suspensión de vistas del n.º 5.º del art. 323 LEC: véase J. M.º MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil reformada*, II, Madrid, 1883, pp. 34-35.

cia de testigos relevantes,¹⁷ y podría añadirse la práctica de pruebas en el extranjero en la que todas las partes tuvieran interés y no fuera suficiente el término extraordinario de prueba.¹⁸

La solución que propongo para que, como consecuencia de la derogación del RD-L de 1924, no queden sin adecuado tratamiento estos y similares casos, es la de aplicar analógicamente el art. 323, 5.º LEC. En principio este precepto sólo se refiere a la suspensión de las vistas y la permite «por solicitarlo de común acuerdo los Procuradores de las partes alegando justa causa, a juicio del Tribunal». La analogía conduciría a aplicarlo no sólo a la suspensión de la vista, sino de cualquier otra actividad procedimental.

Para determinar si tal conclusión es correcta hay que plantearse, de entrada, si la *ratio* de la norma del art. 323, 5.º LEC limita las posibles «justas causas» de la suspensión a aquéllas que hagan aconsejable esta última en atención únicamente a la actividad procesal que específicamente se desarrolla en la vista.

En principio, parece que la respuesta deba ser negativa: tal limitación no se deduce del precepto y, de hecho, cuando MANRESA apunta un ejemplo de «justa causa» se refiere a que los «representados estén en vías de transacción».¹⁹

Entonces: si puede ser justa causa para la suspensión de la vista, incluso la que no tiene específicamente que ver con el contenido de ese acto, sino con el proceso en general, ¿por qué limitar la posibilidad de suspensión, por acuerdo y con justa causa, al acto de la vista y no extenderla a cualquier otro momento del procedimiento? Partiendo de la identidad de razón, la misma norma rectora de la suspensión (art. 323, 5.º) podría aplicarse en otros trámites del procedimiento.

Veamos, para terminar, las diferentes consecuencias de la tesis que he apuntado, comparándola con la deducción de la eficacia del acuerdo de suspensión a partir del principio dispositivo:

a) Mayor seguridad en cuanto al régimen jurídico del acuerdo de suspensión, que es el establecido en el art. 323, 5.º LEC, frente a la indeterminación en que se dejaba partiendo del otro planteamiento.

b) No habría diferencias en cuanto al requisito del poder del procurador: no es exigible poder especial, ni ratificación de la parte.

c) El acuerdo de suspensión ya no es un acto de causación, sino un acto de obtención —siguiendo con la terminología goldschmidtia-

16. Véase PRIETO-CASTRO y CORTÉS DOMÍNGUEZ, obs. y lugs. cit. en notas 3 y 6.
17. PRIETO-CASTRO, ob. y lug. cit. en nota 3.

18. No obstante, frente a la suspensión por las dos últimas causas se alza el precepto del art. 554 LEC.

19. MANRESA, ob. y lug. cit. en nota 15.

na—: los procuradores de las partes no vinculan, con su acuerdo, al órgano jurisdiccional, sino que le piden, concordés, la suspensión, alegando una justa causa, y el órgano jurisdiccional puede estimar o no dicha petición, según considere que es o no justa la causa alegada.

d) Con ese tratamiento la suspensión ya no queda, en definitiva, en manos de las partes, lo que, en defecto de norma expresa, contrastaba abiertamente con el régimen de impulso oficial.

e) Por fin, este tratamiento constituye una respuesta suficiente y adecuada a las necesidades prácticas que apuntábamos al principio de este apartado.

LA REVISIÓN PENAL

Dra. SILVIA BARONA VILAR
Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Valencia

SUMARIO:

I. Introducción. — II. Naturaleza jurídica: A) Evolución histórica; B) Naturaleza jurídica. — III. Objeto de la revisión: A) Sentencia; B) Firme; C) Condenatoria: 1. Sistema francés; 2. Sistema germánico. — IV. Motivos de la revisión. — V. Competencia. — VI. Legitimación. — VII. Efectos: A) De la sentencia rescindente; B) De la sentencia resolutoria: 1. Sentencia condenatoria; 2. Sentencia absolutoria. — VIII. El derecho de indemnización de las víctimas. — IX. Breves consideraciones estadísticas.

I. INTRODUCCIÓN

A nivel introductorio y antes de pasar a desarrollar el tema de la revisión penal, quisiera, de alguna manera, justificar la elección del mismo.

Lo que nos hizo decantarnos por este trabajo fue la sensación de cansancio que parecía sufrir el legislador cuando llegó al tema de la revisión, y la sensación de cansancio que parece también atacar a los autores de los manuales de Derecho Procesal. Es casi como si al llegar al tema de la revisión, tuvieran ganas de llegar al final, de terminar tanto de legislar como de desarrollar el tema en el manual, y quizá motivados por ello hasta los profesores de Derecho Procesal, al llegar a la revisión, la explicamos con excesiva rapidez, llevados por el cansancio de todo un curso de explicaciones teóricas de la disciplina.

Por esa falta de un mayor desarrollo en todos los aspectos del tema de la revisión, es por lo que nos decidimos a trabajar sobre la misma. La idea de decidimos por la revisión penal y no por la civil fue motivada por el menor tratamiento doctrinal —casi podríamos decir escaso— sobre aquélla.

Bajo el tema de la revisión penal se engarzan diversas perspectivas de estudio, en cuanto no se trata de un tema por el que sólo se preocupan los juristas, sino que la propia sociedad toma parte del mismo.

De todos es conocido que la sola sospecha suficientemente fundada de que un inocente ha sido condenado injustamente, levanta en la opinión pública una ola considerable de emoción y constatan que una de las instituciones fundamentales del Estado, el Poder Judicial, no ha funcionado como la Constitución y la ley esperan que funcione. La mentalidad popular identifica error judicial con mala administración de la justicia y tienden a buscar una explicación del fenómeno únicamente en el mal juez; es decir, en el juez ignorante, en el juez negligente o en el juez delincuente. Por todo ello, todo error descubierto trae inmediatamente como consecuencia un desprestigio del Poder Judicial en el pueblo.

Sin embargo, la opinión popular es sólo relativamente fundada. El error puede tener, naturalmente, como causa, la ignorancia, la desidia o la delincuencia del juez. Al lado de esta causa existen, no obstante, otras que, en ocasiones, tienen más gravedad en el error judicial: la acción culposa o dolosa de terceros (personal auxiliar de la administración de la justicia, abogados, testigos, peritos, intérpretes, autoridades administrativas...).

Por una u otra causa la realidad constata la existencia de supuestos en los que personas son injustamente sentenciadas. Si bien equivocarse es humano, y los jueces también se equivocan, no por ello debe admitirse que deban soportarse injusticias por error.

De ahí que el legislador haya otorgado la institución de la revisión penal, que se asienta en la idea de justicia; otra solución no nos parece posible defender, por cuanto el mantenimiento de la cosa juzgada, incluso cuando hay errores judiciales evidentes, tiene su razón de ser en una exaltación y defensa de la autoridad del Estado por encima del individuo y de sus derechos, principio este que es el fundamento ideológico del fascismo. Un Estado que pusiera sobre todas las cosas su autoridad, actuaría contradictoriamente y confesaría simple y llanamente que prefiere el falso orden a la justicia, o, en palabras de Goethe, la injusticia al desorden.

«Si es conveniente, e incluso necesario, dotar de firmeza a las sentencias, de manera tal que no se vean expuestas a continuas modificaciones las situaciones jurídicas creadas o reconocidas en aquéllas, también interesa que la inalterabilidad de las decisiones firmes pueda quedar en ciertas hipótesis sin efecto, si son manifiestamente injustas.»¹

De este modo, frente a la cosa juzgada, que parte de la irrevoca-

1. MUÑOZ ROJAS, T., *Estudio sobre la revisión penal*, RDP, 1968, I, p. 48.

bilidad de la decisión contenida en la propia sentencia y supone la vinculación, en otro proceso, a la parte dispositiva de la misma, fundada en la idea de seguridad jurídica, el legislador ha institucionalizado la revisión penal, fundada en la idea de justicia, permitiendo el sometimiento del tema ya decidido con valor de cosa juzgada de nuevo a examen judicial, teniendo, como ha señalado la Sentencia del TS de 28 de noviembre de 1975 (RA4594), por primordial finalidad «el hacer prevalecer frente a los efectos de la resolución dictada, apoyada en una verdad procesal formal, la auténtica y exacta verdad real y extraprocesal, quedando su admisión limitada a los contados y taxativos casos señalados en el artículo 954».

Este *debe ser* el único fundamento en el que se asiente la revisión penal, y así se puso de manifiesto en nuestro derecho en el preámbulo que acompañó al proyecto provisional de 18 de junio de 1870, relativo al establecimiento del recurso de casación en los juicios criminales y que dedicaba los artículos 93 a 98 a la revisión penal, que dejaba entrever este fundamento cuando decía: «... La santidad de la cosa juzgada es una necesidad social a cuya sombra ha nacido el principio universal de derecho de que las ejecutorias firmes son una verdad de orden legal. Pero cuando una verdad legal está en contradicción con otra verdad legal es necesario declarar cuál de ellas ha de prevalecer...».

Su existencia hoy, como ha señalado la Sentencia del Tribunal Constitucional 124/1984, de 18 de diciembre, «se presenta esencialmente como un imperativo de la justicia, configurada por el artículo 1-1 de la Constitución, junto a la libertad, la igualdad y el pluralismo político, como uno de los «valores superiores» que propugna el Estado social y democrático de derecho. Es una exigencia de la justicia, estrechamente vinculada a la dignidad humana y a la presunción de inocencia, por cuanto el factor por el que resultó neutralizada en la sentencia cuya revisión se pide, resulta a su vez anulado por datos posteriores que la restablecen en su incolumidad».

II. NATURALEZA JURÍDICA

El problema fundamental suscitado, el que mayor diferencias ha provocado en torno a esta institución por parte de la doctrina y también en nosotros mismos, ha sido el referido a la naturaleza jurídica de la misma.

Para poder conocer la verdadera naturaleza de una institución, creo que hay que partir de su origen, de su evolución histórica, para poder de ahí extraer cuál es el verdadero significado de la misma en la regulación positiva.

A) Evolución histórica

El reconocimiento de la revisión civil es más remoto que el de la penal. Fue en Las Partidas donde por primera vez, en el sentido actual de la institución, se llegó a configurar la revisión en el proceso civil (cuya regulación fue muy clara y muy completa, dado que en ellas se establece la necesidad de oír a la parte vencedora en el pleito que se intenta revocar, la exigencia de un periodo probatorio en el proceso de revisión, la decisibilidad de los motivos apuntados, la sentencia a revocar y la competencia del órgano de la revocación es encomendada al mismo juez que dictó la primera sentencia, señalándose plazo dentro del cual es legítima la pretensión de revocación y, pasado el cual, la firmeza de la resolución era inatacable).

Pero, al lado de la regulación de Las Partidas, sobrevive lo que se denominó «*Revisión Real*», que podía acordar el rey en virtud del poder absoluto que le estaba reconocido y que pasó a la Novísima Recopilación como concesión graciosa del soberano, que permanece inalterable hasta la Constitución de Cádiz de 1812, que decidió el Título V a los tribunales y la Administración de Justicia en lo civil y en lo criminal, en el que el artículo 243 ordenaba que «Ni las Cortes ni el Rey podrán ejercer en ningún caso las funciones judiciales, evocar causas pendientes, ni mandar abrir juicios fenecidos», prohibición que desaparece durante el periodo absolutista de Fernando VII, volviendo el Rey a tener dicho poder hasta su derogación definitiva por RD de 21 de marzo de 1934.²

Lo cierto es que la revisión penal, tal como es entendida en la actualidad, es de origen francés, en su redacción originaria y en la evolución hasta llegar a la misma.

Vamos, por tanto, a detenernos en los antecedentes franceses. Antecedente remoto es el de las «*lettres de grace*» y ya un antecedente inmediato lo podemos encontrar en las denominadas «*proposiciones de error*» del derecho francés, que fueron abolidas por la Ordenanza de 16 de abril de 1667 de Luis XIV.³ Las proposiciones de error, que servían tanto para el derecho civil como para el penal, posibilitaban un ataque contra la sentencia por errores de hecho, pero no por errores de derecho. Se entendía, por tanto, que eran una concesión hecha por el soberano bajo petición de una parte, en razón de un error de hecho, contra una decisión que no puede ser revocada por la vía de la apelación.

2. Vid. la evolución histórica de la revisión civil en DOVAL DE MATEO, J. de Dios., *La revisión civil*, Librería Bosch, Barcelona, 1980, p. 20.

3. Para la evolución histórica de la revisión francesa, vide CASTILLO GONZÁLEZ, F., *El recurso de revisión en materia penal*, Costa Rica, 1980, pp. 20 y ss.

La Ordenanza de 1670, también de Luis XIV, creó las denominadas «*lettres de revision*», en las que la doctrina ve el origen más directo de la actual revisión. Esta Ordenanza no las define, pero los comentaristas de la misma nos dan los caracteres fundamentales que se pueden destacar de las mismas:

1. Las daba el Rey para examinar nuevamente el proceso de una persona condenada contradictoriamente en última instancia, con el fin de revocar la condenatoria, si hay lugar para ello.

2. El objetivo de las mismas es combatir el «*mal juez*» y, en especial, cuando la sentencia, en última instancia, se hubiera dictado por dolo o fraude.

3. Los motivos de apertura de las mismas no eran expresamente reglamentados y fijados, pero los hechos nuevos sobre los que se apoyaba la demanda debían demostrar el error claramente y producir en el juzgador la certidumbre del mismo.

La Ordenanza de 1670 estuvo vigente hasta tiempos de la Revolución francesa. Durante el siglo XVIII hubo en Francia determinados acontecimientos, consecuencia de errores judiciales graves que causaron un gran conmoción en la opinión pública (es el caso, por ejemplo, de Calas, protestante quemado vivo a causa de la falsa imputación de haber matado a su hijo —que en realidad se había suicidado— para impedirle su conversión a la religión católica, entre otros).

Con la llegada del movimiento revolucionario, las instituciones judiciales del Antiguo Régimen desaparecieron y con ellas la revisión, considerada como un legado del pasado. Fue suprimida por el Decreto de 19 de octubre de 1792, que encargó a la Corte de Casación la tarea de juzgar los recursos de revisión presentados antes de los decretos de 9 de octubre y de 3 de noviembre de 1789, por lo que se produjo una abolición tácita de la hasta entonces vigente revisión.

La supresión de la misma vino motivada por la idea del legislador francés de creer que la revisión era incompatible con el jurado, consideró que la revisión era parte de la justicia retenida por el monarca y formaba parte de las denominadas «*lettres de grace*».

La creencia en la infalibilidad del jurado y en la perfección del procedimiento quedó refutada pronto por la realidad. Por Decreto de 15 de mayo de 1793, la Convención revolucionaria francesa se vio obligada a restablecer la revisión, pero únicamente lo permitió para el supuesto de la existencia de dos sentencias de condena contradictorias, quedando ya en el derecho francés como una institución incommovible. El reestablecimiento de la misma tuvo, sin embargo, variaciones en cuanto era competente para resolver la la Corte de Casación, aunque, ante la desconfianza del poder judicial, se introduce una novedad: la intervención del Ministerio de Justicia (poder ejecutivo).

De ahí se introdujo en el Code d'instruction Criminelle de 1808

(arts. 443-445) sólo en tres supuestos taxativos. Tal regulación apareció pronto como insuficiente y se produjo una reforma que trajo consigo dos modificaciones: una de 1867 —sin añadir ningún caso nuevo a los tres primitivos del artículo 433 del Code, pero permitiendo, tras un grave caso acontecido (el de Lesurques), la interposición de la revisión por el condenado o sus familiares más íntimos en caso de muerte de aquél—, y otra en 1895 (Ley de 8 de junio), que estableció un nuevo caso de revisión (por nuevos hechos o nuevos elementos de prueba), estando legitimado para interponerla por este motivo sólo el Ministerio Fiscal. Las reformas posteriores no modificaron las líneas fundamentales de la revisión establecidas en la Ley de 1895.

Y esta revisión, tal y como la consagró el Código de Instrucción Criminal francés de 1808 y la Ley de 1867, se extiende a los otros países de Europa, adquiriendo en cada uno de ellos particularidades especiales, pero teniendo en cuenta que en los países europeos que habían recibido la influencia del derecho romano, se conocía, desde siglos, y naturalmente por la propia enseñanza recibida del Digesto, la *licentia supplicandi* para los supuestos en que la sentencia había sido dictada por prevaricación o se hubiera demostrado la falsedad de los documentos que sirvieron de base a la sentencia. A través de esta vía, el condenado podía llegar a obtener la gracia del emperador, que anulaba la condena cuando se llegaba a demostrar la inocencia de éste, por lo que claramente podía identificarse y calificarse como una medida graciosa dictada por el propio emperador.

En el Código de Instrucción Criminal francés se inspiraron, entre otros, el Código italiano de 1865, en el que se establece que el primer acto de impulso del proceso de revisión era competencia del Ministro de Justicia, por iniciativa propia o a instancia de parte interesada; y en España, como ya señalamos en su momento, fue la Ley de 24 de mayo de 1870 la que implantó el recurso de casación penal, dedicando los artículos 93 a 98 a la revisión penal. Posteriormente y sin sufrir cambio alguno pasó a la Ley Provisional de 1872 y a la Compilación General, para definitivamente quedar regulada en los artículos 954 a 961 de la LECRIM de 1882. El sistema de la LECRIM ha petrificado, en parte, la regulación del Código de Instrucción francés de 1808, en la medida en que no ha seguido los pasos que el legislador francés dio para llevar a cabo la jurisdiccionalización de la revisión penal.

B) Naturaleza jurídica

Sólo partiendo de la evolución histórica de esta institución y teniendo en cuenta los orígenes de la misma, asociada al derecho de gracia, puede intentar estudiarse su naturaleza jurídica, sobre la que la literatura procesal ha mantenido distintas posiciones, destacando de

entre ellas dos, por cuanto han sido las que, con carácter mayoritario, han adoptado la legislación, la jurisprudencia y la doctrina: los que la consideran como un recurso extraordinario y los que la conciben como un proceso independiente y autónomo.

a) Entendemos que se ha calificado erróneamente como *recurso*, por cuanto no es ésta su naturaleza jurídica, ya que dicha postura no puede defenderse a menos que se desnaturalice la esencia propia de los recursos.

Es cierto que las leyes procesales le denominan como recurso de revisión, que la revisión presenta indudables analogías con la casación, en cuanto a la competencia, limitación de los motivos, remisión de procedimiento a la casación, que los textos legales la regulan a continuación de los recursos, que se exige, al igual que en materia de recursos la existencia de gravamen o perjuicio..., pero presenta, sin embargo, discrepancias insalvables que desautorizan la equiparación de la misma con los recursos. Así: ⁴

1. *La revisión penal exige, como condición fundamental, que la sentencia dictada sea firme y, por tanto, con efectos de cosa juzgada*

De este modo se está desvirtuando la equiparación de la revisión con los recursos en cuanto éstos tienden a renovar un estado jurídico no consolidado, porque la resolución judicial que había dado lugar a la creación del mismo no era firme, podía ser impugnada y corría el riesgo de variar su contenido como consecuencia de la impugnación; por lo que con el recurso se impugnan las resoluciones definitivas y con la revisión, las firmes.

En este sentido cabe señalar que precisamente las sentencias son firmes cuando contra ellas no cabe recurso alguno. De ahí que la revisión, al tener por objeto las sentencias firmes, va contra situaciones jurídicas con fuerza de cosa juzgada, lo que supone que el ámbito sobre el que los recursos y la revisión actúan sea diferente.

2. *Si se rescinde la sentencia firme, el condenado o sus causahabientes tienen derecho a ser indemnizados*

Se trata del supuesto que contempla claramente el artículo 960 de la LECRIM y que ya desarrollaremos en el penúltimo de los apartados de este trabajo, por lo que a él nos remitimos.

4. Vide FENECH NAVARRO, M., *Derecho procesal penal II*, Ed. Labor S. A., 3.ª ed., Barcelona-Madrid, 1960, pp. 1199 y 1200.

3. No se establece plazo alguno para la revisión penal

De tal modo esto es así que la revisión penal puede interponerse en cualquier momento posterior a la firmeza, incluso cuando el reo ya hubiere cumplido la condena o hubiere fallecido.

Hay que tener en cuenta que, sin embargo, el no establecer plazo limitado para la interposición de la revisión sólo es característico de la revisión penal, mas no de la civil o de la laboral, que tienen en plazo máximo de cinco para hacer uso de la misma.

4. Sólo cabe la revisión fáctica (revisión de hechos, no de derecho)

En la revisión, los vicios que pueden dar lugar a la anulación de la sentencia han de ponerse de relieve en relación con situaciones fácticas producidas o conocidas con posterioridad a la resolución que se pretende anular, mientras que jamás puede provocarse por vicios o errores de tipo jurídico.

Con ello se está desvirtuando la equiparación con los recursos, en la medida en que la eficacia de éstos depende de que la resolución que pretende impugnarse adolezca de vicios en relación con una determinada situación fáctica anterior a la misma o con una norma jurídica de vigencia igualmente anterior a la propia resolución.

5. Cuestión objeto de la revisión

En la revisión penal nos encontramos ante una cuestión distinta a la que fue decidida por la sentencia, contra la que aquélla se interpone, a diferencia de los recursos en los que se pretende volver sobre la misma cuestión planteada en el proceso principal.

6. Relación con el proceso penal

A la hora de examinar este punto nos encontramos con una diferencia también entre la revisión y los recursos en esta materia, por cuanto mientras que los recursos son un volver sobre una cuestión debatida en el proceso principal —son parte de ese proceso principal y por tanto son dicho proceso—, la revisión es una institución absolutamente fuera del proceso penal declarativo en que la sentencia fue dictada.

Algunos autores (Fenech, Muñoz Rojas, entre otros)⁵ consideran, como nota diferenciadora también de los recursos y la revisión, el

5. FENECH, *Derecho Procesal penal*, cit., pp. 1199 y 1200; y MUÑOZ ROJAS, *Estudio sobre...*, cit., p. 52.

hecho de que ésta sólo proceda en caso de sentencia condenatoria. No nos parece que ésta sea una nota que le haga diferenciarse como institución respecto de los recursos, por cuanto si no nos basamos únicamente en la revisión penal española y tenemos en cuenta la revisión penal como institución conocida en todos los ordenamientos jurídicos, comprobaremos cómo en muchos de ellos se admite la revisión de las sentencias penales absolutorias, lo que desvirtúa esta nota como diferencial de la revisión penal frente a los recursos.

Esta postura (la consideración de la revisión como recurso extraordinario) ha sido mantenida mayoritariamente por la Jurisprudencia: SS del TS de 30 de noviembre de 1981 —RA 4459—; 22 de enero de 1982 —RA 120—; 18 de octubre de 1982 —RA 5651—; 25 de junio de 1984 —RA 3677—; 18 de octubre de 1985 —RA 5027—, entre otras; así como las del Tribunal Constitucional 7/1981, de 30 de marzo —BJC 3, p. 171— y 124/1984, 18 de diciembre —BJC 1985, 45, pp. 26 y ss.

Pero no es unánime la jurisprudencia al respecto, por cuanto la sentencia del TS de 26 de octubre de 1985 —RA 5064— es clara cuando señala que puede ser definida como «un proceso excepcional o un medio de impugnación».

b) Frente a esta postura se manifiesta otro sector doctrinal, que mantiene que la revisión no es un recurso, sino un *proceso nuevo*, con un objeto nuevo, unos sujetos determinados, pero, en todo caso, se trata de una institución absolutamente fuera del proceso penal declarativo en que la sentencia fue dictada. Y, en este sentido, se ha manifestado la S. del TS de 22 de octubre de 1976 —RA 4285— y la S de 26 de octubre de 1985.

En materia civil hoy es la postura doctrinal mayoritaria la que considera a la revisión como un proceso: Fairen,⁶ Fenech,⁷ Montero Aroca,⁸ Calvo Sánchez,⁹ Doval de Mateo,¹⁰ entre otros. Los propios antecedentes de la revisión civil ya nos vienen a demostrar esta naturaleza, en la medida en que ya en Las Partidas se establecía los caracteres de la revisión civil que la hacían configurarse como proceso.

El problema que se plantea en torno a la revisión penal es bien distinto y ello, fundamentalmente, por su origen y antecedentes, en la medida en que se trataba de una concesión real, asociada al derecho de gracia del monarca, una decisión política. Tras la Revolución france-

6. FAIREN GUILLEN, *Estudios de Derecho Procesal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, pp. 344 a 349.

7. FENECH NAVARRO, M., *Derecho Procesal penal*, cit., p. 1200.

8. MONTERO AROCA, J., *El proceso laboral II*, Bosch, Barcelona, 1981, pp. 170 y 171.

9. CALVO SÁNCHEZ, M. C., *La revisión civil*, Montecorvo, Madrid, 1977, pp. 61 y ss.

10. DOVAL DE MATEO, J. de Dios, *La revisión civil*, cit., pp. 64 y ss.

sa se institucionaliza de forma distinta, en la medida en que el competente para conocer de ella ya no es el monarca sino la Corte de Casación, pero el factor político sigue estando presente en la medida en que se da entrada, para la solicitud de la misma, al Ministro de Justicia, como representante del poder ejecutivo, debido a la enorme desconfianza que se tenía sobre el Poder Judicial. Poco a poco se va jurisdiccionalizando a la revisión al otorgar la legitimación al interesado para poder interponerla, configurándose en Francia como un proceso, con unas partes procesales, una pretensión constitutiva de revisión y ejerciendo, por tanto, el órgano jurisdiccional una función jurisdiccional. Pero esta evolución no fue asumida por la legislación española, en la medida en que no se permite al interesado interponer la revisión.

Si partimos de la evolución histórica de la misma, de su origen como institución de gracia real para ser otorgada posteriormente por un órgano jurisdiccional, pero sin la estructura y las garantías que hicieran considerarla como una institución jurisdiccional, en la medida en que la función ejercida por el órgano jurisdiccional —la Sala 2.^a del TS— no sería jurisdiccional, en ocasiones derivada de una vía administrativa —el expediente administrativo del Ministerio de Justicia— y en la que la concepción de partes no existiría, habría que afirmar que ni habría proceso ni, por tanto, función jurisdiccional.

Nuestra LECRIM otorga la legitimación para interponer la revisión al Ministerio Fiscal, nunca al condenado. Además de suponer una clara quiebra de los preceptos constitucionales por no conceder al interesado la posibilidad de interponer directamente la revisión, nos planteamos el problema de determinar frente a quién se interpone la revisión, ¿frente al condenado?... Ésta es una solución que nos parece totalmente incoherente si tenemos en cuenta que la revisión sólo se conoce a favor del reo y nunca en su contra.

La solución a la que llegamos es la de que realmente la actuación del TS en materia de revisión penal no es jurisdiccional. Criticamos la regulación de la misma en la LECRIM en cuanto inconstitucional e incoherente. Se vulnera el derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales para la defensa de los derechos e intereses individuales, pero además creemos que, a la vista de lo que la LECRIM transcribe, la revisión penal queda desnaturalizada en cuanto a lo que debería ser. No es un recurso, como ya señalamos y justificamos en su momento, y si quisiéramos calificarlo de proceso, deberíamos hacerlo con el objetivo de *desnaturalizado*, porque no se establece frente a quién se interpone la pretensión constitutiva de revisión.

Nuestra LECRIM, por tanto, transcribió la regulación del Código de Instrucción francés de 1808, pero no asumió la reforma posterior de 1867, que permitía al condenado interponer la revisión.

A nuestro modo de ver, la revisión penal no *debe ser otra cosa* que un proceso nuevo en el que, al igual que en la revisión civil, se ejercite una pretensión constitutiva de revisión. Habrá que tener en cuenta, sin embargo, que las diferencias entre la revisión civil y la penal son claras, por cuanto hay que tomar en consideración que el fin del proceso penal —como vía y mecanismo para llegar a la fijación de la verdad real— no tolera que el efecto de preclusión de la sentencia, al ganar ésta firmeza, pueda llegar a prevalecer contra esa verdad. La quiebra que la revisión produce en la cosa juzgada responde a motivos diferentes y tiene, consiguientemente, una naturaleza distinta y un alcance más amplio en el proceso penal que en el civil, y, en este sentido, también la limitación temporal para la interposición de la revisión civil no existe en materia penal.

Por todo ello, y concluyendo en el tema de la naturaleza jurídica, en el proceso penal la institución de la revisión no debe ser otra cosa que un proceso que tenga por objeto una pretensión constitutiva de revisión, para servir de garantía última al cumplimiento de la función jurisdiccional penal, es decir, en sentido genérico, servir a la justicia y a la verdad material a la que se dirige el proceso penal, y es la revisión el instrumento a través del cual se revisan las sentencias firmes condenatorias, bajo las causas taxativamente fijadas en la LECRIM.

III. OBJETO DE LA REVISIÓN

A través de la revisión penal se tiene que ejercitar una pretensión constitutiva tendente a alterar o modificar la situación jurídica creada con la sentencia penal firme condenatoria, a pena de cualquier índole, dictada en proceso ordinario o especial por delito, del que haya conocido un tribunal penal español.

Vamos, por tanto, a desarrollar los conceptos fundamentales que deben integrar esta pretensión constitutiva de revisión, en la medida en que deben ser el presupuesto necesario para su ejercicio.

A) Sentencia

Sólo es apta para ser revisada la sentencia que haya sido dictada en proceso por delito, quedando excluidas, en todo caso, de la revisión las sentencias dictadas en los procesos de faltas, cualquiera que sea la índole de la pena que se impusiera en ellas. Del texto de la ley no resultan directamente excluidas las sentencias de los juicios de faltas; indirectamente, sin embargo, se deduce del término «el delito» del motivo primero y del artículo 958-2.º y 3.º y del supuesto especial de homicidio del segundo motivo.

No obstante lo expuesto, creemos que habría que reconsiderar esta posibilidad en futuras reformas legales sobre la revisión. Si, como ya señalamos, el fundamento de la revisión se halla en la sustancia, tan injusticia es una sentencia recaída en un proceso por delito como en un juicio de faltas. Naturalmente, si se diera entrada a la posibilidad de revisar las sentencias recaídas en un juicio de faltas, ello debería traer aparejada la reforma pertinente de la competencia, en la medida en que de otro modo, la Sala 2.ª del Tribunal Supremo se vería colapsada ante las múltiples demandas de revisión. Habría, por tanto, que replantearse la atribución de la competencia de las mismas.

No se distingue en la LECRIM si la sentencia se ha dictado en virtud de un proceso seguido por procedimiento ordinario o por cualquiera de los especiales. Por ello cabe la revisión de cualquier sentencia dictada en alguno de ellos.

La única excepción que se contiene en la LECRIM, por razón de la materia, es la de la sentencia que haya recaído en los procesos por delitos cometidos por medio de imprenta, grabado u otro medio o mecanismo de publicación (art. 820 LECRIM).

Por último, las sentencias han de haber sido dictadas por un tribunal penal español para poder ser objeto de la pretensión de revisión.

B) Firme

La sentencia ha de ser firme, esto es, ha de ser invariable por parte del Tribunal e inimpugnable por las partes, mediante los recursos ordinarios y extraordinarios. Precisamente la firmeza que afecta a las resoluciones, consecuencia de la cosa juzgada, es lo que caracteriza a la revisión frente a los recursos. No hay que olvidar que, en este sentido, cabría, en su caso, la posibilidad de acudir al mal llamado «recurso» de amparo ante el Tribunal Constitucional.

La necesidad de la firmeza de las resoluciones para poder ser objeto de la revisión viene establecido en el artículo 954 de la LECRIM.

C) Condenatoria

En nuestro sistema jurídico la sentencia firme, para ser objeto de la pretensión constitutiva, ha de ser condenatoria, no permitiéndose la revisión de las sentencias absolutorias en ningún caso. Nuestro legislador establece que la revisión sólo es posible «a favor del condenado»; de ahí que establezca la prohibición de la «*reformatio in peius*» para el caso de que la sentencia sea condenatoria.

En el derecho continental europeo hay dos sistemas a considerar en cuanto a la extensión de la revisión, cuales son:

I. Un sistema, llamado *francés o latino*, que es el seguido en Francia, Italia, Bélgica, España y en la mayoría de los países latinoamericanos¹¹ que conocen la revisión. Este sistema admite únicamente la revisión a favor del reo, bajo supuestos taxativamente determinados.

II. El segundo sistema fue el que quedó consagrado por vez primera en el código Procesal Penal austríaco de 1803 y de ahí pasó al código Procesal Penal alemán de 1877. Este es el sistema seguido, además de en los países de lengua alemana, en los países socialistas; y se le denomina *sistema germano o germánico*. Este sistema admite de modo amplio la revisión en favor del propio condenado, mediante una definición general del nuevo hecho o del nuevo elemento o medio de prueba, y, en hipótesis específicas, la revisión en contra.¹²

Ambos sistemas llegan a una diferente concepción de la cosa juzgada, dada la estrecha e inmediata relación existente entre revisión y cosa juzgada.¹³

1. Sistema francés

Después de la Revolución francesa, ni la revisión en favor ni la revisión en contra tenían raigambre en Francia, por cuanto se partía de la validez absoluta de la cosa juzgada, atemporada con la idea liberal de que «vale más dejar escapar a cien culpables que condenar a un inocente».¹⁴ Ello era como consecuencia de la confianza que los revolucionarios franceses tenían en el jurado y de la desconfianza en las instituciones legadas de la antigüedad, entre las que se encontraba la revisión como concesión real.

A lo largo del siglo XIX y debido al descubrimiento de errores judiciales que habían supuesto perjuicios graves en personas inocentes, los revolucionarios franceses regularon una única causa de revisión, que posteriormente fue ampliada a tres, mediante un proceso enumerativo casuístico que, dada la experiencia histórica eran causas de revisión a favor del condenado.

Con la aparición de estas causas de revisión, la concepción francesa de la cosa juzgada en materia penal permanece inalterada: la autoridad de la cosa juzgada de la sentencia penal no es, como en materia civil, una consecuencia de la decisión del juez.¹⁵ El fundamento de la

11. En este sentido cabría apuntar la excepción de Cuba, en cuanto este país conoce la revisión en contra del reo absuelto, según se desprende del art. 466 inc. 7 de la Ley de Procedimiento Penal.

12. ROSENBLATT, *Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens in den europäischen Gesetzen der Gegenwart*, ZStW 1906 (Bd. 26) p. 102.

13. PINATEL, *Le fait nouveau en matière de révision*, París, 1935, p. 127.

14. PEAN, *L'erreur judiciaire*, Tesis doctoral, París, 1895, p. 2.

15. LEMOINE, *De la révision des Procès Criminels et correctionnel*, Tesis doctoral, París, 1896, p. 19.

cosa juzgada en materia penal no es otro que una necesidad práctica y una necesidad social.¹⁶ El momento de terminación de un proceso dependerá de las exigencias sociales e históricas de cada tiempo. Por todo ello la cosa juzgada podrá quebrarse, en ocasiones para hacer justicia a un condenado y, en otros supuestos, en beneficio de la paz social.

En este sistema una revisión en contra del reo sería un contrasentido, pues no hay razones válidas que justifiquen la quiebra de la cosa juzgada, que no reposa sobre la afirmación de que un hecho ocurrió o de que el imputado no lo cometió, como es el caso de la sentencia condenatoria, sino sobre la constatación negativa de que no pudo comprobar la existencia del hecho o la participación del inculgado.¹⁷

2. Sistema germánico

Este sistema continental parte de la idea de que el fin del proceso penal es la búsqueda de la verdad material, entendida en el sentido aristotélico de «*adaequatio intellectus rei*». Esta idea, que se introduce entre los autores alemanes después de Mittermaier, llevó a la doctrina alemana de los años veinte y treinta del siglo pasado a sostener la tesis de que ninguna sentencia penal podía mantenerse firme si se determinaba que la misma no correspondía a la situación jurídica material verdaderamente existente.¹⁸

Esta posición de la doctrina alemana en torno a los fines del proceso penal se llegó a completar con la ya vieja revisión de la investigación (*Wiederaufnahme der Untersuchung*) de la etapa inquisitiva, que permitía una reforma del proceso en supuestos similares.

El sistema germánico no hace sino considerar que de los fines del proceso mismo (investigación de la verdad material) dependen tanto la revisión en favor como la revisión en contra del reo. La cosa juzgada se mide en relación a la verdad material, de tal modo que si es contradictoria con ésta, puede llegar a ser necesario reabrir un nuevo proceso que acabó con sentencia absolutoria.

La admisión de uno u otro sistema viene por la propia finalidad que en uno u otro se le atribuyó. Mientras en el sistema francés la revisión y el derecho de gracia fueron unidos, la idea de esta institución era simplemente atender a supuestos que favorecieran al reo; se trataba de atacar la cosa juzgada cuando pudiera derivarse un posible re-

sultado más beneficioso para el reo. Mientras que en el sistema germánico surge como una reanudación del proceso, de la investigación y, en consecuencia, interesa a la investigación de la verdad material tanto absolver al injustamente condenado como condenar al injustamente absuelto.

Desde finales del siglo pasado la doctrina procesalista no es unánime en cuanto a la posibilidad o no de admisión de la revisión en contra del reo absuelto. Con carácter especial podríamos destacar la corriente de pensamiento de los países latinos, en los que únicamente se conoce la revisión en favor del condenado. En los países del sistema germánico, cuya legislación abraza la revisión en contra del reo, la doctrina no ha puesto en duda la necesidad de la revisión en contra.

A favor de la revisión en contra del reo están algunos autores que parten de la base de considerar que el fin del proceso penal es el descubrimiento de la verdad material. De ahí se deduce que la revisión en contra se justifica por el deber del Estado de perseguir y condenar a los delincuentes,¹⁹ y por ello la absolución de un culpable causa un daño social de iguales proporciones que la condena de un inocente, según ha puesto de manifiesto algún sector doctrinal integrado, entre otros, por Alimena y Tolomei,²¹ especialmente cuando la sentencia absolutoria ha sido obtenida a través de la comisión de un delito, pues en tal supuesto el Estado no tiene ningún interés en tutelar la intangibilidad de una sentencia derivada de un hecho punible.²²

Todo error del juez, tanto si se tratara en favor como en contra, resulta desventajoso a la protección jurídica. Al principio de una revisión «*pro reo*» se enfrenta el principio de una revisión «*pro societate*». La posibilidad de la revisión en contra del reo absuelto tiene un considerable efecto: a través de ella se evita que el injustamente absuelto se vanaglorie de su injusta absolución.

Frente a la corriente favorable a la admisión de la revisión en contra nos encontramos con la posición de aquellos que sólo admiten la revisión a favor del reo y que fundamenta su opinión en la necesidad de llegar a escoger los intereses en juego protegidos. Mientras la revisión de la sentencia de condena responde a una exigencia de justicia y de certeza, en la que los intereses del condenado y de la comunidad coinciden, la revisión en contra implicaría una infracción a la

20. Entre ellos cabe destacar: STAUB, *Die Gründe der Wieder aufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil beendigten Strafverfahrens in schweizerischen Strafprozessrecht*, Diss., Berna, 1917, p. 127; ALIMENA, *Studi di Procedura Penale*, Turín, 1906, p. 507, etc.

21. ALIMENA, *Studi...*, cit., p. 508; y TOLOMEI, *Riapertura dell'istruzione e revisione*, Scuola Positiva, 1934, p. 106.

22. PETRELLA, *Le impugnazioni nel processo penale* (Trattato Teorico Pratico), Milán, 1965, Tomo II, p. 611.

16. PINATEL, *Le fait...*, cit., p. 153.

17. Falta texto de esta nota.

18. SPENDEL, *Wahrheitsfindung im Strafprozess*, JS, 1964, pp. 466 y ss.

19. Véase entre otros, BAUER, *Die Wiederaufnahme teilweise ausgeschlossener Strafverfahren*, JZ, 1952, pp. 339 y ss.; y HENKE, *Darstellung des gerichtlichen Verfahrens in Strafsachen*, Zürich, 1817, pp. 306, entre otros.

cosa juzgada por un interés general, que entra en contraste con el interés del individuo, garantizado por la sentencia absolutoria definitiva.²³ Podríamos citar la tesis sostenida por Carrara cuando expresamente señalaba: «Aquí estamos frente a un mal cierto, una iniquidad que debe cesar a cualquier costo, cuando afortunadamente la reparación sea posible. Pero mantener los efectos de una sentencia absolutoria, aun después de descubierta la realidad de la culpabilidad, no es causación de un mal efectivo y sensible, que repugne a la humanidad y a la justicia. Aquí estamos frente a un *mero peligro*, que no tiene fuerza suficiente para despojar las formas de procedimiento penal de aquella eficacia y de aquella veneración que comanda el orden social y que es necesario para la quietud de la ciudad.»²⁴

Esta corriente que se muestra contraria a una revisión en contra del reo absuelto se conoce en los países latinos, a excepción de Portugal, así como en el círculo de los países angloamericanos y Japón, que vienen a manifestar que contradice el ideal de libertad individual si puede repetirse de nuevo un proceso ya cerrado en favor de una persona. En este sentido conectan con el principio del «*non bis in idem*», interpretándolo de forma tal que suponga la prohibición de la revisión en contra del reo absuelto.

El sistema procesal penal español acuña plenamente el denominado principio del favor *defensionis* o favor *rei*, al no admitir la revisión de las sentencias penales absolutorias. No existe, y así lo ha puesto claramente de manifiesto Muñoz Rojas,²⁵ la posibilidad, en ningún caso, de plantear con eficacia la revisión de la sentencia absolutoria penal, cualquiera que sea la razón o fundamento jurídico que haya tenido el Tribunal para no condenar.

Frente a esta postura, que no es sino la confirmación de la regulación española sobre la misma, se manifiesta Fairen,²⁶ que cree que el papel del Ministerio Fiscal es importante en cuanto a propugnador de una modificación de las sentencias penales en el sentido de agravarlas aún más —si así se estima justo—, que no es sino la admisión de la revisión en contra del reo absuelto. El principio de equidad penal, sigue apuntando este autor, podría quedar, sin embargo, sobradamente protegido no existiendo la posibilidad de instar la revisión en perjuicio del condenado a la parte acusadora particular.

Tal y como está configurado nuestro sistema procesal penal no parece posible admitir la revisión en contra del reo, como viene a desprenderse de la idea de que el proceso penal es el instrumento que el

ordenamiento jurídico ha impuesto para garantizar a los ciudadanos un bien de la vida tan fundamental y sagrado como es el derecho de libertad; o bien de la idea de que es la vía procesal que supone una limitación del *ius puniendi* del Estado; o bien de la idea de que el principio de absolucón libre, que se acuña tanto en el artículo 144 de la LECRIM como en la propia Exposición de Motivos de la misma, obliga al órgano jurisdiccional penal a condenar o absolver libremente sin reserva alguna y sin que le sea lícito abrir un nuevo procedimiento sobre el mismo hecho ya juzgado, rigiendo sin excepción la máxima de «*non bis in idem*». No obstante creemos que, *de lege ferenda*, podría llegar a plantearse la posibilidad de la revisión en contra del reo, si partimos del fundamento de la revisión misma, apoyado en la idea de justicia. Tan injusto es condenar a un inocente como absolver a un culpable. La justicia, a la que se dirige el instituto de la revisión penal, exige que se revise una sentencia también si se ha absuelto a un imputado injustamente.

El peligro que podría suponer la posibilidad de revisar todo tipo de sentencias —sean condenatorias o absolutorias— es lo que ha llevado a los países del sistema germánico a admitir la revisión en contra en determinados supuestos, más restringidos que en la revisión a favor del condenado. En la República Federal de Alemania, por ejemplo, se admite esta revisión, 362 Nr. 4 StPO, cuando dentro o fuera del Tribunal el absuelto confesara de manera convincente y creíble la comisión del delito. Se admitió este supuesto por cuanto se dieron algunos casos en los que el injustamente absuelto se burlaba de la propia justicia al confesar públicamente que él había cometido el delito por el que había sido declarado inocente.

Se trata, sin embargo, de una posición *de lege ferenda*, ya que nuestra LECRIM no admite en ningún supuesto la revisión en contra del reo, no permitiéndose en ningún caso la *reformatio in peius*.

IV. MOTIVOS DE LA REVISIÓN PENAL

La revisión penal es una institución jurídica de aplicación limitada legalmente, en la medida en que sólo tiene eficacia en los supuestos taxativamente establecidos por la ley, habiendo sido los mismos materia de dos reformas: una, de 1899 y otra, de 1933, tendentes ambas a ampliar la base de los motivos para facilitar la revisión.

Exige para su planteamiento, como señala la S de 6 de mayo de 1975 —RA 2078—, «una enunciación concreta y precisa de las causas y de los motivos que autorizan su interposición», si no se quiere dar al traste con la firmeza y seguridad jurídica de las resoluciones jurisdic-

23. CASTILLO GONZÁLEZ, *El recurso de revisión...*, cit., p. 47.

24. Citado en ALIMENA, *Studi...*, cit., pp. 507-8.

25. MUÑOZ ROJAS, *Estudio sobre...*, cit., p. 63.

26. FAIREN GUILLEN, *Estudios...*, cit., pp. 362-3.

cionales firmes, por lo que nuestra LECRIM enumera, circunscribe y describe en su artículo 954 cuatro únicos motivos de revisión, cuales son:

1. «Cuando estén sufriendo condena dos o más personas, en virtud de sentencias contradictorias, por un mismo delito que no haya podido ser cometido más que por una»

Antecedentes remotos de este motivo de revisión los podemos encontrar en el Código de Instrucción Criminal francés de 1808 y la Ley francesa de 1867, que reprodujeron la hipótesis de revisión prevista en un Decreto de Napoleón de 1803, por medio del cual éste ordenó al Tribunal de Casación francés que revisara dos sentencias que condenaron a cuatro individuos por un robo que sólo había sido cometido por tres delincuentes.

Frente a los sistemas denominados latinos (francés, italiano y español), que enumeran dicho motivo como de revisión, el derecho procesal penal alemán no regula este motivo de revisión; sin embargo, los supuestos que pudieran plantearse y estar incurso en este motivo, son resueltos a través del motivo de nuevos hechos o de nuevos elementos de prueba.

Los presupuestos de este motivo de revisión son:

- a) La existencia de dos sentencias penales firmes condenatorias.
- b) Dictadas contra dos o más personas.
- c) La base fáctica de ambas sea la misma en cuanto al hecho punible.
- d) El delito por el que fueron condenadas varias personas sólo pudo ser cometido por una sola.

Del precepto parece que quiera deducirse que sólo es posible la revisión penal cuando se trate de dos o más personas las condenadas. No debería poder acudirse a la revisión por este motivo cuando se produzca una doble sentencia sobre el mismo individuo por el mismo hecho, en violación del principio de «*non bis in idem*».

Interesante en este tema fue la S de 14 de noviembre de 1966 —RA 4916—, por cuanto ha hecho una interpretación más amplia del precepto, entendiendo por sentencias contradictorias, a los efectos del artículo 954-1 LECRIM, «no sólo las que lo sean por oposición literal de términos sino aquellas que se repelan jurídicamente por enjuiciar unos mismos hechos, violando el principio *non bis in idem* que impide volver a enjuiciar un delito ya sancionado». Nos parece, sin embargo, que este supuesto se refiere únicamente al primero señalado y no a la doble sentencia sobre el mismo individuo por el mismo hecho, ya que

este supuesto, como ha señalado la S de 18 de octubre de 1982 —RA 5651—, tendría cabida en el n.º 4 del artículo 954.

2. «Cuando esté sufriendo condena alguno como autor, cómplice o encubridor del homicidio de una persona cuya existencia se acredite después de la condena»

Aunque este supuesto no sea en absoluto frecuente, no podemos olvidar la posibilidad de su existencia.

En España fue famoso el caso Grimaldos (S 10 de julio de 1926), por el que cumplieron condena dos personas, autoras del delito de homicidio consumado en la persona de Grimaldos; después se descubrió la existencia del presunto muerto.

En Italia fue famoso el supuesto del campesino Salvatore Gallo, que fue condenado a cadena perpetua por asesinar a su hermano Paolo y esconder su cadáver. Salvatore pasó 7 años en la cárcel antes de ser puesto en libertad, poco después de que se descubriera que su hermano Paolo vivía en pleno campo siciliano.

La condena ha de serlo por homicidio en grado de consumación. Lo que supone la ley en este caso es, por tanto, que la muerte de la persona haya sido la causa determinante de la condena; de ahí que nos parezca del todo posible la extensión de este motivo a los otros delitos contra la vida que tengan como consecuencia la muerte de una persona.

3. «Cuando esté sufriendo condena alguno en virtud de sentencia cuyo fundamento haya sido un documento o testimonio declarados después falsos por sentencia firme en causa criminal, la confesión del reo arrancada por violencia o exacción, o cualquier hecho punible ejecutado por un tercero, siempre que tales extremos resulten también declarados por sentencia firme en causa seguida al efecto...»

Este motivo, que se contiene también en los derechos francés, alemán e italiano, se resuelve de forma distinta en todos ellos.

Sólo se admite la revisión en el derecho francés en el caso de condena por falso testimonio de los testigos; queda fuera, en consecuencia, la falsedad cometida en la prueba pericial, la cometida por un traductor o por un intérprete. Sin embargo, la jurisprudencia ha ido asimilando estos supuestos al primero citado, a efectos de revisión.

En el derecho alemán, en relación a la revisión a favor del condenado, encontramos dos motivos que se refieren al tema ahora suscitado: el primero, el referente a la falsedad de documentos; y el segundo se refiere a la falsedad cometida por testigos y peritos.

El derecho italiano tiene, por el contrario, un motivo que implica

una cláusula general según la cual la revisión se refiere a la sentencia de condena que haya sido consecuencia de falsedad o de un hecho delictivo.

La sentencia penal firme en que se declare la falsedad del documento o el falso testimonio, o cualquier hecho punible viene así condenada por la ley como el «hecho jurídico» determinante de la primera condena, condición imprescindible para rescindir la sentencia firme condenatoria, de tal suerte que la segunda declaración, señala Gómez Orbaneja,²⁷ implique la inocencia del previamente condenado.

Vamos a distinguir, siguiendo en este sentido a Muñoz Rojas,²⁸ los siguientes puntos que nos van a ayudar a entender este precepto:

a) Factores o extremos que pueden contribuir y fundamentar la injusticia de la sentencia: *documento* o *testimonio*, declarados falsos en sentencia penal firme dictada en causa seguida al efecto, o *confesión* del imputado arrancada con *violencia* o *coacción* (aunque la LECRIM hable de exacción, parece claro que se trata de un error, que se ha ido manteniendo a lo largo del tiempo, pero no tiene sentido en el contexto hablar de exacción, sino de coacción) o *cualquier otro hecho punible ejecutado por un tercero*, siempre que tales extremos se acrediten también por sentencia firme condenatoria.

b) Se pueden practicar pruebas e incluso anticipar la realización de las que puedan entorpecer o imposibilitar la obtención de la sentencia en cuya virtud se va a solicitar, en su caso, la revisión de la sentencia firme.

Para que pueda llegar a revisarse una sentencia penal no es necesario que el documento, testimonio, dictamen pericial, etc., declarados falsos, hayan sido las únicas pruebas practicadas en la causa penal. Si dichas pruebas se dan conjuntamente con otras, será preciso determinar en qué grado llegaron a intervenir a la hora de dictar la sentencia penal que se pretende revisar por este motivo. Para ello el Tribunal deberá realizar el pertinente examen in concreto con el fin de valorar las pruebas tenidas en cuenta en el proceso anterior, exceptuando las pruebas que sean afectadas por el juicio de revisión.

Esta tercera causa estaba limitada en un principio, en la propia LECRIM, al supuesto de que estuviera sufriendo condena alguna persona en virtud de sentencia, cuyo fundamento fuera el de un documento declarado después falso por sentencia firme en causa criminal. Posteriormente fue ampliada a los conceptos que anteriormente hemos citado. Esta reforma, de fecha 7 de agosto de 1899, se la conoce como Ley

de Azcárate, por ser debida a él la iniciativa, quien inspirándose en el espíritu más benevolente de las legislaciones de derecho comparado, intentó obtener una ampliación del precepto, siempre en beneficio del reo, injusta e indebidamente condenado.

4. «Cuando después de la sentencia sobrevenga el conocimiento de nuevos hechos o de nuevos elementos de prueba, de tal naturaleza que evidencien la inocencia del condenado»

Este motivo de revisión fue introducido por la Ley de 24 de julio de 1933.

Esencial para que se dé este motivo de revisión es la existencia de nuevos hechos o de nuevos elementos de prueba. Debe destacarse, como lo hace la S de 21 de diciembre de 1951, que ambos términos son en realidad equivalentes, estando comprendidos en dicho precepto, atendida su letra y espíritu que lo informa; todos los que, por su desconocimiento, no hayan podido ser alegados, en algún momento procesal oportuno, antes de la sentencia definitiva, y todo elemento de prueba que tampoco haya podido ser tenido en cuenta, ni valorado por el Tribunal que pronunció aquella, sin excluir ninguno.

Por esta vía se han interpuesto muchas revisiones penales cuando se hubiere condenado a una persona por un delito que no pudo cometer por imposibilidad material manifiesta al estar en prisión cuando se produjo el hecho delictivo. En este sentido podemos citar las siguientes SS: 29 de noviembre de 1955 (RA 3240); 14 de febrero de 1961 (RA 762); 22 de noviembre de 1962 (RA 4390); 13 de febrero de 1963 (RA 497); 22 de noviembre de 1963 (RA 1353); 21 de diciembre de 1963 (RA 1534); 16 de noviembre de 1965 (RA 5106); 3 de junio de 1965 (RA 2752); 29 de enero de 1966 (RA 363); 31 de marzo de 1965 (RA 1394); 18 de abril de 1966 (RA 1840); 1 de junio de 1966 (RA 2811); 21 de noviembre de 1966 (RA 5029); 16 de febrero de 1967 (RA 722); 6 de marzo de 1978 (RA 867); 5 de junio de 1979 (RA 2328).

Pueden considerarse como hechos nuevos, según las circunstancias del caso, según la extensa jurisprudencia al efecto consultada: las retractaciones de los testigos; el hecho de que el testimonio determinante de la condena haya sido invalidado después de la condena por otros testimonios; la confesión de su culpabilidad por otra persona; la prueba de la coartada por el condenado... Pero añadiendo el texto «o nuevos elementos de prueba» puede fundarse la revisión incluso en la nueva valoración de un hecho ya apreciado en la causa; a título de ejemplo podemos citar: la confrontación de fichas dactiloscópicas (S 30 de mayo de 1962; 20 de diciembre de 1963; 12 de febrero de 1966; 19 de diciembre de 1969; 9 de marzo de 1967, entre otras). No puede considerarse como elemento de prueba a los efectos del n.º 4 del artículo

27. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Penal*, 10.ª ed., Madrid, 1986, p. 320.

28. MUÑOZ ROJAS, *Estudio...*, cit., pp. 75 y ss.

954 las manifestaciones formuladas ante Notario, sin corroboración alguna que autentique la veracidad de aquéllas (S 7 de diciembre de 1953, RA 3286).

Muy interesante, en cuanto supone la consecuencia de la doctrina del TS en esta materia es la S de 25 de febrero de 1985 —RA 1540—, en la que se dice:

«...debiéndose entender como *nuevos*, todos los hechos o medios probatorios que sobrevengan o se revelen con posterioridad a la sentencia condenatoria, sin que sea preciso que el condenado los desconociera durante el trascurso de la causa, bastando con que no hayan sido alegados o producidos ante el Tribunal sentenciador ni descubiertos por la investigación judicial practicada de oficio, sin que, por consiguiente, se repunte nuevo al hecho o medio de prueba que, habiéndose puesto de manifiesto durante el proceso, el Tribunal, en uso de la facultad de soberana apreciación, no le concedió valor alguno, figurando, entre dichos hechos o medios probatorios nuevos, citándolos a guisa de ejemplo, la retractación de los testigos, la invalidación de sus testimonios por otros más fiables, la confesión de culpabilidad de otra persona distinta a la del condenado o condenados, y otras pruebas periciales diferentes a las practicadas en la causa o la invalidación de los resultados o conclusiones obtenidas por aquéllas como consecuencia de nuevas técnicas o de descubrimientos científicos. Finalmente es preciso que los hechos o elementos probatorios evidencien la inocencia del condenado, lo cual no significa la certidumbre absoluta de la dicha inocencia, sino que basta con que los nuevos hechos o medios de prueba tiendan a evidenciarla *a posteriori* y creen, en el TS, la convicción de que esa inocencia se demostrará en el nuevo proceso.»

En relación a este último punto vamos a hacer unas breves consideraciones. La revisión no se da, ha manifestado mayoritariamente la Jurisprudencia, cuando los nuevos hechos o medios de prueba podrían fundar simplemente la aplicación de una norma penal con pena menos grave de la impuesta. Se requiere, como ha señalado la S de 25 de junio de 1984, que *evidencie la inocencia* y la alternativa sea, por tanto, condena-absolución, aunque no se exige la certidumbre completa de la inocencia. Pero frente a esta posición jurisprudencial casi unánime, se ha efectuado una interpretación más amplia en la S del TS de 6 de mayo de 1975 —RA 2078—, en la que expresamente se dice: «... debe ser patrocinada una interpretación más amplia del mismo, que comprende también la demostración de su inocencia parcial, no sólo en aplicación del humanitario principio que aconseja hacerlo así, respecto de aquellas leyes que favorezcan al reo, aunque sea empleando para ello la analogía; sino también teniendo en cuenta los mismos funda-

mentos en que la institución de dicho recurso se halla basada, ya que tan injusto resulta imponer a una persona una pena que no ha merecido, como aplicarle otra más grave que la que legalmente le correspondería y que por tanto tampoco merece, pues la injusticia no deja de serlo por ser parcial o menos grave...».

Otro motivo de revisión no contenido en la LECRIM es el derivado del artículo 954-5.º del *código de Justicia Militar*, que dispone que habrá lugar «cuando sobre los hechos hayan recaído dos sentencias firmes y dispares dictadas por la misma o por distintas jurisdicciones».

Evidentemente, en nuestro trabajo sólo nos interesa el supuesto de que una de las sentencias haya sido dictada por la jurisdicción penal ordinaria y otra, por la jurisdicción penal militar, lo que conectaría con el n.º 1 del artículo 954 de la LECRIM. En este n.º 1 entrarían en juego dos o más personas condenadas por un delito que sólo pudo haberse cometido por una, mientras que por la vía del artículo 954-5 CJM es podría interponer la revisión en el supuesto de que se dicten sentencias dispares por la misma o por distintas jurisdicciones por un mismo hecho. En cuyo caso, dispone el artículo 961 del CJM se promoverá ante el TS y se sustanciará y resolverá por la Sala de lo Penal²⁹ con asistencia de dos consejeros togados, que en cada caso designará el Consejo Supremo de Justicia Militar. Es claro principio general del derecho que nadie puede ser condenado más de una vez por la infracción de una norma legal (S 4 de junio de 1954), por lo que parece lógico la anulación de una de las sentencias (S 24 de marzo de 1956 —RA 1249—). Debe aplicarse la solución dada por el artículo 972 *in fine* del CJM que, atendiendo al fondo del asunto impone la preferencia de la sentencia más ajustada a derecho (S 20 de enero de 1965 —RA 189— y 25 de marzo de 1965 —RA 1357—); el tribunal, por tanto, constituido con los miembros a que hace referencia el artículo 961, señala la S 22 de enero de 1982 —RA 120—, anulará la sentencia que considere injusta o dictará otra.

V. COMPETENCIA

La revisión penal consta de dos etapas de diferente finalidad y eficacia. La primera —*iudicium rescindens*— tiene carácter necesario; y la segunda —*iudicium rescisorium* o *novum iudicium*— tiene carácter contingente, y ambas están normalmente encomendadas a órganos judiciales distintos.

De la primera de ellas conoce la Sala 2.ª del TS (art. 957 LECRIM)

29. Existe en la actualidad el proyecto de creación de la denominada Sala de lo Militar del TS, a la que se le atribuiría la competencia sobre esta materia.

y de la segunda, el Tribunal a quien corresponda el conocimiento del hecho delictivo conforme a los criterios legales de competencia (artículo 958-1, 3 y 4 LECRIM).

En el supuesto de que sea estimado el 2.º motivo del artículo 954 como motivo de revisión, el único competente será el TS, en la medida en que no existirá juicio rescisorio separado e independiente del rescindente.

La revisión se sustanciará oyendo por escrito, una sola vez, al fiscal y otra a los penados, que deberán ser citados, si antes no comparecieron. Cuando pidieren la unión a los autos de los antecedentes, la Sala acordará sobre este particular lo que estime más oportuno. Después seguirá los trámites establecidos para el recurso de casación por infracción de ley, y la Sala, con informe oral o sin él, según acuerde en vista de las circunstancias del caso, dictará sentencia, que será irrevocable (art. 959 LECRIM). El procedimiento, una vez rescindida la sentencia firme, seguirá los trámites procesales correspondientes a la nueva instancia, la cual tiene por finalidad el esclarecimiento de los nuevos hechos y la determinación de la posible responsabilidad criminal del imputado.

La existencia del juicio rescisorio está, por tanto, condicionada a que en el juicio rescindente se deje sin efecto, mediante sentencia irrevocable, la sentencia firme de condena que constituye el objeto de la revisión. De este modo, si se desestima la revisión penal en la sentencia irrevocable del juicio rescindente, no habrá lugar al juicio rescisorio.

Aunque lo normal será que la competencia para conocer del juicio rescisorio corresponda al mismo órgano que anteriormente conoció en la instancia, sería posible que en virtud de nuevos hechos conociera un órgano distinto al que anteriormente conoció. Podría también considerarse que por modificaciones en las normas de competencia el competente sobre el juicio rescisorio fuera otro distinto del que conoció en la instancia.

Podríamos en este punto añadir que, en materia de competencia, también podría llegar a examinarse y reformarse la actual normativa, en la medida en que, de dar cabida a la posibilidad de revisión en las faltas, por ejemplo, podría llegar a bloquearse la competencia ante la Sala de lo Penal del TS. Creemos que quizás aquí podría llegarse a una solución distinta de la actual —ésta como consecuencia de la influencia histórica del sistema francés— y podría resolverse la revisión ante el mismo órgano que dictó la sentencia que pretende revisarse. Tan razones de justicia pueden mover al TS a revisar una sentencia como al propio órgano jurisdiccional que dictó dicha sentencia. Quizás éste debería ser un punto a estudiar para una reforma de la regulación de la revisión penal en nuestra LECRIM.

VI. LEGITIMACIÓN

La revisión podrá promoverse por los penados y por sus cónyuges, descendientes, ascendientes y hermanos, acudiendo al Ministerio de Justicia con solicitud motivada, y el Ministerio de Justicia, previa formación de expediente, podrá ordenar al Fiscal del TS (hoy Fiscal General del Estado) que la interponga cuando hubiese, según su parecer, fundamento bastante para ello. El Fiscal podrá también, sin necesidad de dicha orden, interponerla ante la Sala segunda, siempre que tenga conocimiento de algún caso en que proceda (arts. 955 a 957 LECRIM).

El Tribunal Constitucional, en S 124/1984, de 18 de diciembre (Sala 2.ª), en recurso de amparo n.º 140/1984 —RA 276— (BJC 1985-45, pp. 26 y ss.), señala que la revisión penal se ordena en nuestra ley procesal de modo que la interposición queda reservada al Ministerio Fiscal por propia iniciativa —siempre que tenga conocimiento de algún caso en que proceda— o en virtud de orden del Ministerio de Justicia (arts. 956 y 957 LECRIM).

El Tribunal Constitucional viene a sentar una importante doctrina en esta sentencia anteriormente dictada, que supone un cierto avance respecto de la STC 7/1981, 30 de marzo (BJC 3, p. 171). Lo relevante, desde el punto de vista constitucional, es la imposibilidad para el interesado en la revisión penal (a diferencia de lo que ocurre en otros órdenes jurisdiccionales) de interponer el recurso; *sólo puede promoverlo*. Entre el interesado y el juicio de revisión, la LECRIM pone el tamiz del Ministerio Fiscal.

La decisión que se llegue a adoptar en el expediente administrativo que a instancia del propio interesado abre el Ministerio de Justicia, si bien se inserta en la vía judicial, «no procede de un órgano auténticamente judicial, llegándose a traducir en la práctica en la eventual sustracción al Tribunal de la posibilidad de valorar la trascendencia de nuevos elementos probatorios respecto de los hechos contemplados en la Sentencia anterior, cuya revisión se solicita».

Lo que se critica no es la intervención del Ministerio Fiscal «cuanto su papel decisorio, en cuanto instancia administrativa, en la apreciación del valor de los nuevos datos aportados para la eventual revisión de la Sentencia cuya firmeza viene así puesta en cuestión, y en cambio, la imposibilidad en que se ve el condenado de interponer él mismo la revisión».

A nuestro modo de ver hay que reinterpretarla y modificarla al amparo del artículo 124 de la CE, en relación con el artículo 117 de la misma, como se ha desprendido de la S del TC de 15 de julio de 1982 en relación a la revisión civil. De ese modo hay que dejar la interposición de la revisión penal en manos de condenado, no en las de un

órgano jurisdiccional, con acceso directo al Tribunal, que es quien decide sobre la pertinencia o no de la pretensión aludida. Es el juez o tribunal el que deberá valorar si los nuevos elementos de prueba aportados son susceptibles de sostener con fundamento el juicio de revisión penal.

Tal y como está configurada la revisión penal en nuestra LECRIM, tiene lugar una aminoración de las garantías de la persona afectada por un proceso penal con respecto a las involucradas en uno civil o laboral, con lo que las garantías instituidas en el artículo 24-1 CE, es decir, el derecho a la tutela efectiva de jueces y tribunales sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, se ven mermadas cuando la instrucción, conclusión y notificación de un expediente se verifica por un órgano no judicial.

Se instrumenta, señala la S de 1984, «una legitimación oficial o estatal monopolizada en cuanto a la plena viabilidad de la revisión y compartida con los interesados a los efectos sólo de la iniciación de un expediente, que resulta realmente preprocesal...». En otros términos, el interesado en la revisión sólo podrá llegar a desencadenar una actuación ministerial que se dirija a determinar si los hechos que se aducen en su petición constituyen alguno de los motivos del artículo 954 de la LECRIM, para, en el supuesto de que fuera afirmativo el criterio, dar orden al Fiscal General del Estado para que interponga el recurso y, en todo caso, comunicar la resolución al solicitante.

Pese a todo lo señalado incluso en la propia Sentencia del TC y de la crítica que ésta hace de esta regulación sobre la revisión penal en nuestra LECRIM, el TC no estima el recurso, argumentando lo siguiente:

1. No cabe, por un lado, declarar la inconstitucionalidad de la decisión del Ministerio Fiscal, por cuanto la eventual inconstitucionalidad no resultaría de la presencia del Ministerio Fiscal en el procedimiento revisorio, sino de la ausencia del condenado en él.
2. De otro lado, declarar derogadas las disposiciones impugnadas preconstitucionales en la materia supondría establecer un nuevo régimen de revisión penal que invadiría las competencias del legislador, a quien no puede sustituir este Tribunal.
3. No puede autorizar el Tribunal Constitucional sin más el acceso directo a dicho juicio de revisión, pues eso sería, a fin de cuentas, crearlo.

De esta interesante Sentencia se extraen las siguientes consecuencias de tipo legislativo:

- a) Que el interesado no puede interponer por sí mismo el juicio de revisión, va contra el artículo 24-1 CE.

- b) Que la decisión sobre las nuevas pruebas aportadas no sea competencia de un tribunal, va contra lo dispuesto en el artículo 117-3 CE.

A pesar de toda esta interesante crítica que realiza el TC a la regulación de la revisión penal, no admite el recurso de amparo porque ello implicaría «sustituir» al legislador. Simplemente hace un requerimiento a las Cortes para que regulen de nuevo el juicio de revisión penal y lo adecuen a la Constitución de 1978, permitiendo al interesado interponerlo directamente ante un Tribunal.

Creemos que el TC podría haberse autoplanteado una cuestión de inconstitucionalidad, pero creo que tuvo miedo y se quedó a mitad de camino.

VII. EFECTOS

A) De la sentencia rescindente

Según el motivo de revisión estimado (de los del art. 954 de la LECRIM), los efectos que se producirán serán distintos:

1. En el supuesto de que se estime la revisión por el *motivo 1.º del artículo 954* (sentencias contradictorias), la Sala declarará la contradicción entre las sentencias, si en efecto existiere, anulando una y otra, y mandará instruir de nuevo la causa al tribunal a quien corresponda el conocimiento del delito.
2. En el supuesto de que se estime la revisión por el *motivo 2.º del artículo 954* (homicidio de una persona cuya existencia se acredite después de la condena), comprobada la identidad de la persona cuya muerte hubiese sido penada, anulará la sentencia firme.
3. En el supuesto de que se estime la revisión por el *motivo 3.º del artículo 954* (sentencia cuyo fundamento haya sido un documento o testimonio declarados después falsos por sentencia firme en causa criminal, la confesión del reo arrancada por violencia o exacción, o cualquier hecho punible ejecutado por un tercero, siempre que tales extremos resulten también declarados por sentencia firme), la Sala dictará la misma resolución con vista a la ejecutoria que declare la falsedad del documento, del testimonio..., y mandará al tribunal a quien corresponda el conocimiento del delito, instruir de nuevo la causa.
4. En el supuesto de que se estime la revisión por el *motivo 4.º del artículo 954* (nuevos hechos o nuevos elementos de prueba), la Sala instruirá una información supletoria, de la que dará vista al Fiscal, y si en ella resultara evidenciada la inocencia del condenado, se anulará la sentencia y mandará, en su caso, a quien corresponda el conoci-

miento del delito, instruir de nuevo la causa (art. 958). Si bien este artículo 958 ordena que cuando proceda la revisión por este n.º 4 se anulará la sentencia, tal disposición ha de entenderse para el caso de que los únicos condenados fueran aquellos cuya sentencia se anula, pero si hay otros que fueron condenados en la misma sentencia y en otra dictada en la misma causa, sólo procede la nulidad en lo que se refiere a los comprendidos en la causa del recurso (S 14 de febrero de 1961 —RA 188—).

B) De la sentencia resolutoria

La sentencia que se dicte en el *iudicium rescisorium* o *novum iudicium* que, en su caso, se instruiría como consecuencia de la sentencia rescindente, producirá, sin perjuicio de los efectos que toda sentencia dictada en un proceso produce, ciertos efectos especiales, que variarán según el contenido de la misma sea absolutorio o condenatorio.

Sentencia condenatoria

Cuando en virtud de la revisión se dicte sentencia condenatoria, habrá que tener en cuenta si, como consecuencia de la anterior sentencia, hubiere sufrido el condenado alguna pena corporal (privativa de libertad), por cuanto se deberá «tener en cuenta para el cumplimiento de la nueva pena, todo el tiempo de la anteriormente sufrida y su importancia» (art. 960).

Sentencia absolutoria

«Cuando en virtud de la revisión se dicta una sentencia absolutoria, los interesados en ella o sus herederos tendrán derecho a las indemnizaciones civiles a que hubiere lugar, según el derecho común, las cuales serán satisfechas por el Estado, sin perjuicio del derecho de éste de repetir contra el Juez o Tribunal sentenciador que hubieren incurrido en responsabilidad o contra la persona directamente declarada responsable o sus herederos» (art. 960-2).

Se desprende de este artículo 960 de la LECRIM el derecho a una indemnización a las víctimas de errores judiciales, que conecta con el artículo 293-1 LOPJ, que viene a consagrar la reclamación por causa de error, precedida de una decisión judicial que la reconozca, decisión contenida en la sentencia dictada en el propio juicio de revisión.

VIII. EL DERECHO DE INDEMNIZACIÓN DE LAS VÍCTIMAS

En este punto encontramos una de las diferencias que en su día señalábamos entre la revisión y los recursos, ya que, a diferencia de los recursos, se reconoce en la normativa sobre la revisión en nuestra LECRIM: de un lado, el derecho de los interesados o de sus causahabientes a las indemnizaciones correspondientes a los perjuicios que se ocasionen por la condena injusta de una persona; y, de otra, el derecho del Estado a repetir contra los órganos jurisdiccionales responsables, contra la persona concreta y determinada responsable, o, en su caso, contra los herederos.

Si se estima la revisión y se absuelve al injustamente condenado, por tanto la sentencia es absolutoria, reconociendo que el hecho no existió o que el condenado no lo cometió, la justicia exige que ella produzca efectos que, de alguna manera, reparen las consecuencias del error judicial cometido.

Ya que la condena de una persona por sentencia trae consigo un perjuicio moral y, a veces, un perjuicio material, la sentencia que declara la inocencia del condenado no puede limitarse a anular la condena y disponer la absolución o la libertad del mismo, sino que la justicia exige que se haga posible la reparación moral (*restitutio famae*) y la reparación pecuniaria, que vendría en nuestro derecho por la vía de la indemnización o pago de los daños y perjuicios ocasionados por la sentencia condenatoria.

A) Restitutio famae

Todo aquel que fue públicamente declarado autor de un delito inexistente o que él no cometió, tiene el derecho a esperar que la sociedad, que lo declaró públicamente delincuente, reconozca también públicamente su error.³⁰

El derecho moderno, instrumento del control social, opera, en palabras de Kaiser,³¹ sobre la base de la estigmatización del hombre como delincuente. Por ello la reparación pública es necesaria con el fin de poder borrar los efectos estigmatizantes dejados por la condena.

Aunque no directamente, podemos señalar que el artículo 961 de la LECRIM está implícitamente refiriéndose a la denominada «*restitutio famae*», cuando afirma la idea de «rehabilitar la memoria del difunto».

Lo que ocurre en nuestro derecho es que, al igual que en el italiano

30. THIERACK, «*Rechtsmittel im künftigen Strafprozess*», GS 1935 (Bd. 106), pp. 12 y ss.

31. KAISER, «*Kriminologie*», 3.ª ed., Heidelberg, Karlsruhe, 1976, pp. 98 y ss.

y a diferencia del francés y del alemán, no establece legalmente la forma de efectuar dicha *restitutio fama*. Podría aplicarse la fórmula que se consagró en el derecho francés desde 1895 de la «publicación reparatoria de su absolución», o la del § 371 ap. (4) de la StPO alemana que señala que «podrá exigir la publicación de la decisión en el Boletín Federal y en otros diarios».

Entendemos que se podría hablar realmente de «*restitutio fama*» cuando la publicación de la sentencia absolutoria se hiciera no sólo en los periódicos oficiales, sino además en dos o más periódicos de cierta circulación en el lugar del domicilio del absuelto, y siempre por cuenta del Estado.

B) Reparación de los daños y perjuicios ocasionados por sentencia condenatoria

Para poder entender y estudiar el tema que ahora nos ocupa, hay que partir de los artículos 121 de la Constitución, 293 de la LOPJ, y 960-2.º de la LECRIM.

No se plantea hoy el tema de quién está obligado a indemnizar, por cuanto la ley procesal es clara al respecto, y señala que la obligación de indemnizar incumbe, en primer término, al Estado, que tiene derecho a repetir contra el responsable civil directo, si hubiere, y, en su caso, contra los herederos. El derecho a la indemnización corresponde al penado y, en segundo lugar, a los herederos, exigiendo el artículo 293 LOPJ que preceda una decisión judicial que lo reconozca, que resulta directamente de la sentencia dictada en virtud de la revisión.

Esta tesis de la reparación de los daños y perjuicios como obligación estatal y como derecho del condenado es la dominante en la doctrina.

Ha habido algún autor, sin embargo, que ha mantenido la tesis de la irresponsabilidad del Estado frente a los daños y perjuicios ocasionados por un error judicial. Así, esta tesis, que fue acogida en la antigua redacción del artículo 571 del CPP italiano de 1930, fue defendida e introducida en el derecho italiano por Rocco. Según este autor,³² el error judicial es un hecho materialmente causado por la actividad humana, que se manifiesta por obra del Estado; respecto a éste ese hecho es involuntario y, por ello, equiparado a un evento natural. Las consecuencias del error judicial, sigue apuntando este autor, o son un daño fatal causado por caso fortuito o son un hecho propio del juez, que compromete la responsabilidad del juez personal, pero no la responsabilidad del Estado.

32. Rocco, A., «*Natura e fondamento della riparazione alle vittime degli errori giudiziari*», *Opere Giuridiche*, vol. II, Roma, 1932, pp. 295 y ss.

El planteamiento de Rocco fue de forma rápida refutado en Italia por Santi Romano. Para este autor,³³ la condena del inocente es la consecuencia de la declaración del Estado, ya que el juez no es sino el titular del órgano estatal que detiene y condena. El Estado no quiere ni el arbitrio ni el error del juez, sino una condena justa. Al Estado le son atribuibles, sigue este autor, siempre los actos ilegítimos, como lo demuestra el hecho de que el ordenamiento jurídico disponga de medios para la corrección, anulación y revocatoria de los mismos. Fuera de los casos del hecho ilícito del juez, la sentencia injusta es un hecho ilegítimo, aun cuando sea debida a un error inevitable y fortuito. Y si el recurrente en revisión no es nuevamente condenado, ello implica que la sentencia era ilegítima antes de su anulación.

En España hoy rige el principio y la tesis de la responsabilidad del Estado. Sin embargo, no ha sido ésta la que se hallaba presente en la legislación española del siglo pasado, ya que en España, al igual que en todos los países de nuestro rango cultural, se partía en el siglo XIX de la irresponsabilidad del Estado, como consecuencia del viejo principio *the King can do no wrong*.³⁴ La declaración general de la tesis de la responsabilidad patrimonial objetiva del Estado se va a producir en España en 1954, fecha en que se promulgó la Ley de Expropiación Forzosa y se completó en 1957, con la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.

La opinión doctrinal mayoritaria venía, sin embargo, manteniendo que el artículo 40 de la LRJAE no tenía aplicación con respecto al Estado-Juez, es decir, a los casos en que se ejerciera la potestad jurisdiccional; y que este artículo 40 se refería únicamente a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en sentido estricto del término y no al Estado-Legislador y al Estado-Juez.³⁵ Se afirmaba que la responsabilidad de los jueces tenía una regulación independiente y autónoma que se hallaba en los artículos 245 a 266 de la LOPJ de 1870, en los artículos 903 a 918 de la LEC para lo referente a la responsabilidad civil, en los artículos 757 a 778 de la LECRIM, con el precepto singular del artículo 960-2 de este cuerpo legal referente a la revisión penal, objeto de nuestro trabajo.

Hasta la promulgación de la Constitución sólo, por tanto, podía

33. ROMANO, «*La responsabilità dello Stato e la riparazione alle vittime degli errori giudiziari*», *Scritti Minori* («*Diritto Amministrativo*»), vol. II, Milán, 1950, pp. 158, 159 y 169.

34. MONTERO AROCA, «*Responsabilidad del Estado y tutela del ciudadano por los daños producidos con ocasión del ejercicio de la jurisdicción*» Conferencia preparada para el Congreso de junio de 1987, organizado por el Consejo de la Magistratura de Italia (en Roma), y todavía inédita.

35. En este sentido: MARTÍN REBOLLO, L., *Jueces y responsabilidad del Estado*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1983, pp. 79 y ss.; MONTERO AROCA, *Responsabilidad...*, *cit.*

hablarse de un supuesto en el que se estableciera la responsabilidad «directa» del Estado, en palabras del Prof. Montero, o bien lo que más fácilmente podíamos denominar supuesto único de error judicial. Evidentemente éste es el supuesto del artículo 960-2 LECRIM.

A pesar de contar con un antecedente en materia de indemnización en los casos de anulación de una sentencia condenatoria (art. 179 del Código Penal de 1822, derogado en 1923), la LECRIM, en su redacción originaria de 1882 no hacía referencia alguna a la indemnización en estos casos.³⁶

Con la ya citada anteriormente en nuestro trabajo, Ley de Azcárate de 7 de agosto de 1899, que vino a ampliar en beneficio del reo los motivos de la revisión (en concreto el n.º 3 del art. 954), establecía además en su artículo 3: «Cuando en recurso de revisión se dicte sentencia absolutoria, los interesados en ella o sus herederos tendrán derecho a las indemnizaciones civiles a que hubiere lugar, según el derecho común, pudiendo obtener del Estado la indemnización de los perjuicios sufridos por virtud de la sentencia anulada, cuando el tribunal o juez sentenciador hayan incurrido en responsabilidad y no pueda hacerse efectiva».

Con este precepto se acuñaba la responsabilidad subsidiaria del Estado para el caso de que resultara insolvente el juez o tribunal que hubiere incurrido en responsabilidad al dictar una sentencia penal que luego resultase anulada.

No obstante estos antecedentes, el paso decisivo en el tema que ahora nos ocupa fue el de la Ley de 24 de junio de 1933, que vino a añadir el 2.º párrafo al artículo 960 de la LECRIM que supuso el paso hacia la regulación de la responsabilidad directa del Estado.

La aparición de este párrafo 2.º del artículo 954 se debió a un supuesto que se produjo y que llegó a conmover a toda la opinión pública, supuesto que ya citamos como el caso Grimaldos o, como se le ha denominado posteriormente, «El crimen de Cuencia».³⁷ Este supuesto (que supuso el que dos personas fueran condenadas por el asesinato de Grimaldos a 14 años de prisión, siendo puestas bajo libertad condicional a los 12 años, apareciendo dos años después Grimaldos y demostrándose la existencia de la persona que se creía muerta) tuvo tal repercusión en la sociedad española que llevó al Gobierno a pre-

36. Para la evolución histórica de este precepto véase: JIMÉNEZ DE ASUA, *Tratado de Derecho Penal*, T. I, 3.ª ed., actualizada, Buenos Aires, 1964, p. 757; MARTÍN REBOLLO, *Jueces y...*, cit., pp. 88 y ss.; y MONTERO AROCA, *Responsabilidad...*, cit.

37. Vide JIMÉNEZ DE ASUA, L., *El error judicial, en el caso Grimaldos*, incluido en el libro *Crónica del crimen*, Historia Nueva, Talleres Tipográficos Velasco, Madrid, 1929, 5.ª ed., 1970.

sentar el proyecto de ley que introdujo este 2.º párrafo del artículo 960 de la LECRIM.

El artículo 121 de la CE de 1978 viene a revolucionar *aparentemente*³⁸ las bases de la responsabilidad judicial del Estado, por cuanto no tenía antecedentes en el derecho español. Pero lo cierto es que las resoluciones ministeriales que se sucedieron no hacían sino plantearse la necesidad de disposición legal de desarrollo de este precepto, por cuanto —se decía— el error judicial y el funcionamiento anormal debían ser declarados por el órgano competente del Poder Judicial, pero sin decir cuál era éste, por lo que el ciudadano se encontraba en un callejón sin salida. Fue la resolución de 24 de mayo de 1985 la que señala que para declarar el funcionamiento anormal es competente el Consejo General del Poder Judicial. En realidad puede afirmarse que el artículo 121 de la CE de 1978 no se llegó a aplicar nunca, no llevando a indemnización alguna. Ha sido después de seis años y medio de vigencia de la Constitución que se ha promulgado la LOPJ de 1 de julio de 1985, regulándose en ella el desarrollo de este precepto constitucional en los artículos 292 a 297, siendo el artículo 293 de la LOPJ el que más va a afectar al tema de la revisión penal.

Con arreglo al artículo 293-1 LOPJ antes de proceder a la reclamación de indemnización por causa de error judicial, éste ha de ser expresamente declarado en una decisión judicial. A los efectos de nuestro trabajo sólo nos interesa el supuesto de que la decisión provenga de una revisión.³⁹ La mera existencia de la sentencia estimatoria de la revisión no supone, sin embargo, sin más, el derecho a una indemnización; en la sentencia estimatoria de la revisión el TS no debe pronunciarse sobre tal indemnización, sino que esta sentencia es sólo el paso previo para la reclamación administrativa ante el Ministerio de Justicia, que viene regulada en los artículos 293-2 y 294-2 de la LOPJ, y que vamos a desarrollar a continuación.

El interesado dirigirá su petición indemnizatoria directamente al Ministerio de Justicia, tramitándose la misma conforme a las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial del Estado. Esta competencia del Ministerio de Justicia ha sido criticada por la doctrina mayoritaria,⁴⁰ en la medida en que se ha dicho que atribuir la decisión de la reclamación al Ministerio supone facilitar su injerencia en los asuntos del Poder Judicial independiente, atribuyéndole una potestad de valoración de la actividad de éste.

La petición, por tanto, se presentará ante el Ministro de Justicia

38. MONTERO AROCA, *Responsabilidad...*, cit.

39. Sobre el tema del error judicial y de su distinción respecto del funcionamiento anormal, véase, MONTERO AROCA, *Responsabilidad...*, cit.

40. MONTERO AROCA, *Responsabilidad...*, cit.

y éste la tramitará conforme a lo dispuesto en el artículo 134 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, aprobado por Decreto de 26 de abril de 1957 —procedimiento para la responsabilidad patrimonial del Estado—.

El peticionario deberá especificar en su escrito las circunstancias en que el daño se produjo, aportando las pruebas que estime oportunas para justificar su existencia y valoración. La Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia pedirá los informes y realizará las prácticas que estime oportunas, emitiendo propuesta de resolución en el plazo de dos meses.

El expediente se remitirá al Consejo de Estado, que dictaminará en el plazo de un mes, tras lo cual resolverá el Ministro. Cuando el Ministro disienta del parecer del Consejo de Estado, corresponderá resolver al Consejo de Ministros.

Si en el plazo de tres meses no existe resolución, el interesado podrá denunciar la mora y, trascurridos otros 3 meses podrá considerar denegada su petición, a los efectos de formular recurso contencioso-administrativo.

Contra la resolución administrativa cabe acudir a la vía judicial, siendo competentes los tribunales contencioso-administrativos (art. 3-b LJCA).

IX. BREVES CONSIDERACIONES ESTADÍSTICAS

De las sentencias examinadas, vamos a tratar de dar el resultado obtenido. A este respecto hemos analizado la Jurisprudencia de 1950 a 1985, cuyo resultado ha sido el siguiente: 66 demandas de revisión penal, de las cuales 62 han sido estimadas y 4 han sido desestimadas, teniendo en cuenta que 45 han sido estimadas totalmente y 17 lo han sido parcialmente, bien vista la parcialidad de modo subjetivo, en la medida en que caso de haber varios condenados la revisión se refiere a uno o más, pero no a todos, o bien puede ser que se trate de estimación parcial desde el punto de vista objetivo, es decir, cuando la condenada sea una persona por varios delitos y la revisión atienda tan sólo a uno o más de ellos, pero no a todos.

Teniendo en cuenta el motivo de revisión que se alega, vamos a hacer el siguiente cuadro:

Motivo	Estimación total	Estimación parcial	Desestimación
1.º	2	—	—
2.º	—	—	—
3.º	1	—	—
4.º	37	16	4
5.º (CJM)	5	1	—

ALGUNAS CUESTIONES SOBRE LA CONGRUENCIA EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO ORDINARIO

JOSÉ GARBERI LLOBREGAT
Licenciado en Derecho
Universidad de Alicante

SUMARIO:

I. Introducción: 1. Concepto y regulación en la L.J.C.A.: A) Concepto; B) Regulación; 2. Fundamento: A) El principio dispositivo; B) Fundamento constitucional: derecho de acción-derecho a la tutela judicial efectiva. — II. Términos de la comparación: 1. La pretensión procesal administrativa: A) Deducción: a) Escrito de interposición-vía administrativa previa; ¿congruencia?; b) Demanda-escrito de interposición-vía administrativa previa; ¿congruencia?; B) Elementos principales de la pretensión a efectos de incongruencia de la sentencia; 2. La sentencia administrativa: A) Requisitos; B) Elementos principales de la sentencia a efectos de su incongruencia. — III. Clases de incongruencia: 1. Incongruencia por «*extra petita*»; 2. Incongruencia por «*citra petita*». — IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

1. Concepto y regulación en la LJCA

A) Concepto

En su sentido técnico, la congruencia viene siendo tradicionalmente entendida como aquel requisito, o exigencia, de las resoluciones jurisdiccionales que resulta cumplido cuando éstas se pronuncian sobre el objeto del proceso, según ha sido delimitado por las pretensiones y resistencias deducidas por las partes en él intervinientes en el momento procesal oportuno. Sin embargo, sería la referida una definición en sentido formal, a todas luces incompleta, si no se aludiera a la con-

gruencia entendida como un «deber» de naturaleza procesal, que compele al juez a emitir el juicio jurisdiccional dentro y de acuerdo con el ámbito restringido por las pretensiones a que antes nos referíamos. De este modo, «congruente» lo es, tanto un adjetivo de la sentencia, cuanto el comportamiento del juez que plasma en ella su decisión sobre el objeto litigioso.¹

El instituto procesal de la congruencia, comprendida simplemente como *principio informador*, despliega sus efectos en todos los órdenes jurisdiccionales.² En el civil, y en el laboral (donde la LEC es supletoria; *vid.* Disp. Adic. única LPL), el artículo 359 de su ley de enjuiciamiento precisa las características que han de adornar a las sentencias, haciendo expresa referencia a la exigencia de congruencia. En el penal, a diferencia del civil donde los problemas que plantea el principio pueden considerarse prácticamente resueltos,³ sí suscita algunas dificultades derivadas, sobre todo, de la no vigencia en él, cuando menos en toda su amplitud, del dispositivo.⁴ Por último, en el *orden jurisdiccional* contencioso-administrativo (que no *Jurisdicción*),⁵ que es el que nos interesa, pudiéramos decir que la problemática nacida de la congruencia, o mejor, de la incongruencia, se sitúa en un punto intermedio entre la simplicidad civil y la discutida complejidad penal. Así, por ejemplo, plantea dudas la indiscriminada utilización del término «congruencia» para caracterizar alguna de las parcelas del proceso, su irregular configuración positiva y otras cuestiones que, unidas a problemas técnicos derivados del agotamiento preceptivo de la vía administrativa, previamente a la impugnación jurisdiccional, la conceptualización del contencioso-administrativo como orden «revisor» y la vigencia

en él o no del principio dispositivo, serán objeto de las líneas que siguen.

B) Regulación

Es en el proceso contencioso-administrativo y en su ley de enjuiciamiento donde mejor se aprecian las diferentes acepciones de la congruencia antes aludidas.

En efecto, el artículo 43.1 de la LJCA de 27 de diciembre de 1956 dispone que en ella «se juzgará dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de las alegaciones deducidas para fundamentar el recurso y la oposición».⁶ Nadie cuestiona que en este artículo se contiene la regulación del principio que estudiamos; ni doctrina⁷ ni jurisprudencia⁸ lo ponen en duda; sin embargo, el precepto tan sólo se refiere a la segunda acepción, es decir, a la congruencia caracterizada como «deber procesal». Para encontrarla entendida como requisito de la decisión judicial, ha de avanzarse hasta el artículo 80 de la ley, donde leemos que «la sentencia... decidirá todas las cuestiones controvertidas en el proceso», esto es, exigencia de exhaustividad evidentemente incompleta para una adecuada regulación de la misma; y ello porque, desde la correcta inteligencia del artículo, únicamente se está ofreciendo cobertura legal para la impugnación genérica de la sentencia incongruente por «*citra petita*» o, lo que es lo mismo, la que incurre en una omisión, total o parcial, sobre el objeto del proceso o alguna de sus partes,⁹ y no a las demás clases de incongruencia que, sólo forzosamente, pudieran inferirse del artículo 43.1 LJCA.

Con todo, conjugando ambos preceptos deviene obligado el juez administrativo a decidir «sólo sobre lo pedido por las partes, todo lo pedido y nada más que lo pedido».¹⁰

6. A pesar de la defectuosidad técnica de que adolece el precepto, la reforma legislativa no lo altera en absoluto. El *Anteproyecto...*, cit. recoge literalmente en su art. 330 al actual art. 43, suprimiéndose únicamente la referencia a las «alegaciones» que GARCÍA-TREVIJANO había tachado de «equivocas» (véase *Acotamiento cualitativo de la pretensión contencioso-administrativa y desviación de poder en el sistema español vigente*, RAP, n.º 38, 1962, p. 31).

7. Cf. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Algunas notas sobre el proceso contencioso-administrativo*, en R.D.P.Ib., n.º 2/1974, p. 323; PERA VERDAGUER, *Comentarios a la Ley de lo Contencioso-Administrativo*, Ed. Bosch, 2.ª ed., Barcelona, 1969, p. 328; GARCÍA-TREVIJANO, *ob. cit.*, p. 17.

8. Véase, por todas, la reciente STS de 15 de abril de 1983, Ponente Santaolaya Sánchez.

9. Defecto que ya se daba en el art. 61 de la antigua Ley de 13 de septiembre de 1888, que se subsana sólo parcialmente en el art. 102.1.g de la vigente y que se mantiene igual en el *Anteproyecto...*, cit., arts. 30 y 68.

10. GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, Ed. Civitas, Madrid, 1977, vol. II, pp. 524 y ss. El art. 130 del Reglamento de 22 de junio

1. Cf. DE LA OLIVA SANTOS, *Sobre la congruencia de la sentencia civil*, en *Derecho y proceso*, Murcia, 1980, p. 591.

2. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Ed. Civitas, Madrid, 1978, p. 660.

3. Cf. GIMENO SENDRA, *Fundamentos del Derecho procesal*, Ed. Civitas, Madrid, 1981, p. 201.

4. En efecto, la doctrina española afirma la vinculación estricta del Tribunal penal en el supuesto de conformidad del acusado (arts. 655 y 694 LECrim.), previa a la celebración de la vista (véase GIMENO, *ob. cit.*, p. 201), surgiendo dudas respecto de lo establecido en los arts. 733 y 851.3 LECrim. Sobre la vigencia del dispositivo en el proceso penal, FAIREN, *La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema acusatorio español*, en *Temas del ordenamiento procesal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1969, vol. II, pp. 1199-1247; LEAL GONZÁLEZ, *El principio dispositivo en el proceso penal*, Santiago de Chile, 1966.

5. PRIETO CASTRO disculpa la defectuosidad terminológica en la *comodidad del léxico*, pero esto, justificable doctrinalmente, no lo es en boca del legislador (véase *Tratado de Derecho procesal*, Madrid, 1952, vol. I, p. 139). El nuevo *Anteproyecto de Ley reguladora del proceso contencioso-administrativo*, recientemente publicado por el Ministerio, subsana el defecto.

La referencia del artículo 43, de un lado a las *pretensiones* y de otro a las *alegaciones deducidas para fundamentar el recurso (?)* y la *oposición*, ha llevado al prof. González Pérez¹¹ a afirmar que él mismo «impone una limitación superior a las que se derivan del principio de congruencia», ya que éste —dice— únicamente exige adecuación entre la pretensión y la sentencia. Sin embargo, parece que la alusión a las *alegaciones* no desvirtúa, ampliando su ámbito, las consecuencias dimanantes del principio: pensemos por un momento que las mismas bien pueden no existir fuera de la demanda o de la contestación;¹² además, como ni en el acto de la vista ni en los escritos de conclusiones el artículo 79 permite que puedan plantearse cuestiones no suscitadas en aquéllos, desde la semántica del artículo 43 las *alegaciones* debieran entenderse exclusivamente como argumentos colaterales cuya única función es reforzar lo expuesto en la pretensión o en la oposición a la misma,¹³ sin otra ambición, a salvo siempre, claro está, de lo que las partes puedan aducir si el tribunal utiliza la facultad que le confiere el artículo 43.2 «al dictar sentencia»¹⁴ o el 79.2 para «el acto de la vista o en las conclusiones».¹⁵

Por último, el incumplimiento de lo ordenado en el tantas veces citado artículo 43, dará lugar al gravamen que materializará el derecho al uso del oportuno medio de impugnación por parte del lesionado mediante la decisión judicial incongruente.¹⁶

2. Fundamento

A) El principio dispositivo

Si, como se ha afirmado, del artículo 43.1 LJCA se infiere el deber procesal de congruencia, ello es porque el mismo sanciona una *mani-*

de 1904 no separaba ambas acepciones, sino que mantenía una redacción similar a la del actual art. 359 L.E.C.

11. *Comentarios...*, cit., p. 661.

12. Cf. GUASP, *Derecho procesal civil*, I.E.P., Madrid, 1967, 3.ª ed., pp. 656 y 657; GONZÁLEZ PÉREZ, *La pretensión procesal administrativa*, R.A.P., n.º 12, 1953, p. 112; Id., *Derecho procesal administrativo*, I.E.P., Madrid, 1964, vol. III, p. 122; MORENO, CATENA, *Derecho procesal*, con ALMAGRO, GIMENO y CORTÉS, Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 1986, tomo 1, vol. I, p. 203.

13. Véase STS de 8 de mayo de 1959, Sala 3.ª

14. Sobre el tema, CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Las facultades del tribunal ex artículo 43.2 de la L.J.C.A.*, en *Justicia 81*, número especial, pp. 240-244.

15. De cualquier forma, el problema, aparte de ocioso, no parece tener visos de ser reproducido si prospera el enunciado del art. 30 del *Anteproyecto...*, citado.

16. Cf. GIMENO SENDRA, *Derecho...*, cit., p. 190. Para TRUJILLO PEÑA, por el contrario, la infracción aludida determina la nulidad o anulabilidad de todo el procedimiento (*sic*); véase *La jurisdicción contencioso-administrativa como revisora de los actos de la Administración. Alcance de la reforma introducida por la Ley de 27 de diciembre de 1956*, en R.D.P.Ib., n.º 1/1962, p. 72.

*festación del principio dispositivo*¹⁷ que obliga, en este orden jurisdiccional, a decidir dentro de las pretensiones que formulan las partes.¹⁸ Sin embargo, a nadie se le oculta que la tal manifestación pudiera quedar solapada o sin otro valor que el semántico si, por ejemplo, el tribunal pudiera, *ex officio*, incoar el procedimiento o terminarlo sin petición de parte, o manipular el objeto procesal a su iniciativa...; en resumen, si las demás fases de aquél no estuvieran informadas por dicho principio.

Premisa insoslayable antes de escudriñar en la LJCA, en orden a conocer si el proceso que regula resulta o no informado por el dispositivo, es afirmar con Gimeno Sendra que el meritado principio, al igual que su contrario, el de necesidad, no se da nunca en estado «químicamente puro»;¹⁹ ningún proceso moderno es totalmente dispositivo o totalmente necesario; son, más bien, «modelos dialécticos», siendo la última evolución doctrinal favorable al aumento inquisitivo de los poderes del juez, justificado en un predominio de la conservación del orden social sobre la tutela individual («socialización del proceso»)²⁰

Son notas esenciales del principio dispositivo las siguientes: poder de disposición de la parte sobre el derecho material para entablar, en base a él, un procedimiento (*ne procedat iudex ex officio, neme iudex sine actore, ubi non est actio non est iurisdictio...*), poder de disposición sobre la pretensión y vinculación, más o menos rígida, del tribunal a esta última (*ne eat iudex ultra petita partium, sententia debet esse conformis libello...*), o sea, la congruencia «como manifestación directísima del principio».²¹

Las tres notas concurren en el proceso contencioso-administrativo: éste no puede existir sin actor²² porque el orden jurisdiccional al que pertenece es «rogado»,²³ lo que supone que el tribunal deviene some-

17. STS de 28 de diciembre de 1959, Sala 3.ª

18. STS de 14 de abril de 1961, Sala 4.ª

19. *Fundamentos...*, cit., p. 187.

20. Cf. BAUR, *La socialización del proceso*, Salamanca, 1980; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La socialización del proceso*, en «Constitución, Derecho y Proceso», *Estudios en memoria de los profs. Herce Quemada y Duque Barragués*, Zaragoza, 1983, pp. 423 y ss.; ALCALÁ-ZAMORA, *Liberalismo y autoritarismo en el proceso*, en *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, UNAM, México, 1974, vol. II, pp. 245 y ss.; GELSI BIDART, *El principio de congruencia en todo proceso*, *Rev. Uruguaya de Der. Proc.*, n.º 1/1981, p. 29, col. 2; SERRA DOMÍNGUEZ, *Liberalización y socialización del proceso civil*, R.D.P.Ib., n.º 2-3/1972

21. GIMENO, *Fundamentos...*, cit., p. 188; DE LA OLIVA, *ob. cit.*, p. 613; CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Algunas...*, cit., p. 289.

22. TRUJILLO PEÑA, *Los principios «iura novit curia» e inquisitivo en la Ley Jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo de 27 de diciembre de 1956*, en *Rev. Der. Judic.*, año II, n.º 6, 1961, pp. 63 y 64; GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho...*, cit., vol. I, p. 323.

23. STS de 29 de febrero de 1960, Sala 3.ª

tido al acto de incoación del procedimiento, a su contenido y a su continuación. En segundo lugar, el administrado recurrente es dueño de su pretensión y la Administración de su oposición o resistencia,²⁴ tal y como prueba la regulación en la LJCA del desistimiento del actor (art. 88) o el allanamiento de su contraparte (arts. 89 y 90), ostentando también el tal dominio sobre el contenido de las mismas, consecuencia de la vigencia del principio de aportación (*Verhandlungsmaxime*),²⁵ con la correlativa prohibición del tribunal de introducir hechos nuevos al proceso.²⁶ Por último, la vinculación antes referida, objeto de estas líneas, se encuentra precisamente explicitada en el párrafo 1.º del artículo 43.²⁷

Sin embargo, no han faltado voces autorizadas en la doctrina que reclaman la vigencia del principio inquisitivo en el proceso administrativo, cuando menos parcialmente.²⁸ El tema no es ni mucho menos superfluo; la acogida, con mayor o menor extensión, del citado principio, pudiera determinar que el tribunal, a la hora de emitir su decisión, no fuera ajeno a hechos o fundamentos de invocados por las partes, con lo que hablar de congruencia de la sentencia con las pretensiones deducidas sería pura especulación.

La mera vigencia del principio de contradicción o la prohibición de incoación del procedimiento *ex officio*, no configura un proceso como dispositivo o inquisitivo;²⁹ hay que atender, más bien, a la exis-

24. Con la imposibilidad para la última de deducir pretensión reconventional alguna, a diferencia de lo que ocurre en el contencioso francés (véase GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho...*, cit., vol. I, p. 251; *Id.*, *Consideraciones sobre el contencioso francés*, R.A.P., n.º 15, 1954, pp. 11 y ss.) cuya justificación se ha buscado en el carácter revisor de este orden de la jurisdicción (GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 481), y cuyo fundamento más simple puede encontrarse en que, siendo el elemento objetivo de la pretensión el acto o disposición administrativa (STS de 16 de diciembre de 1960, Sala 3.ª), al administrado le es imposible dictar actos o disposiciones con aquella naturaleza. Es por ello que la Administración actúa siempre como sujeto pasivo del proceso (GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 512). Ni siquiera las pretensiones de lesividad pueden considerarse técnicamente como reconversiones (GONZÁLEZ PÉREZ, *La pretensión...*, cit., p. 87). Esto, que parece evidente doctrinalmente, dice CORDERO TORRES que sería mejor que lo dijera la Ley tal y como ocurría en la antigua tras la reforma de 1894 (véase *Los primeros 10 años de la Ley de lo Contencioso-Administrativo*, R.G.L.J., 1967, p. 5 de la separata).

25. «Bajo la máxima de la aportación se entiende, en general, el dominio de las partes sobre el material procesal que es aportado como fundamento de hecho para la decisión del tribunal», GIMENO, *Fundamentos...*, cit., p. 205.

26. Cf. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Algunas...*, cit., p. 289.

27. STS de 28 de diciembre de 1959, Sala 3.ª

28. MOSQUERA-CARRETERO, *Comentarios a la reforma de lo contencioso-administrativo (Ley de 17 de marzo de 1973)*, Ed. Civitas, Madrid, 1974, p. 327; GONZÁLEZ PÉREZ, *La nueva L.J.C.A.*, R.G.L.J., 1958, p. 31 de la separata.

29. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Algunas...*, cit., p. 287.

tencia o no de un régimen de exclusividad de la parte para solicitar la tutela del interés individual que se invoca, es decir, la amplitud con que el interés público juega en el proceso.³⁰ Ello justificaría el constatable aumento de poderes del juez administrativo con respecto, *v. gr.*, al juez civil,³¹ tales como los contemplados en los artículos 43.2, 79.2 y 129.1 LJCA, en cuanto a la correcta formulación de la *litis*,³² el 75 en materia de prueba, o los artículos 103 y ss., respecto a la ejecución de las sentencias.³³ Todos estos preceptos, como diría el prof. Martín Ostos, son «penetraciones inquisitivas en lo dispositivo»³⁴ que, salvo el último reseñado, en modo alguno implican exclusión de la parte puesto que la yuxtaposición de ambos es la que debe conducir a mejoras en el ejercicio de la Jurisdicción. Aun así, como se ha puesto de manifiesto, las tales transiciones del principio inquisitivo no son óbice para considerar dispositivo al proceso administrativo;³⁵ esos extremos han de ser considerados la excepción y no la regla general, aunque a nadie se le oculta la importancia que revisten a efectos de incongruencia (*vid. infra*, cap. III).

B) *Fundamento constitucional: derecho de acción-derecho a la tutela judicial efectiva*

Como algún autor ha puesto de manifiesto, la historia de las instituciones procesales se caracteriza por mantener una incesante lucha contra la autotutela.³⁶ Si ello es así, y tras superarse la concepción *in abstracto* del «derecho de acción», es decir, la que encierra exclusivamen-

30. Puesto que «la necesaria tutela del interés público... hace necesarios unos mayores poderes al órgano jurisdiccional», CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Algunas...*, cit., p. 285.

31. También se ha querido justificar el aumento de facultades del tribunal en la ausencia de M. F. en el proceso administrativo, haciendo que aquél juegue un papel ambivalente. Cf. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Algunas...*, cit., pp. 284, 286, 324 y 325.

32. TRUJILLO PEÑA, *La jurisdicción...*, cit., p. 69.

33. Sería impropia tarea reseñar aquí los trabajos, sobradamente conocidos, que se dedican a este polémico tema. Nos remitimos a ellos pero, por su importancia a efectos de argumentar la constitucionalidad o no de este privilegio de la Administración, véase últimamente el Dictamen del Consejo de Estado de 8 de enero de 1987 a propósito de la inexecución de la STS de 23 de octubre de 1985, Sala 4.ª

34. Véase *Las diligencias para mejor proveer en el proceso civil*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1981, pp. 153 y ss.

35. GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pp. 480 y 513.

36. Cf. DE LA OLIVA SANTOS, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, Ed. Bosch, Barcelona, 1980, p. 12; ALCALÁ-ZAMORA, *Preocupaciones y directivas fundamentales del Derecho procesal contemporáneo*, en *Bol. Inst. Der. Comp. México*, V. n.º 13/1952, pp. 15 y ss.

te un «derecho de acceso a la Jurisdicción»,³⁷ para arribar al «derecho a la tutela judicial efectiva», que consagra el artículo 24.1 CE, ¡qué pobre sería la función del proceso si en él los ciudadanos no encontraran solución o, mejor, respuesta a sus conflictos! Lo que se inquiera, en definitiva, es el asegurar que cuando alguien entabla un contencioso, del tercero imparcial ha de emanar la respuesta que estime ajustada a derecho al preciso conflicto que se somete a su cognición, no a otro ni a nada distinto de lo pedido, ni alterando lo que en él se haya formulado; en otras palabras, utilizando al proceso como *instrumento virtual de satisfacción jurídica*.³⁸

Todo queda, pues, fundamentado en el respeto a los enunciados del artículo 24 CE. En su calidad de intérprete supremo de la misma, el Tribunal Constitucional ha puntualizado que «constituye requisito ineludible para la debida prestación de la tutela, la congruencia entre el pronunciamiento judicial y el objeto del proceso, de modo que aquél ha de sujetarse a los límites con que éste ha sido configurado, pues en otro caso la actividad procesal puede haberse desvirtuado con arreglo a las normas jurídicas y constitucionales, pero su resultado constituiría una efectiva denegación de la tutela, en cuanto que lo resuelto no será realmente el supuesto planteado, sino un hipotético supuesto distinto y en la medida en que el objeto del proceso por referencia a sus elementos subjetivos —partes— u objetivos —causa de pedir y *petitum*— resulte alterado en el pronunciamiento judicial, la actividad en que consiste la tutela habrá sido indebidamente satisfecha».³⁹

La cuestión tiene también un reflejo práctico en los supuestos de satisfacción extrajudicial de la pretensión, ya que en ellos el tribunal deviene obligado a dictar auto de conclusión del proceso (art. 90.2 LJCA) al haberse quedado éste sin objeto.⁴⁰

II. TÉRMINOS DE LA COMPARACIÓN

En la St del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1981 (Sala 5.ª, ponente: Falcón García) leemos: «el concepto de incongruencia en lo contencioso-administrativo no se contrae sólo a la correlación en la

37. Véase MONTERO AROCA, *Introducción al Derecho procesal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1979, 2.ª ed., pp. 111 y ss.

38. Véase FAIREN, *El proceso como función de satisfacción jurídica*, R.D.P.Ib., n.º 1/1969, pp. 17-95.

39. STC de 3 de febrero de 1984, ponente Escudero del Corral. Véanse, asimismo, Ss. del TC de 5 de mayo de 1982, 3 de febrero de 1983, 27 de marzo de 1985, 19 de diciembre de 1985 y 21 de febrero de 1986.

40. Sobre la especial problemática que plantea la «satisfacción extrajudicial de la pretensión» en el proceso administrativo, véase GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 538.

las pretensiones de la demanda y contestación y lo decidido en la sentencia, sino que además comprende la adecuación entre las alegaciones deducidas para fundamentar el recurso y la oposición y las argumentaciones doctrinales y legales en que se basa el fallo...».

Según esta sentencia, el estudio de la congruencia en el orden contencioso-administrativo pasa por el análisis de las pretensiones y su fundamentación, entendidas en amplio sentido (*thema decidendi*),⁴¹ y la sentencia que concluye el procedimiento, unido además al examen de (y no queríamos utilizar el término) otras *congruencias* que en dicho orden se plantean.

1. La pretensión procesal administrativa

A los fines perseguidos, interesa sobre todo examinar de la pretensión⁴² su deducción en el proceso y la parte o partes de la misma que han de tomarse en cuenta a efectos de la impugnación de una eventual incongruencia de la sentencia.

A) Deducción

a) Escrito de interposición-vía administrativa previa; ¿congruencia?

A diferencia de lo que acontece en el proceso civil, el administrativo principiará por «demanda pura», esto es, un mero «escrito de interposición» que se reduce a citar el acto que se pretende impugnar y a la petición de que se tenga por interpuesto el recurso (art. 57.1 LJCA).⁴³ No obstante, al igual que sucede en el civil en los contados supuestos en los que el agotamiento de la vía gubernativa es preceptivo (arts. 138 y ss., LPA), pudiendo su incumplimiento hacerse valer vía excepción dilatoria (art. 533.7 LEC), en el administrativo tradicionalmente se mantiene la obligada interposición de los recursos administrativos pertinentes en cada caso, como exigencia previa de la impugnación jurisdiccional.

41. Véase nota 12.

42. En general, véase GONZÁLEZ PÉREZ, *La pretensión...*, cit., *passim*.

43. El fundamento de la separación entre escrito de interposición y demanda, que ya se encontraba en los arts. 34 y 40 de la Ley de 1888, es, como apunta GONZÁLEZ PÉREZ, «evidente, ya que en otro caso el demandante tendría que formular la pretensión procesal sin tener a la vista el expediente administrativo» que, por otro lado, tan remisa es la Administración a enviarlo completo y en su plazo (véase *La demanda en el proceso administrativo hispanoamericano*, en R.D.P.Ib., n.º 23/1983, p. 111).

A nuestro juicio, es éste uno de los puntos que, de continuar la configuración actual del enjuiciamiento administrativo, no debiera en ningún caso cambiar en una futura reforma procesal.

diccional (arts. 52 y ss. LJCA),⁴⁴ exigencia que, al ser considerada como un presupuesto procesal,⁴⁵ no hace sino conculcar el derecho constitucional a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE)⁴⁶ puesto que las tales dilaciones no sólo son susceptibles de producirse en el curso de un proceso ya iniciado,⁴⁷ sino que, como ha podido afirmar el Tribunal Constitucional refiriéndose al *acceso* al proceso, «este derecho a la jurisdicción reconocido en el párrafo 1.º del mencionado artículo 24 no puede entenderse como algo desligado del tiempo en que deba prestarse por los órganos del Poder Judicial».⁴⁸ Así pues, sin perjuicio de profundizar en el tema *infra*, este privilegio obliga a plantear a la Administración la petición, previamente a someterla a la consideración de los tribunales.

Es aquí donde se incardina el problema de la «congruencia» entre lo solicitado en el recurso administrativo y lo contenido en el escrito de interposición. Pero, como sabemos, la pretensión no se recoge en este último, sino en la demanda, con lo que en este punto la cuestión se circunscribe estrictamente a la «congruencia» respecto del acto administrativo, lo que no es poco si consideramos que constituye «el punto de referencia sobre el que giran las pretensiones de las partes».⁴⁹

El escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo es el acto procesal que delimita sus elementos personales y objetivos,⁵⁰

44. A diferencia del Derecho francés, cuyo pesado lastre aún padecemos en lo peor, donde el agotamiento del cauce gubernativo es configurado como una opción a disposición del recurrente. El *Anteproyecto...*, cit., no parece tener muy clara la urgente reforma de este presupuesto, pues si bien en su art. 39 (cláusula general) dispone optativamente que «PODRÁ interponerse, con carácter previo a cualquier recurso contencioso-administrativo, recurso de reposición...», el art. 52 determina la desestimación *a limine* del primero «cuando constare... c) La falta del agotamiento de la vía administrativa cuando legalmente proceda».

45. STS de 27 de diciembre de 1984, Sala 3.ª, ponente Martín del Burgo y Merchán; St. AT de Granada de 15 de abril de 1981, ponente Orti Alcántara; St. AT Bilbao de 1 de marzo de 1986, ponente Ibarra Robles.

46. Gráficamente se lamenta SANTAMARÍA PASTOR de que «los tribunales están obligados a permanecer inactivos en tanto que la Administración no haya hecho todo el daño que desee...», véase *25 años de aplicación de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: balance y perspectivas*, R.A.P., n.º 95, p. 136. Por su parte, CORDERO TORRES, *ob. cit.*, p. 5, comenta que la reposición obligatoria es «un verdadero premio al reclamante retardador y auténtico castigo al principio de igualdad procesal».

47. Véase la jurisprudencia que cita GIMENO SENDRA, *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*, en *Justicia* 86, n.º 2, pp. 395 y ss.

48. STC de 14 de julio de 1981. También GONZÁLEZ PÉREZ, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Ed. Civitas, Madrid, 1984, pp. 123 y ss.

49. «En el escrito inicial... (queda)... acotado el acto que se impugna y frente al cual exclusivamente podrán articularse en la demanda las pretensiones de parte...», STS de 12 de noviembre de 1980, Sala 4.ª, ponente Gabaldón López.

50. STS de 20 de noviembre de 1985, Sala 4.ª, ponente Reyes Monterreal; St. AT de Granada de 1 de junio de 1982, ponente Trillo Torres.

determinando definitivamente los términos no susceptibles de ampliación a lo largo del procedimiento.⁵¹ La lógica, pues, impone que los tales elementos básicos de la pretensión hayan sido aquellos sobre los que la Administración se ha pronunciado. El acto impugnado ante la última ha de ser el mismo que el impugnado ante la Jurisdicción, y si se dio el caso de que en la vía previa se reformó el mismo o se dictó otro modificándolo, el artículo 55 LJCA dispone la indiscriminada deducción del uno o el otro o ambos.⁵² Lo mismo puede decirse respecto de las disposiciones administrativas objeto de impugnación (supuestos de legitimación corporativa; art. 28.1.b LJCA), no siendo obstáculo a ello el que en la vía previa se recurran algunos de sus preceptos y en la judicial la disposición completa.⁵³

La obligada identidad del acto en ambos cauces encuentra justificación adecuada si atendemos a lo que supone el primero y a la *concepción revisora* del segundo. Por una parte, tenemos que el agotamiento de los recursos administrativos es la manifestación de una fórmula autocompositiva de resolución de conflictos, que dimana del principio de autotutela administrativa, y que podría catalogarse como una especie de «seudoconciliación extraprocesal»,⁵⁴ tendente a evitar el proceso, pero con resultados a todas luces insuficientes⁵⁵ derivados de una corriente de «inercia administrativa» que se niega tercamente a eliminar o modificar los actos objeto de impugnación. Pues bien, es por demás evidente que lo que origina la impugnación jurisdiccional es la inexistencia de la «composición» aludida, por lo que carecería de todo sentido la falta de identidad entre los actos recurridos por los trámites del procedimiento administrativo y los impugnados judicialmente. De otra parte, refuerza la referida identidad la configuración del orden contencioso-administrativo como *orden revisor*.

En efecto, en un principio puede entenderse que de la actuación del Poder Judicial, como garantía jurídica de los ciudadanos frente a

51. STS de 28 de noviembre de 1959.

52. STS de 10 de febrero de 1981, Sala 3.ª, ponente Fernández Santamaría.

53. STS de 28 de octubre de 1985, Sala 5.ª, ponente Díaz de Lope-Díaz y López.

54. Cf. CORDERO TORRES, *ob. cit.*, p. 18. A lo sumo podría ser, escribe ALCALÁ-ZAMORA, un *proceso preliminar* al que sucedería, en su caso, el genuino proceso, o sea, el principal o de fondo (véase *Proceso administrativo*, en *Estudios procesales*, Ed. Tecnos, Madrid, 1975, p. 453). Véase también la STS de 17 de noviembre de 1980, Sala 5.ª.

55. A pesar de que la Administración reconoce con alguna frecuencia las peticiones del administrado, globalmente considerado, el sistema resulta ineficaz, no sólo por el amplio juego del silencio administrativo, sino, lo que es más grave, por la «pasmosa indiferencia» de la Administración y sus servidores hacia la tramitación y resultado final de los recursos interpuestos contra sus actos», véase SANTAMARÍA PASTOR, *ob. cit.*, p. 141, y STS de 11 de octubre de 1980, Sala 3.ª, ponente Rodríguez Hermida.

la actividad irregular de una Administración cada vez más poderosa y absorbente, se infiere el que aquél «revise» dicha actividad, por lo que su rol sería esencialmente «revisor».⁵⁶ Sin embargo, asistimos hoy a la hipertrofia de la concepción revisora que, como exponen los profesores García de Enterría-Fernández, «sirve para todo y... todo lo explica»,⁵⁷ y que carece, no sólo de toda justificación histórica e institucional, sino de un efectivo basamento legal.⁵⁸

Lejos de sutiles polémicas acerca de su alcance y consecuencias,⁵⁹ para nosotros lo que exige ineludiblemente la configuración del enjuiciamiento administrativo como «revisor», es que se haya dictado, simplemente, un acto o disposición estimado lesivo por el recurrente.⁶⁰ De esta suerte, es la lógica de nuevo la que compele a la identidad de los actos en ambas vías impugnativas.

Por último, al ser lo regulado en la LJCA «un auténtico juicio o proceso entre partes» (vid. Expo. Motiv.)⁶¹ y no un verdadero «recurso» que prohíba la mutación del objeto del proceso de instancia (ya que éste, en realidad, no existe),⁶² resulta del todo punto inútil invocar el argumento semántico para justificar con él la *identidad objetiva* ya reseñada.⁶³

56. TRUJILLO PEÑA, *La jurisdicción...*, cit., p. 67.

57. *Curso...*, cit., p. 481.

58. *Ibid.*, p. 482.

59. Sobre las mismas, SANTAMARÍA PASTOR, *ob. cit.*, pp. 155 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pp. 481 y ss.; TRUJILLO PEÑA, *La jurisdicción...*, cit., *passim*.

60. «... existiendo el acto administrativo recurrible... queda facultada esta Jurisdicción (*sic*) para conocer del mismo con todas sus consecuencias...», STS de 17 de noviembre de 1980; «el carácter revisor en la Jurisdicción (*sic*) contencioso-administrativa, lo que impide es iniciar un contencioso sin la actuación previa de la Administración, y sin un acto expreso o presunto...», STS de 27 de diciembre de 1984. Véanse también las Ss. de 23 de abril de 1960, 2 de febrero de 1962, 6 de diciembre de 1965 y 3 de enero de 1974. Asimismo, Ss. de 3 de marzo de 1976, 7 de diciembre de 1976, 1 de febrero de 1977 y 22 de mayo de 1979, todas de la Sala 5.ª del TS.

61. Acerca de su naturaleza, GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pp. 511, 514 y 525, lo asemejan al proceso declarativo ordinario civil (en contra, CORDERO TORRES, *ob. cit.*, p. 9). Véase también ALCALÁ-ZAMORA, *Nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en España*, en *Estudios...*, cit., p. 478.

62. Véase STC de 8 de octubre de 1985. Ello, además, haría entrar en juego el tema del vigor o no en el «recurso» contencioso de la prohibición de la *reformatio in peius*; véase SAINZ MOORENO, *La eliminación de la reformatio in peius en los recursos administrativos*, R.E.D.A., n.º 6/1975, pp. 486-489; *Id.*, *La reformatio in peius en materia de contrabando*, R.A.P., n.º 76, 1975; SANTAMARÍA PASTOR, *¿Crisis definitiva de la reformatio in peius?*, en R.A.P., n.º 72, 1973, pp. 129 y ss.

63. En efecto, como justamente puntualiza ALCALÁ-ZAMORA, la denominación «recurso» es la tradicionalmente acorde con la tricotomía española *pleitos* (civiles), *causas* (penales) y *recursos* (contencioso-administrativos y constitucionales).

Llegados a este extremo y a la vista de su patente inutilidad, podríamos preguntarnos si no sería mejor que el privilegio que supone el agotamiento del cauce administrativo previo al jurisdiccional desapareciera. Aunque el nuevo Anteproyecto de Ley reguladora del Proceso Administrativo no parece querer desterrar absolutamente la exigencia, otras regulaciones sí la han eliminado (v. gr., art. 7.1 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona),⁶⁴ sin que los resultados hayan sido, ni mucho menos, desalentadores. No obstante ello, hemos de ser conscientes de que la Administración-sujeto pasivo tiene derecho, al igual que cualquier otro futuro litigante, a conocer previamente que va a adquirir este *status* en un proceso y a poner los remedios para ello. De este modo, no parecería acertada una supresión *a radice* de la vía administrativa; más conveniente resultaría, o bien configurarla como una opción para el recurrente, o bien mantenerla como está aunque suprimiendo, en todo caso, el juego del silencio administrativo (especialmente el negativo).

b) *Demanda-escrito de interposición-vía administrativa previa; ¿congruencia?*

La deducción de la pretensión procesal en el enjuiciamiento contencioso-administrativo, iniciada ya en el escrito de interposición,⁶⁵ se completa definitivamente con el escrito de demanda de los artículos 67 y ss., LJCA. Dicho escrito y la contestación al mismo perfilarán el objeto del proceso en lo sustancial, vinculando al tribunal a que emita el juicio jurisdiccional dentro de sus términos.

Como es sabido, en la demanda se consignarán «los hechos, los fundamentos de derecho y las pretensiones que se deduzcan», en cuya justificación, dice el tenor literal del artículo 69.1 LJCA, «podrán ale-

les); véase *La protección procesal internacional de los derechos humanos*, Ed. Civitas, Madrid, 1975, pp. 45-46, nota 73.

64. Véase su comentario en SALAS HERNÁNDEZ-TORNOS MAS, *Comentarios a la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona*, R.A.P., n.º 93, pp. 50 y ss.; CANO MATA, *Comentarios a la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona*, Ed. Edersa, Madrid, 1985.

65. No es afortunada la St. de 16 de febrero de 1982 de la Audiencia Nacional, ponente Moreno y Moreno, cuando afirma que «el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo delimita y acota las pretensiones a examinar en vía jurisdiccional», ya que, como apunta la STS de 4 de octubre de 1984, Sala 4.ª, ponente García Manzano, «no puede tenerse por una verdadera demanda el escrito que NO suministra al tribunal el contenido de la pretensión... (al no reunir) el *minimum* procesal que fija el art. 69.1 L.J.C.A.». Sobre el tema, FARRÉN, *La demanda en el proceso civil español*, en *Estudios de Derecho procesal*, Ed. Rev. Der. Priv., Madrid, 1955, p. 444.

garse cuantos motivos procedan, aunque no se hubieren expuesto en el previo recurso de reposición o con anterioridad a éste». De manera que en el proceso administrativo pueden conocerse *ex novo* las alegaciones que el recurrente aduzca en justificación a su pretensión. Pero no ocurre lo mismo con otros aspectos de esta última.

Al existir solución de continuidad entre el escrito de interposición (*demanda pura*) y el de demanda (*demanda mixta*), el acto impugnado no puede variar de uno a otro;⁶⁶ aún más, el último no podría contemplar otro diferente habida cuenta de que se redacta una vez «recibido el expediente administrativo» (art. 67.1 LJCA) reclamado con ocasión de la impugnación objetiva explicitada en el primero.⁶⁷ Sin embargo, la demanda es bastante más que «la simple formalización» del escrito de interposición;⁶⁸ mientras éste se limita a iniciar el procedimiento y citar el acto, aquélla deberá contener las pretensiones «perfectamente delimitadas cualitativa y cuantitativamente, así como aquellos datos... que le sirvan de fundamento»,⁶⁹ con lo que lo trascendente, a efectos de congruencia de la sentencia, va a ser lo expuesto en la demanda mixta.⁷⁰

Examinada ya la «identidad del acto» en ambos escritos, plantéase una nueva problemática respecto al de demanda, consistente en su conexión o «congruencia» con lo actuado por la Administración en el recurso previo. De entrada, el recurrente puede, si así lo desea, fundamentar la demanda remitiéndose simplemente a lo expuesto en aquél, sin que ello «constituya defecto legal en el modo de proponer(la)»,⁷¹ lo que, en modo alguno, reviste gravedad. Si es grave, por el contrario, una continuada corriente jurisprudencial, por otra parte inconcusa, que, referida en particular al elemento volitivo de la pretensión (*petitum*) y, en general, a la demanda globalmente considerada, atenaza al recurrente al subordinar esta última a lo reflejado en el procedimiento administrativo.

No sólo «no deben traerse a la revisión jurisdiccional cuestiones no sustanciadas antes gubernativamente y sobre las que no ha podido pronunciarse la Administración»,⁷² sino que, además, si se traen, al

66. GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho...*, cit., vol. II, p. 687.

67. «La demanda no debe dirigirse contra actos que no sean los que se determinan en el escrito inicial de interposición del recurso, pues ello implicaría una desviación procesal», STS de 10 de diciembre de 1984, Sala 4.ª También STS de 12 de octubre de 1980, Sala 4.ª

68. Así la cataloga la STS de 20 de octubre de 1985, Sala 4.ª

69. STS de 23 de enero de 1981, Sala 3.ª, ponente Roldán Martínez.

70. MOSQUERA-CARRETERO, *ob. cit.*, p. 330.

71. STS de 22 de octubre de 1981, Sala 5.ª, ponente Páramo Cánovas.

72. STS de 9 de noviembre de 1961, Sala 4.ª. Criterio contrario parece mantener la STS de 1 de diciembre de 1962, Sala 4.ª

tribunal le está vedado *pronunciarse* sobre ellas⁷³ y, lo que es aún peor, no puede el recurrente formular a la Jurisdicción «peticiones» no solicitadas antes en la vía administrativa correspondiente.⁷⁴

De esta suerte, no ya el acto o disposición se convierte en un presupuesto del proceso⁷⁵ y el agotamiento previo del cauce administrativo un presupuesto procesal,⁷⁶ sino que el enjuiciamiento ante los tribunales de lo contencioso (Poder Judicial) se encuentra casi totalmente subordinado a lo actuado en aquél (Administración), unido, además, a la prohibición para los órganos judiciales de arrogarse competencias propias del Ejecutivo.⁷⁷

Lo expuesto anteriormente debiera abonar por una reforma de esta, a nuestro juicio incorrecta, línea interpretativa.

B) Elementos principales de la pretensión a efectos de incongruencia de la sentencia

Sobre esta concreta materia no se aprecia unicidad en la doctrina jurisprudencial; el prof. González Pérez, en un vano intento de sistematización de la misma, escribe: «en ocasiones (la jurisprudencia) se refiere a la demanda, estimando que es ésta la que marca los límites del fallo..., en otras se refiere a las *súplicas de las demandas...*; en otras, a las cuestiones planteadas por la litis; son estas cuestiones las que marcan los límites de la sentencia y la congruencia...; en otras se refiere a las *peticiones de las partes en las súplicas de sus respectivos escritos...*».⁷⁸

Lo que parece claro es que, de los varios elementos que componen la pretensión, no todos han de tenerse por provocadores de incongruencia si no son recogidos expresamente en la sentencia. Así, por ejemplo, el principio *iura novit curia* determina la inexistencia de vinculación al tribunal en lo atinente a la fundamentación jurídica de la pretensión,⁷⁹ ya que ésta, al menos en las pretensiones declarativas o de condena,⁸⁰ no se muestra como un elemento individualizador de las mismas

73. Ss. TS de 20 de mayo de 1967, 23 de noviembre de 1968, 29 de abril de 1970, 28 de septiembre de 1970, 21 de marzo de 1973, 31 de marzo de 1979 y 3 de mayo de 1979.

74. STS de 5 de junio de 1961, Sala 5.ª

75. GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 482.

76. Véase nota 45.

77. Cf. SANTAMARÍA PASTOR, *25 años de aplicación...*, cit., *passim*.

78. *Comentarios...*, cit., pp. 987-988.

79. Para el principio en la L.J.C.A., véase GARCÍA TREVILIANO, *ob. cit.*, p. 17 y STS de 18 de febrero de 1985, Sala 4.ª. También Auto de la AT de Sevilla de 12 de enero de 1981, ponente Prades Pareja.

80. No sucede lo mismo respecto de las constitutivas como, sólo a título de ejemplo, las nacidas al amparo del art. 2 del R.D. 2.300/1976, de 1 de octubre,

toda vez que, en nuestro ordenamiento procesal, rige la «Teoría de la sustanciación de la pretensión».⁸¹

Por ello, debemos aquí diferenciar entre incongruencia cualitativa y cuantitativa aunque *infra* sean objeto de desarrollo. En la primera se integran las llamadas incongruencias por «extra» y por «*citra petita*»; en la segunda, la «ultra» e «*infra petita*». Atendiendo, pues, a estos criterios, cabe afirmar respecto de la última, fácilmente detectable mediante una simple operación matemática siempre que se dé en «estado puro», es decir, que no se halla entremezclada con algún tipo de la primera, que la parte esencial a tener en cuenta es el suplico o *petitum* (elemento volitivo o formal de la pretensión),⁸² pues no en otro lugar es donde se aprecia el *quantum* sometido a la consideración del tribunal. En cuanto a la incongruencia cualitativa, como afirma la jurisprudencia, ha de apreciarse la pretensión en su totalidad, no dividiéndola en *compartimentos estancos*,⁸³ sino atendiendo a toda su argumentación en general;⁸⁴ ella vinculará al juzgador en sus términos, aunque éste, por supuesto, es libre de utilizar en la redacción de la sentencia términos análogos o no a los deducidos por las partes (inexistencia de vinculación semántica).⁸⁵

2. La sentencia administrativa

Regulada en los artículos 80 y ss., LJCA, es el acto procesal a través del cual el tribunal emite su juicio jurisdiccional sobre el objeto del proceso. Supone, pues, que el tercero imparcial al que se acude para componer el litigio, pronunciándose sobre el mismo, vincula a sus intervinientes desde ese momento y hacia al futuro.⁸⁶ En ella, a la vez que se satisface alguna de las pretensiones deducidas, se revelan todas las

de Regulación de Procedimientos Judiciales para Inscripción y Registro de Asociaciones Políticas, puesto que en ellas la fundamentación de Derecho sí individualiza la causa *petendi*, tal y como demuestra el que, en esta clase de pretensiones, la sentencia que las resuelve sólo pasa en autoridad de cosa juzgada respecto al concreto motivo jurídico alegado para fundamentarlas; véase CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho...*, cit., p. 495.

81. Cf. GUASP, *Derecho...*, cit., p. 227; FAIREN, *La demanda...*, cit., pp. 464 y ss.

82. Cf. STS de 2 de abril de 1960, Sala 5.ª, citada por ARAGONESES, *Doctrina procesal contencioso-administrativa del Tribunal Supremo*, Ed. Aguilar, Madrid, 1963, pp. 827-828; véanse también las Ss. del TS de 9 de febrero de 1984, Sala 5.ª, ponente Fernández Díaz, y 8 de mayo de 1985, Sala 3.ª, ponente Martín Herrero.

83. STS de 23 de octubre de 1981, Sala 3.ª, ponente Falcón García.

84. STS de 22 de julio de 1985, Sala 5.ª, ponente Falcón García.

85. STS de 17 de noviembre de 1980, Sala 4.ª, ponente Fernández Tejedor.

86. A salvo, claro es, de que alguna parte ejercite su derecho al medio de impugnación, insito en el más general de tutela jurisdiccional; sobre el tema, véase la jurisprudencia que citamos en nuestro trabajo *El artículo 44.1.a de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, en *Justicia* 86, n.º 3, pp. 663 y ss.

insuficiencias del sistema español de enjuiciamiento administrativo,⁸⁷ sobre todo en lo referente a su ejecución.

A) Requisitos

La resolución que pone fin al proceso ha de cumplir una serie de requisitos reconducibles a los siguientes: a) *Subjetivos*: ha de referirse a los elementos personales intervinientes en el proceso, ya que únicamente sobre ellos desplegará sus efectos (art. 86 LJCA);⁸⁸ b) *Objetivos*: ha de pronunciarse sobre el objeto del proceso al que pone fin. Como ya se apuntó, quebraría claramente la tutela jurisdiccional si el órgano judicial se refiriera, bien a extremos relacionados, pero no debatidos en la *litis*, bien a aspectos que ni se relacionan ni se cuestionan en la misma. Aquí se integra la congruencia como requisito objetivo de la sentencia⁸⁹ y como deber procesal del juez;⁹⁰ c) *Formales*: no concreta la LJCA los requisitos de este carácter, por lo que habrá de estar-se a lo prevenido en la supletoria LEC (art. 372) y a la nueva LOPJ, a la que en seguida nos referiremos.

B) Elementos principales de la sentencia a efectos de su incongruencia

Sabido es que la reciente LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, ha adoptado una nueva fórmula en la redacción de las sentencias (*vid.* art. 248.3), cuyo inmediato precedente se encuentra en las demandas del Tribunal Constitucional⁹¹ y que acaba definitivamente con los controvertidos galicismos *Considerando* y *Resultando*,⁹² dejando intacta la configuración del fallo. Pues bien, como han revelado doctrina y jurisprudencia, es el referido «fallo» o parte dispositiva de la sentencia la que ha de tomarse en cuenta para apreciar un posible vicio de incongruencia,⁹³ «pero no aislándolo de la fundamentación que lo sustenta, sino en armónica conjunción con ella como relevante requisito que se adiciona al fallo para formar un todo orgánicamente enlazado»⁹⁴ o,

87. GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pp. 539 y ss.

88. GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho...*, cit., vol. II, p. 809, y STS de 25 de octubre de 1984, Sala 3.ª

89. GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho...*, cit., vol. II, p. 805.

90. GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 544.

91. Cf. VÁZQUEZ SOTELO, *Comentario a la STS, Sala 2.ª, de 16 de septiembre de 1985*, en *Rev. La Ley*, n.º 1393, de 19 de febrero de 1986, p. 1, col. 1.

92. FAIREN, *Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985*, Ed. Edersa, Madrid, 1986, p. 308.

93. Cf. Ss. del TS de 18 de noviembre de 1933, 4 de julio de 1961, 30 de junio de 1982 y 8 de mayo de 1985.

94. STS de 20 de enero de 1983, Sala 1.ª, ponente De Castro García.

dicho en otros términos, sin obviar en modo alguno el *iter* lógico recorrido por el ponente para arribar al mismo.

En este aspecto, pues, el orden contencioso-administrativo no diverge del resto de los órdenes jurisdiccionales del Estado.

III. CLASES DE INCONGRUENCIA

Doctrinalmente se han perfilado cuatro tipos diferentes de este vicio procesal; a saber: la «ultra» e «*infra petita*» que sucede con ocasión del exceso o defecto de la sentencia en el otorgamiento o denegación del *quantum* cuestionado en el proceso; la «*extra petita*» que produce el vicio, cualitativamente considerado, al emanar del tribunal respuesta a cuestiones no sometidas a su cognición; y, por último, la «*citra petita*», en la que recae la decisión judicial que omite el pronunciamiento sobre todas o alguna de las cuestiones debatidas en la *litis*.

Respecto de las primeras («ultra» e «*infra*»), no se suscita especial problemática en el enjuiciamiento administrativo al no revelarse sustanciales diferencias con sus homónimas civiles.⁹⁵ Por ello, permítase nos pasar directamente a las restantes.

1. Incongruencia por «*extra petita*»

Al juzgador no le es dado pronunciarse sobre cuestiones no controvertidas en el proceso o no solicitadas por las partes; si, empero, incurre en esta conducta, cristaliza la incongruencia por «*extra petita*».⁹⁶ La simple formulación de este tipo de incongruencia cualitativa se ve enturbiada en la LJCA por la existencia de preceptos como el 43.2 o el 79.2,⁹⁷ en los que se reconocen al tribunal diversas facultades en orden a la correcta exposición del pleito.

El primero de los artículos enunciados, al otorgar al tribunal en el momento de dictar sentencia, la facultad de proponer a las partes «*otros motivos*» diferentes de los alegados para fundar el recurso y la

95. Remitimos al lector para estos tipos de incongruencia a la obra de ARAGONESSES, *Sentencias congruentes (pretensión, oposición y fallo)*, Ed. Aguilar, Madrid, 1961, pp. 89-115, y a la de MILLÁN LÓPEZ, *La incongruencia civil*, Ed. Tecnos, Madrid, 1983, pp. 104-126. Véanse también las Ss. del TS de 29 de septiembre de 1961, 20 de mayo de 1961, 22 de octubre de 1982 y 21 de enero de 1981, todas de la Sala 5.ª

96. Ss. del TS de 28 de enero de 1960, 12 de diciembre de 1967 y 30 de junio de 1982.

97. Preceptos que se reproducen literalmente en los arts. 30.2 y 67.2 del *Anteproyecto...*, cit.

oposición,⁹⁸ no plantea dificultad alguna respecto al vicio por «*extra petita*», toda vez que «*motivos*» no es término análogo a *pretensiones* o *solicitudes*, por lo que el órgano judicial no incurre en el mismo si cumple el otorgamiento del plazo de 10 días a que se refiere el precepto y en su utilización no altera los *hechos constitutivos* de la causa *petendi descritos en la demanda*,⁹⁹ siendo claro que no supone necesariamente hacer uso de *motivos distintos* el haber llegado a *conclusiones diferentes* a las de las partes.¹⁰⁰

No sucede lo mismo con el artículo 79.2 LJCA, que prevé expresamente la consideración por parte del tribunal de «*cuestiones que no han sido planteadas en los escritos de parte*», es decir, una eventual ampliación del objeto procesal; así, se produciría el efecto por «*extra petita*» si el órgano, no dictando la providencia oportuna o no otorgando el plazo de 3 días que el artículo dispone al efecto, las tuviera en cuenta en su sentencia.

A nuestro juicio, es éste el concreto alcance del precepto. Sería sobrevalorarlo no poco el pensar que constituye una «*derogación*» del principio dispositivo;¹⁰¹ más bien supone una salvaguarda a ultranza del de contradicción¹⁰² sin excluir tampoco, si se cumplen las garantías en él previstas, el juego del principio de aportación.¹⁰³

La LJCA no contempla expresamente esta clase de incongruencia. Consecuentemente con ella, no arbitra medio de impugnación alguno que la combata. De este modo, como tampoco se regula en ella un re-

98. La doctrina ha parangonado este precepto con el art. 733 LECrim.: ALCALÁ-ZAMORA considera al 43.2 *hijo* del 733 (véase *Nueva...*, cit., p. 482, nota 43); CORTÉS-DOMÍNGUEZ, por su parte, afirma que el primero es antecedente del segundo al inspirarse el legislador en este último para la formulación de aquél (véase *Algunas...*, cit., p. 321); GARCÍA-TREVIJANO piensa que el art. 43.2 es directamente precedente de la LECrim. (véase *Acotamiento...*, cit., p. 17); por último, PERA VERDAGUER mantiene que ambas normas son similares (véase *Comentarios...*, cit., p. 329).

Por los problemas que puede plantear el cambio de *thesis* en orden a generar una posible indefensión, por su escasa utilización y, por qué no decirlo, por su inutilidad práctica, tanto el uno como el otro precepto debieran desaparecer en una futura reforma procesal.

99. Ss. del TS de 23 de abril de 1959, Sala 5.ª, y 8 de noviembre de 1985, Sala 3.ª Sobre la aplicación del precepto en la jurisprudencia, véase ARAGONESSES, *Doctrina...*, cit., pp. 844 y ss.

100. STS de 9 de mayo de 1961.

101. Cf. TRUJILLO PEÑA, *Los principios...*, cit., pp. 63 y 64; Id., *La Jurisdicción...*, cit., p. 69.

102. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Algunas...*, cit., p. 302; ROYO VILLANOVA, *Principales innovaciones de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 27 de diciembre de 1956*, en *Libro Homenaje a D. Nicolás Pérez Serrano*, vol. II, Ed. Reus, Madrid, 1959, p. 298.

103. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Algunas...*, cit., p. 303.

curso de casación que preste cobertura legal al supuesto,¹⁰⁴ ni la infracción encuentra clara acogida en ninguno de los motivos de revisión del art. 102,¹⁰⁵ tan sólo cabe ejercitar su impugnación a través de la *limitada* segunda instancia, abierta por la interposición del recurso de apelación (arts. 94 y ss LJCA).

2. Incongruencia por «*citra petita*»

Este tipo de incongruencia cualitativa, u omisión total o parcial de pronunciamiento judicial sobre el *thema decidendi*, es, sin admitir dudas, el más grave, pues supone, como apunta Guasp, la quiebra de la concepción del proceso como instrumento de satisfacción de pretensiones,¹⁰⁶ por lo que de vicio procesal pasa a tornarse en *exigencia política o modo de manifestarse el principio de legalidad*.¹⁰⁷ Lo que hace el juez, en definitiva, es no dar respuesta a cuestiones sí suscitadas por las partes,¹⁰⁸ con lo que vulnera la prohibición del *non liquet* del artículo 1.7 C.C.¹⁰⁹

Uno de los aspectos que afectan a este vicio por *citra petita* es el de las sentencias absolutorias. Cuando se afirma que las tales sentencias nunca son incongruentes¹¹⁰ ni contradictorias «puesto que afrontan definitivamente todas las cuestiones planteadas»,¹¹¹ se está haciendo inequívoca referencia a la inexistencia del defecto anunciado, resultando indiferente que la absolución recaiga de la parte del demandado o lo haga de la del actor. Pero como en el proceso contencioso-administrativo, no sólo la Administración asume siempre el *status* de parte de

104. Cf. CLAVERO, *La desviación de poder en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, R.A.P.*, n.º 30, p. 108; SERRA DOMÍNGUEZ, *Incongruencia civil y penal, en Estudios de Derecho procesal*, Ed. Ariel, 1959, p. 411.

105. MOSQUERA-CARRELERO, *ob. cit.*, p. 329.

106. Cf. GUASP, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Aguilar, Madrid, 1947, vol. I, pp. 962 y ss.; DEVIS ECHANDIA, *Nociones generales del Derecho procesal civil*, Ed. Aguilar, Madrid, 1966, p. 543.

107. PRIETO CASTRO, *El principio de congruencia como limitación de las facultades de la Jurisdicción*, en *Trabajos y orientaciones de Derecho procesal*. Ed. Rev. Der. Priv., Madrid, 1964, p. 314.

108. STS de 21 de diciembre de 1961, Sala 5.ª. En caso de acumulación de pretensiones, el juez debe responder a todas; véase GONZÁLEZ PÉREZ, *La acumulación de pretensiones en el proceso administrativo, R.A.P.*, n.º 10, 1953, páginas 89 y ss.

109. PRIETO CASTRO, *ob. cit.*, p. 279.

110. STS de 8 de marzo de 1985, Sala 5.ª. Certestamente escribe SERRA DOMÍNGUEZ, *ob. cit.*, p. 411, que «no puede existir mayor adecuación entre pretensión y fallo que cuando el segundo se limita a admitir o negar el primero».

111. STS de 23 de marzo de 1984, Sala 5.ª

mandada sino que también le está vedado el formular reconvencción,¹¹² la absolución únicamente puede tener lugar a su favor.¹¹³

El legislador, consciente de ello, y consciente también de que en el enjuiciamiento administrativo subyace un trasfondo social o de interés público, se muestra en este punto particularmente cauteloso y, hasta diríamos, minucioso. Así, no sólo le dedica a la incongruencia por *citra petita* un precepto (art. 80) separado del régimen general de la institución (art. 43.1), sino que, de otra parte, hace prevención expresa a él en el art. 102.1.g, con lo que, por querer hacerlo bien, establece una diferenciación no exenta de crítica.

Sin embargo, hemos de reconocer que no es tan sobresaliente la peculiaridad de este vicio en el proceso administrativo. Antes al contrario, ha de valorarse la similitud entre el artículo 80 LJCA y el 359 de la supletoria LEC,¹¹⁴ por lo que, en líneas generales, puede trasplantarse a esta materia lo expuesto por la doctrina procesal civil.¹¹⁵

IV. CONCLUSIONES

1. El principio procesal de congruencia, presente en todos los órdenes jurisdiccionales, tiene en el contencioso-administrativo ciertas particularidades dimanantes, entre otras causas, de la concepción *revisora* ya reseñada, de la permanente posición de la Administración como sujeto pasivo del proceso, de la prohibición para ella de deducir pretensiones reconventionales y del ambivalente papel que asume el órgano jurisdiccional, defensor de la legalidad a la vez que tercero imparcial. Salvo estos obstáculos técnicos, le es aplicable, en general, la doctrina procesal civil de la institución.

2. La congruencia se presenta en el enjuiciamiento administrativo en toda su pureza, no siendo óbice alguno el aumento de poderes que el tribunal contencioso ostenta para la dirección y correcta formulación de la *litis*.

3. Al igual que en el penal, el deber procesal de congruencia reviste en el proceso administrativo un mayor relieve que en el resto de los procesos, habida cuenta de la impronta social o pública que subyace en el mismo y que le hace estar transido de un espíritu socializador.

4. La congruencia no sólo se justifica en la vigencia de los principios dispositivo y de aportación; más bien encuentra su fundamento

112. Véase nota 24.

113. STS de 17 de mayo de 1961, Sala 3.ª

114. STS de 3 de abril de 1965, ponente Alvarez Gendín.

115. STS de 16 de diciembre de 1952; véase ARAGONESES, *Sentencias...*, cit., pp. 116 y ss.; MILLÁN, *La incongruencia...*, cit., pp. 154 y ss.

en constituir una directa consecuencia del ejercicio del derecho a la tutela jurisdiccional.

5. Por sus inoperantes resultados y por no sintonizar adecuadamente con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, la obligada utilización de los remedios administrativos como presupuesto de la impugnación jurisdiccional debiera, en una futura reforma procesal, configurarse como una opción para el recurrente suprimiendo, en todo caso, el juego del silencio administrativo. Pensamos que abona por ello la futura creación de los «Juzgados de lo Contencioso-Administrativo», previstos en la LOPJ, que no harán sino reforzar el principio de *acercamiento* de la justicia al justiciable.

6. La duplicidad de escritos de que se vale la parte para deducir su pretensión debiera en todo caso mantenerse.

7. La utilización por parte del tribunal *ex officio* de las facultades denominadas de «orden público procesal», es decir, las que la Ley le confiere para usar a su iniciativa, nunca hace que su actuación pueda ser tachada de incongruente.

8. En cuanto a la incongruencia parcial por *citra petita*, debiera trasplantarse a nuestro contencioso un *procedimiento de integración de sentencias*¹¹⁶ en el que, revestido de una mayor celeridad que la impugnación propiamente dicha, se dictará una resolución complementaria que subsanara el vicio de la primera.

9. Es necesaria la regulación de un específico recurso de casación contencioso-administrativo que contemple la incongruencia de la sentencia como uno de sus motivos.¹¹⁷ Bien pudiera ser redactado aglutinando los párrafos 2 y 3 del artículo 1692 LEC, antes de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, o configurando el error *in iudicando*¹¹⁸ como motivo de impugnación. Para esta concreta regulación, la reforma de marzo de 1973 supuso, como dicen Mosquera y Carretero, «la gran ocasión perdida».

10 de marzo de 1987.

116. Similar al regulado en el prgf. 321 de la *Zivilprozessordnung* alemana; véase DE LA OLIVA, *Sobre la incongruencia...*, cit., p. 594.

117. Y, a nuestro juicio, no son de recibo las consideraciones realizadas desde la Exposición de Motivos de la propia L.J.C.A., parte II, *in fine*.

118. Pese a que en otras regulaciones se concibe la incongruencia como un motivo de casación por quebrantamiento de forma (v. gr. art. 851.3 LECrim.), tiene razón PRIETO CASTRO cuando la caracteriza como vicio *in iudicando*; *ob. cit.*, página 284.

DESPACHO ORDINARIO

LOS TRIBUNALES HAN DICHO

NOMBRAMIENTO DE ABOGADO DE OFICIO EN PROCESO
EN QUE SU INTERVENCIÓN NO ES PRECEPTIVA:
PUGNA ENTRE EL DERECHO A LA DEFENSA Y LAS DILACIONES INDEBIDAS

STC (Sala 1.ª) 22 de abril de 1987

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero. El recurrente de amparo fue demandado en juicio de desahucio de su vivienda por falta de pago, en el cual formuló solicitud de nombramiento de Abogado de oficio por carecer de medios económicos, siendo denegada su tramitación con fundamento exclusivo en que la defensa letrada no es preceptiva en dicha clase de juicio, conforme a lo dispuesto en el art. 10.2 LEC. Dicha denegación constituye, a juicio del recurrente, vulneración del derecho a la asistencia de Letrado reconocido en el art. 24.2 CE.

Por consiguiente, se trata en el presente recurso de determinar si el citado precepto constitucional garantiza el derecho de asistencia letrada gratuita en los procesos en que la Ley no exige la intervención de Abogado.

Segundo. Entre el haz de garantías que integran el derecho a un

proceso justo se incluye el derecho a la defensa y a la asistencia letrada que el art. 24.2 CE consagra de manera singularizada, con proyección especial hacia el proceso penal, pero también de aplicación a los demás procesos, este derecho tiene por finalidad, al igual que todas las demás garantías que conforman el derecho en el que se integran, el de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes o limitaciones en la defensa que puedan inferir a alguna de ellas resultado de indefensión, prohibido en el núm. 1 del mismo precepto constitucional.

Tal resultado de indefensión se puede producir cuando se priva a quien adolece de insuficiencia de recursos para litigar, de la posibilidad efectiva de ser asistido por Letrado, denegándole el derecho a que se le nombre de oficio. En tal sentido, la S 28/1981 de 23 de julio, declara que

los principios de igualdad y contradicción pueden resultar vulnerados si, solicitado el nombramiento de Abogado de oficio por quien carece de medios económicos, no se suspende el curso del proceso hasta que se realice dicho nombramiento.

El hecho de poder comparecer personalmente ante un Juez o Tribunal no es causa que haga decaer ese derecho de asistencia letrada, pues el cumplimiento de los presupuestos de validez de los actos procesales no basta necesariamente para satisfacer las exigencias de un derecho fundamental garantizado por la CE.

En relación con ello, es de considerar que las normas legales deben siempre interpretarse en el sentido más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales y, en virtud de ello, corresponde tener presente que el art. 10 LEC al establecer excepciones a la norma general de intervención preceptiva de Abogado en los procesos, no está obligando a las partes a que actúen personalmente, sino concediéndoles la facultad de elegir entre la autodefensa o la defensa técnica, siendo ambos medios idóneos para realizar actos procesales válidos; en su consecuencia, el derecho de asistencia letrada permanece incólume en tales supuestos, quedando su ejercicio a la disponibilidad de la parte, lo cual conlleva, en principio, el derecho del litigante pobre a que se le provea de Abogado de oficio, si así lo considera conveniente a la mejor defensa de sus derechos.

Esta doctrina no debe, sin embargo, entenderse en el sentido absoluto de que la persona carente de medios económicos que es demandada en un proceso exceptuado de la intervención preceptiva de Letrado, tenga, en todo caso y sin más matización, derecho a la asistencia letrada gratui-

ta, pues según se razonará con mayor amplitud, este derecho es un medio instrumental puesto por la CE al servicio del principio de igualdad de defensa de las partes y, por tanto, su reconocimiento será procedente cuando se manifieste imprescindible para situar al carente de medios económicos al mismo nivel de defensa en que actúa la parte contraria y será improcedente en aquellos supuestos en que su resultado sea el de colocar a la parte contraria en condiciones de inferioridad, pues entonces no se estará garantizando la igualdad de defensa de los litigantes, sino produciendo el efecto contrario de inferir agravio de desigualdad a la parte contraria.

De estas consideraciones se deriva, desde la perspectiva constitucional, que no es aceptable denegar la tramitación de la solicitud de nombramiento de Abogado de oficio al demandado que alega insuficiencia económica con el solo argumento de que el proceso al que es llamado no requiere intervención preceptiva de Abogado, pero también que esta denegación no conlleva, sin más, la vulneración del derecho a la asistencia letrada gratuita, pues la CE concede protección a los derechos fundamentales considerados no en sentido teórico e ideal sino como derechos reales y efectivos, y ello impone el deber de examinar las denuncias de su vulneración mediante la utilización de criterios sustantivos, que atendiendo al contenido y finalidad del derecho que se dice vulnerado, permitan apreciar si esa vulneración se ha o no real y efectivamente producido, más allá de la pura apariencia nominalista.

En cumplimiento de dicho deber, se hace preciso reflexionar sobre la finalidad del derecho a la asistencia

letrada gratuita y sobre la tensión o conflicto que puede producirse entre este derecho fundamental y el que, con la misma condición de fundamental, reconoce el propio art. 24.2 CE en relación con el proceso sin dilaciones indebidas.

Tercero. La asistencia letrada gratuita en su naturaleza de derecho subjetivo, tiene por objeto, según se deja dicho, asegurar al que carece de medios económicos la igualdad de defensa procesal y, en su aspecto de garantía de los intereses de la justicia, satisfacer el fin común a toda asistencia letrada de lograr el correcto desenvolvimiento del proceso como mecanismo instrumental introducido por el legislador con miras a una dialéctica procesal efectiva que facilite al órgano judicial la búsqueda de una Sentencia ajustada a Derecho.

Conforme a ello, y siguiendo la doctrina declarada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sus SS 9 de octubre de 1979 (caso Airey —BJC núm. 32—) y 25 de abril de 1983 (caso Pakelli —BJC núm. 42—), la negación del derecho a la asistencia letrada gratuita en proceso que permite la comparecencia personal, sólo constituirá vulneración constitucional si la autodefensa ejercitada por aquel a quien se niega el derecho se manifiesta incapaz de compensar la ausencia de Abogado que lo defiende y, por lo tanto, de contribuir satisfactoriamente el examen de las cuestiones jurídicas suscitadas en el proceso, lo cual será determinable, en cada caso concreto, atendiendo a la mayor o menor complejidad del debate procesal y a la cultura y conocimientos jurídicos del comparecido personalmente, deducidos de la forma y nivel técnico con que haya realizado su defensa.

También debe tenerse presente, según enseña la S 30/1981 de 24 de julio, que la protección del derecho a la defensa y asistencia letrada concurre con el derecho de la parte contraria a un proceso sin dilaciones indebidas, el cual también merece la adecuada protección frente a solicitudes de nombramiento de Abogado de oficio que, evidenciándose innecesarias para una mayor eficacia de la defensa, pueden ser formuladas con el exclusivo propósito de dilatar la duración normal del proceso y prolongar así una situación jurídica, cuyo mantenimiento se revela desde el mismo momento de la iniciación del proceso difícilmente sostenible.

Cuarto. Las anteriores consideraciones nos llevan ahora al examen de las circunstancias procesales concretas en que se ha producido la supuesta vulneración del derecho a la asistencia letrada gratuita alegada en la demanda de amparo.

D.^a María Dolores, propietaria de la vivienda sita en la calle Balmes de Barcelona, que tenía arrendada al aquí recurrente, de profesión intérprete traductor, por la renta mensual 26.610 ptas., presentó contra éste demanda de desahucio por falta de pago de la renta de 5 años por importe de 1.623.210 ptas.

El demandado compareció a juicio en segunda citación presentando demanda de pobreza, cuya tramitación fue denegada por no ser preceptiva la defensa de Abogado y, después de hacer uso de la palabra el Procurador de la parte actora que compareció en su representación, el demandado reiteró su solicitud de pobreza alegando que «el hecho de que no sea preceptiva la intervención de Abogado no puede ser en detrimento del derecho fundamental a la defensa y a la asistencia de Letrado, conferido

por el art. 24.2 CE, precepto que invoca formal y expresamente a los efectos del art. 44 c) LOTC 2/1979 de 3 de diciembre». Añadió que «*ad cautelam* la actora no justifica ser la arrendadora de la vivienda, no se justifica tampoco su calidad de arrendatario, en todo caso, el alquiler al que se refiere la demanda es superior al que sería exigible, que era empleado en paro forzoso y que se exigen meses prescritos»; propuso «prueba de confesión en juicio de la actora, según el pliego de posiciones que presentó previa declaración de pertinencia por el Juzgado y bajo juramento indecisorio y documental para que se oficie a la DG Vivienda y Urbanismo de la Generalidad de Cataluña para que testimonie si la vivienda es de protección oficial y, en caso positivo, cuál sería el alquiler por metro cuadrado que le correspondería a tal vivienda».

En la prueba de confesión el demandado reconoció ser cierto que ocupa la vivienda desde agosto de 1979, que le fue arrendada por el administrador de fincas «Fincas X», si bien no la arrendó a la actora y que en incidente de justicia gratuita seguido ante otro Juzgado, alegó y demostró adeudar las rentas que se le reclaman, si bien en otra posición declaró ignorar la cantidad que debe.

Antes de dictarse Sentencia, el mismo demandado presentó escrito solicitando la nulidad de todo lo actuado con cita de los artículos de la LEC y la LAU y Sentencia del TS y de la Audiencia de Barcelona, acompañando a dicho escrito fotocopias, parciales de la S 27 de julio de 1981 de este Tribunal, y de Sentencias de las Audiencias de Barcelona y Lérida. En la vista presentó alegaciones por escrito, que no constan en las actuaciones, en las que formuló excepción

de falta de legitimación activa, según acredita el considerando primero de la Sentencia.

Admitida la demanda y acordado el desahucio, presentó escrito interponiendo apelación sin consignar las rentas debidas y reiteró su solicitud de Abogado y Procurador de oficio, dictándose providencia por la que se denegó la admisión de la apelación al no estar interpuesto conforme a Derecho, así como la solicitud de Abogado y Procurador por no ser preceptiva su intervención.

Quinto. Las circunstancias que se dejan relatadas, dada la sencillez de las cuestiones debatidas en el juicio de desahucio, la actuación procesal de la parte contraria con la sola asistencia de Procurador y la completa y acabada defensa que el demandado realizó con apreciable nivel técnico-jurídico, acreditan que la denegación de la asistencia letrada gratuita, aunque insuficientemente fundada, no originó al demandado situación de desigualdad real o inaplicación práctica del principio de contradicción que pueda conllevar vulneración del derecho invocado, pues con su auto-defensa compensó muy eficazmente la ausencia de Abogado y contribuyó satisfactoriamente al correcto desarrollo del proceso, sin sufrir menoscabo alguno en su derecho a acceder al proceso con todas las garantías, en el cual también hay que tener presente que la demandante actuó sin asistencia letrada y esta circunstancia podría haber sido causa de que el nombramiento de abogado de oficio al demandado le crease una situación de desigualdad procesal frente a la cual la CE le concede igual protección que a su parte contraria.

De esta manera, la denegación de la petición de nombramiento de Abogado de oficio no incidió negativa-

mente, sino más bien positivamente, en los principios de igualdad de las partes y de contradicción, que protege el derecho de asistencia letrada gratuita, el cual, por tanto, no resulta haber sufrido vulneración real y efectiva, sino utilizado como instrumento de dilación indebida del proceso,

que de haberse acogido habría vulnerado el derecho que, a este respecto, garantiza a la parte contraria el art. 24.2 CE, prolongando la ya dilatada situación ilícita de falta de pago que venía manteniendo el demandado.

EMPLAZAMIENTO EN QUE NO CONSTA EL DOMICILIO DEL DEMANDADO

SAT, Bilbao, 10 de octubre de 1986

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero. Planteamiento del debate.—Instalada la nulidad en base a lo establecido en el artículo 745 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de todas las actuaciones realizadas a partir de la diligencia de emplazamiento y, subsidiariamente, a partir de la providencia por la que, dándose por contestada la demanda, se ordenó la continuación de los autos en rebeldía de la demandada, y desestimada la demanda en sentencia, se alza el apelante alegando los mismos motivos de nulidad, en el sentido de que en la demanda no se hizo constar el domicilio, el emplazamiento se entendió con su hermano, quien puso en conocimiento del Juzgado que estaba eventualmente en P. lo que motivó indefensión.

Segundo. Sobre el principio de audiencia y los actos de comunicación.—Conforme al artículo 24 de nuestra superley «toda persona tiene derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos», lo cual supone no sólo el derecho a obtener una resolución ju-

dicial fundada, congruente, emanada en un proceso «con todas las garantías», sino, también, que tal resolución ha de ser pronunciada sin «dilaciones indebidas» y ha de ser cumplida; por cuanto que, como se ha expuesto por el Tribunal Constitucional en sentencias de 14 de julio de 1981 y 13 de abril de 1983, una Justicia tardíamente concedida equivale a una falta de tutela judicial efectiva.

Contra esas garantías del derecho de tutela efectiva están los actos de comunicación en tanto que permiten alcanzar la adecuada conformación de la relación jurídico-procesal con la verdadera contradicción que la presencia de todas las partes significa; en este sentido ha de subrayarse el alcance del emplazamiento personal en relación con la indefensión y la necesidad de asegurar la comparecencia en juicio, para que éste quede dotado de efectiva contradicción y a través de ella, puede obtenerse la tutela judicial efectiva.

Tales declaraciones constitucionales no son meramente programáticas, sino de aplicación inmediata y directa (artículo 9 y 10.1 de la Constitución española.)

Tercero. Sobre el emplazamiento. Es ésta una notificación que supone una intimación de comparecer en

un plazo, o el traslado de una convocatoria efectuada por resolución judicial y acuerdo de comparecencia del interesado en un plazo determinado; es una notificación personal que debe hacerse al interesado, en su domicilio, siempre que éste sea conocido (artículo 269 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Pero en caso de fracaso de la notificación personal necesaria y previa en el domicilio del notificado —previamente conocido—, articula la ley un método notificatorio sustitutorio —pero sustitución plena— que es la notificación por cédula (si a la primera diligencia en busca no fuere hallado en su habitación: 266); practicada ésta con los requisitos del caso, su eficacia y valor en el proceso es idéntica a la de la fracasada notificación personal; sólo que utiliza un elemento personal nuevo: el receptor, al que —por ley— alcanza una doble nota característica: a) Su relación con el destinatario (pariente, familiar, criado, ...), y b) Tiene un genérico deber de auxilio a la Justicia.

3.1.: *Contenido de la cédula.* — El artículo 267 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece el contenido necesario, que debe separarse del contenido de la diligencia.

3.2.: *El acto o diligencia.* — Es la entrega de la cédula e intimación al receptor para que éste la haga llegar al interesado (artículo 262, según la Ley de 20 de diciembre de 1952).

3.3.: La notificación por cédula se documenta por diligencia, con determinación del receptor, su relación con el notificado y la efectiva práctica de la intimación.

En definitiva, como se expresa el artículo 279 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (mantenido tras la reforma de 1984) el cumplimiento de los actos procesales es la única ga-

rantía de validez de los actos de comunicación, y sigue siendo posible la subsanación tácita, cuando el afectado por la notificación asume y acaba la producción de sus efectos.

Cuarto. Aplicando lo anterior al supuesto de autos, consta en ellos que: 1) La diligencia de emplazamiento fue realizada en el domicilio donde fueron realizadas las obras, local sito en Z., calle F. J., número ... (edificio O), local para perfumería; 2) Siendo el receptor de la cédula el hermano de la demandada (pariente, mayor de 14 años) que se encontraba en el domicilio, con quien «se entendió la diligencia por medio de cédula» y se obligó a entregarla a su hermana, firmando la cédula; 3) Ello fue efectuado el 15 de febrero de 1984; 4) La cédula contenía los presupuestos mínimos requeridos; 5) Fueron entregadas al referido receptor las copias preventivas por la ley; 6) No hizo constar nada en la diligencia, y 7) Sólo el 25 de febrero, presentó en el Juzgado de Guardia un escrito diciendo que su hermana se encontraba fuera. Es decir, que concurren todos los presupuestos antedichos, exigidos por la ley para la eficacia y valor en el proceso de la notificación; sin que quepa alegar que otro era el domicilio de la demandada —que, lógicamente, de haber sido en otro lugar emplazada, el efecto hubiera sido el mismo—, por cuanto que citada para conciliación en el domicilio que consta en la demanda, compareció; a más de que, al absolver posiciones, confiera ser cierto que es cierto que es titular del negocio de perfumería.

Quinto. *Sobre la rebeldía y la eventual indefensión.* — Como se expuso en la impugnada, la rebeldía no implica allanamiento o conformidad con las pretensiones de la de-

manda, ni con las resoluciones que recaigan, y «cualquiera que sea el estado del pleito en que el litigante rebelde comparezca, será admitido como parte, y se entenderá con él la sustanciación, sin que ésta pueda retroceder en ningún caso» (artículo 766 y siguientes). De ahí que: a) El Tratado con Francia de 19 de febrero de 1968 permite la posibilidad de otros conductos que no sean la comisión rogatoria prevenida en el artículo 9 del Convenio de La Haya de 1954, ratificado en 1961: pudo otorgar poderes ante la autoridad diplomática o consular para comparecer en el pleito; b) No se trata de un ciudadano español que «resida» (artículo 300 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) en el extranjero; no está prevista una residencia eventual o accidental; c) Cuando regresó a España, todavía estaba abierto el período de proposición de prueba, que fue cerrado en 4 de abril, por lo que pudo

proponerla y otorgar inmediatamente poderes, lo que hizo en 29 de marzo y a pesar de ello, se personó casi un mes más tarde, en 26 de abril; d) Participó en la prueba pericial de la contraparte pidiendo aclaraciones (folios 83 y 84), lo que supone un acto propio procesal libre y espontáneo, y e) En el escrito interponiendo el incidente (folio 89) se dice que con él «la única pretensión ... viene fundada en su legítimo derecho a la defensa, toda vez que se le exige el pago de una cantidad que ni fue pactada ni adeuda, y que sólo existe en la imaginación de la sociedad demandante», y, sin embargo, al absolver posiciones (5.ª, folios 134 y 135) confiera, ser cierto que para ejecutar las obras de reforma de la perfumería, encomendó los trabajos a la entidad actora.

Por tales circunstancias, mal puede alegarse ahora indefensión.

PERSONACIÓN DEL DEMANDADO ANTES DE SER EMPLAZADO

SAT, Madrid (Sala 1.ª) 27 de diciembre de 1986

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero. Formulado recurso de apelación contra el auto del Juzgado de Primera Instancia, resolutorio, a su vez, del recurso de reposición interpuesto contra el auto por el que, simultáneamente, se acuerda tener por personado al demandado y se deniega la anotación preventiva de la demanda interpuesta, procede estudiar por separado los dos extremos en los que la apelante centra su re-

curso, prescindiendo de aquellas facetas que no se han impugnado.

Segundo. En cuanto a la faceta de la resolución por la que se acuerda tener por personado al demandado, aparecen como datos de hecho los siguientes: a) Interpuesta demanda contra una sociedad anónima, ésta, conocedora de la existencia de la misma, antes de la admisión a trámite de la demanda, comparece en el Juzgado, siendo tenido por parte en la misma resolución en la que se admite a trámite la demanda; y b) Interpuesto recurso de reposición por el Juzgado es rechazado el mismo al tener por subsanado en base

al principio de economía procesal el error en que el juzgador estima incurrió, ya que en el período de tiempo comprendido entre la resolución dando traslado de la demanda al demandado para que la contestase y la interposición del recurso de reposición, la demandada presentó escrito de contestación en el que se oponían a la demanda varias excepciones dilatorias.

Tercero. Si bien es cierto que la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1961 entendió que «no apareciendo de los autos que la demanda haya sido admitida, ni que de la misma se haya dado traslado a la persona contra quien se dirige, por lo que no puede decirse que exista propiamente contienda judicial, ni que la parte demandada estuviere en ellos personado, por cuanto no está realizado su emplazamiento, que es lo que constituye «raíz o comienzo de todo pleito» como se dice en el proemio de Título séptimo de la Partida tercera...», la doctrina contenida en la misma a la luz del derecho de defensa debe entenderse en el sentido de que hasta que no se produzca la admisión a trámite de la demanda, no podrá ser tenida por parte aquél contra quien se dirija, pero no veta que éste comparezca en los autos espontáneamente quedando supeditado el que se le tenga por parte a la admisión a trámite de la demanda.

Cuarto. Lo anteriormente expuesto, cobra mayor relevancia tras la promulgación de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial que, prescriben, la primera, en el artículo 307 y, la segunda, en el artículo 237, que «Salvo que la ley disponga otra cosa, el ór-

gano jurisdiccional dará su oficio al proceso en curso que corresponda, dictando al efecto los proveídos necesarios», de tal manera que sustrae el impulso procesal a las partes que no podrán, en consecuencia, entorpecer el desenvolvimiento del proceso, y siendo el emplazamiento, según definía la Ley I del Título VII de la Partida tercera, «llamamiento que fazen a alguno que venga ante el juzgador, a fazer derecho o cumplir fu mandamiento», su finalidad, en esta fase procesal, es posibilitar su comparecencia y el ejercicio del derecho de defensa, sin que aparezcan razones que permitan sostener que los emplazamientos, incluso radicalmente nulos, pueden surtir efecto cuando el emplazamiento se hubiere dado por enterado en el juicio (artículo 279 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y, por el contrario, no puede suplirse su ausencia cuando se ejercita el derecho dándose por enterado aquel que sería el destinatario del emplazamiento.

Quinto. Consecuentemente con lo expuesto, procede confirmar en este punto la resolución recurrida que, acertadamente, por razones de celeridad y economía procesal, estima subsanadas ciertas deficiencias, como la de no haberse expresado formalmente su deseo de comparecer, una vez que la demandada, pese a no haberse efectuado emplazamiento, promueve incidente de excepciones dilatorias, ello sin perjuicio de que se observe en esta instancia la ausencia de bastanteo de poder que deberá subsanarse.

Sexto. Pasando al estudio de la denegación de la anotación preventiva de la demanda, la primera de las cuestiones que se suscita es la relativa a la firmeza o no del pronunciamiento denegatorio, al sostenerse por

el auto recurrido que contra la negativa del Juzgado cabe tan sólo recurso de apelación que no se interpuso en tiempo, al utilizarse el recurso de reposición.

Séptimo. Interpuesto en tiempo recurso de reposición contra diferentes pronunciamientos contenidos en una sola resolución, de estimarse que contra alguno de los extremos no cabía dicho remedio procesal debía haberse rechazado el recurso a trámite en cuanto al mismo, toda vez que, si bien es cierto el derecho a la tutela judicial efectiva, no alcanza a que los órganos jurisdiccionales deban admitir recursos improcedentes, según proclama la sentencia del Tribunal Constitucional 113/1986, de 1 de octubre, sí pesa sobre los mismos el deber de una mínima colaboración judicial con las partes para hacer efectivos sus derechos a la tutela jurisdiccional, acorde con la tesis mantenida por la sentencia de dicho Tribunal 172/1985, de 16 de diciembre, de tal forma que integrado el derecho al recurso en el contenido del artículo 24.1 de la Constitución española, sí se admitió a trámite el recurso de reposición de forma indebida, provocando que por la parte no fuere interpuesto directamente el recurso de apelación, se habría incidido en un error que privaría a la parte de un recurso establecido por la ley por causa no imputable a ella, sin que los errores de los órganos judiciales, a tenor de la sentencia del Tribunal Constitucional 43/1983, de 20 de mayo, puedan producir efectos negativos en la esfera jurídica del ciudadano.

Octavo. Se plantea por la resolución recurrida no sólo la problemática relativa a la admisibilidad del recurso de apelación, sino, también, la referencia a la admisibilidad del re-

curso de reposición contra la resolución, denegando la anotación preventiva de la demanda, al establecer el artículo 68 de la Ley Hipotecaria que «Las providencias decretando o denegando la anotación preventiva en los casos primero, quinto, sexto y séptimo del artículo 42 serán apelables en un solo efecto».

Noveno. En favor de la tesis sostenida en la resolución recurrida, se ha alegado, entre otros, los siguientes argumentos: a) La propia literalidad del precepto que si admitiera el recurso de reposición expresaría que la apelación procedía contra el auto resolutorio de la reposición. b) Que el artículo 377 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de Reforma Urgente) que establece la admisibilidad en general del recurso de reposición contra las providencias, es un precepto genérico. c) Que al suprimir el recurso de reposición se evita que se impida la ejecución inmediata del proveído; y d) Que existe un caso análogo en el artículo 497 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Décimo. Frente a dicha tesis la doctrina ha venido a señalar: a) que la *ratio legis* fue imponer que la apelación fuere admitida en un solo efecto; b) que mantenida la redacción de la Ley Hipotecaria de 1861, debe ponerse en relación con la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, entonces vigente, cuyo artículo 70 disponía como regla general la apelación en ambos efectos, y en el artículo 65 establecía que «De las providencias interlocutorias pronunciadas por los jueces de primera instancia puede pedirse reposición dentro de tres días improrrogables. Si no se estimare, podrá apelarse en un término

igual al anterior», por lo que se entendía que la apelación no interponía contra la providencia y no contra la resolución por la que se desestimaba la reposición; c) porque es lógico que se admita la reposición cuando la resolución se adopta sin contención incidental, a diferencia de lo que ocurre cuando sí existe dicha contención, en cuyo caso es lógico que sólo sea apelables; d) porque debe prevalecer una interpretación espiritualista del precepto legal y no una interpretación literalista; e) porque no existe base para estimar que el artículo 68 de la Ley Hipotecaria implicaba una excepción al artículo 377 de la Ley procesal (antes de la reforma de 1984); f) que aunque el recurso de reposición impida la ejecución inmediata del proveído, esto no puede ser razón para eliminar tal recurso ya que, ordinariamente, la reposición se interpondrá cuando se deniegue la anotación, y si éste se pidió una vez iniciado el pleito, el breve plazo que, normalmente, durara su sustentación no implica retraso suficiente para justificar una medida que aparecería desproporcionada al fin perseguido, y g) que el supuesto del artículo 497 de la Ley de Enjuiciamiento Civil carece de relación y similitud con el supuesto estudiado.

Undécimo. Sostenido en el pasado por la Dirección General de los Registros en resolución de 23 de junio de 1960, que «las resoluciones judiciales en cuya virtud se practiquen asientos en el Registro deben ser firmes, no susceptibles de recursos, excepto el de apelación en un solo efecto, que al no suspender la fuerza ejecutiva del fallo no impide que se cumpla lo ordenado y obliga al registrador, conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria, a cumplir lo establecido en el mandamiento», la

tesis contraria a la admisibilidad de la reposición, se ha sustentado en otras fechas por esta Sala por autos de 7 de marzo de 1955 y 21 de junio de 1961, entre otros.

Duodécimo. Sin desconocer lo expuesto, el estudio del artículo 68 de la Ley Hipotecaria, al pretender regular los llamados remedios procesales frente a las resoluciones judiciales, es un precepto eminentemente procesal cuya interpretación debe partir de criterios sistemáticos en relación con la regulación que de los recursos contra las resoluciones de los jueces de primera instancia se contiene en la Ley de Enjuiciamiento Civil, teniendo en cuenta la evolución histórica de la institución y el asistematismo de la ubicación del precepto estudiado.

Decimotercero. Es precisamente el asistematismo de la ubicación del precepto, el que permite poner de relieve la inexistencia de similitud entre el precepto estudiado y la excepción que al sistema general de recursos establece el artículo 497 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para, contrariamente, observar que el carácter cautelar y urgente de la medida tiene profundas similitudes con el embargo preventivo, cuya denegación es susceptible de reposición y de apelación, de conformidad a lo prevenido en el artículo 1.403 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y si bien el recurso de apelación aparece admisible en ambos efectos, dado que la resolución apelada al ser denegatoria lo solicitado, no lleva aparejada ejecución alguna, carece de trascendencia que el recurso fuere en uno o en ambos efectos.

Decimocuarto. No excluido de forma expresa el recurso de reposición por el artículo 68 de la Ley Hipotecaria, que tampoco ha sido ob-

jeto de reforma, pese a la modificación operada en la Ley de Enjuiciamiento Civil que abandona la distinción a efectos de recurso entre «providencias de mera tramitación» y «de las demás providencias y autos», una interpretación sistemática y acorde al principio analógico (*ubi idem ratio est, ibi eadem dispositio esse debet*), impone que se admita el recurso de reposición contra la resolución por la que se deniegue la anotación preventiva de la demanda.

Decimoquinto. Siendo técnicamente los recursos formas adjetivas dirigidas a obtener la tutela efectiva de derechos a intereses, la discrepancia de la Sala con la resolución recurrida, en tanto en cuanto se limita a entender la improcedencia formal del recurso de reposición en el extremo estudiado, impone en aras al derecho a obtener una resolución sobre el fondo en un plazo razonable, el análisis de la viabilidad en la anotación preventiva solicitada por la recurrente y denegada por el Juez de Instancia.

Decimosexto. Exigido por el artículo 43 de la Ley Hipotecaria que la anotación preventiva del derecho del que demandare en juicio la propiedad de bienes inmuebles o la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real, se ordene por providencia judicial dictada a instancia de parte legítima y «en virtud de documento bastante al prudente arbitrio del juzgador», el artículo 139 del Reglamento Hipotecario, tras indicar que el demandante deberá ofrecer «indemnizar los perjuicios que de ella puedan seguirse al demandado en caso de ser absuelto», faculta al juez para «exigir la caución que estime adecuada».

Decimoséptimo. Lo expuesto, ha

sido interpretado habitualmente en el sentido de que si bien cumplidos formalmente los requisitos exigidos por la ley de acompañar «documento bastante» y ser instado por «parte legítima», el automatismo legal conduce necesariamente a la anotación, siendo en el ámbito de la caución donde el juez deberá valorar la mayor o menor temeridad de lo pretendido por el demandante, ahora bien, no se aprecia obstáculo alguno a que el análisis de la suficiencia del documento no se limite al estudio de los requisitos formales y teóricas posibilidades, sino que el «prudente arbitrio» se extienda al análisis de la proporcionalidad entre lo solicitado y los documentos aportados a fin de evitar, singularmente, posibles abusos de derecho.

Decimooctavo. En el presente supuesto, si bien, en principio, aparece cubierta la estructura formal del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, la enorme desproporción que se observa entre los derechos a proteger por medio de la anotación preventiva que se solicita y los derechos que se verían negativamente afectados por la misma, es de concluir que de accederse a ella se consagraría un desequilibrio desproporcionado entre los intereses en juego, desproporción que afectaría a la esencia misma del Derecho como valor trascendente y distinto al concreto supuesto legal, ya que se irrogarían daños muy superiores a aquellos intereses cuya protección se solicita.

Decimonoveno. Consecuentemente con lo expuesto, si bien discrepando en las razones que llevaron al juez de primera instancia a adoptar la resolución recurrida, procede mantener la misma en todos sus puntos.

INTERÉS LEGÍTIMO A EFECTOS DE LITISCONSORCIO NECESARIO

STS (Sala 1.ª) 13 de junio de 1987

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. En la demanda origen de esta litis interpuesta por los actuales recurrentes se solicitó la declaración de ser los demandados (contratistas, arquitecto y aparejador) los responsables de la ruina del edificio sito en Denia, calle Calvo Sotelo, y se les condena a satisfacer a los actores el importe del derribo de dicha edificación y los de construcción en el solar resultante de una nueva edificación de características similares a la construida por los demandados, así como a la indemnización de daños y perjuicios, consistente en el importe de los alquileres de las viviendas y local que ocupan los demandantes durante el plazo comprendido desde la interposición de la demanda hasta la entrega de la nueva edificación, determinándose, todo ello, en período de ejecución de sentencia. El juez de primera instancia, después de estimar la excepción de falta de legitimación activa de uno de los demandados, declaró la responsabilidad de los mismos demandados en la ruina del edificio en cuestión y les condenó en la forma solicitada en la demanda. En la sentencia recurrida no se entró a resolver sobre la causa eficiente de la ruina debatida, pero se afirmó que ambas partes litigantes aceptan la existencia de desperfectos, fisuras y grietas en el inmueble, que han obligado a desalojarlo, así como que el factor desencadenante final de los defectos son los asientos diferenciales que se

han manifestado en su cimentación, pero disintiendo en cuanto a la causa originaria de dichos asientos diferenciales, que para los demandados es únicamente la deficiente construcción de los cimientos de la finca colindante, que fue edificada más de siete años después, que por ello y por su apoyo sobre la finca en cuestión se ha deslizado sobre ella ocasionando aquellos asientos diferenciales ante la inexistencia, además, del espacio llamado junta de dilatación entre ambos edificios. En definitiva, la sentencia recurrida, sin entrar en el fondo del asunto, estima la excepción de litisconsorcio pasivo necesario y absuelve a los demandados, pues afirma que «sin la intervención en la presente litis de los constructores de la casa colindante no es posible que en la misma se dilucide acerca de la estimación o desestimación de la demanda, y porque en el ulterior proceso que podría promover cualquiera de los aquí litigantes contra aquéllos cabría se dictara una sentencia contradictoria».

Segundo. El recurso parte en sus motivos primero y segundo de que para la estimación de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario los llamados y que se debieron llamar al proceso lo sean en virtud de una misma relación jurídica por haber participado en ella, relación jurídica que en dicho criterio nace del art. 1591 CC. Pero según la muy reiterada doctrina de esta Sala sobre la mentada excepción, no sólo ha de estimarse ésta en el supuesto de que las personas no llamadas al proceso intervinieran «en la misma» relación jurídica material, sino que es sufi-

ciente que aun sin haber intervenido en la misma relación tengan un interés legítimo que pueda ser perjudicado por una resolución recaída en proceso en el que no han sido oídos, con la consiguiente conculcación del principio de bilateralidad de la audiencia y la posibilidad de que siguiendo primero un proceso sobre la existencia de vicios de construcción, en que según las pruebas aparece como imputables a terceros no llamados a la litis y recayendo sentencia en éste, se siguiese después otro proceso contra dichos terceros, cuya resolución final podría muy bien ser contradictoria con la recaída en el proceso anterior. Resultado este último que debe evitarse y que es lo que pretende la jurisprudencia de este TS, de entre cuyas últimas sentencias pueden destacarse las siguientes en esta materia: SS 10 de mayo 1985 y 10 marzo de 1986, que declaran que han de estar presentes en la litis todas aquellas personas a quienes pueda afectar la resolución, pues nadie puede ser condenado sin ser oído y evitando que sobre el mismo asunto recaigan resoluciones contradictorias. Las SS 24 de mayo y 15 de septiembre de 1986, establecen que citando a todos los interesados se preserva el principio de audiencia, evitando la indefensión y los pronunciamientos que afectarían a personas no demandadas. El interés legítimo, como básico para ser demandado y no quedar fuera del proceso cuya resolución final puede afectar a su titular, se pone de manifiesto reiteradamente (SS 11 de febrero, 22 de mayo y 8 de junio de 1985); por tanto, no afecta el litisconsorcio a quienes nada tienen que defender, pero sí a quienes afecta el pronunciamiento y están ausentes del proceso (SS 9 de abril, 17 de septiembre y 4 de no-

viembre de 1985). En tal situación se hallan indudablemente los titulares del predio colindante al litigioso, respecto de los cuales (propietario, constructor y técnicos) cabe la duda racional de si pudieran ser responsables de los daños ocasionados al inmueble, que es el correspondiente a los recurrentes, aunque desde luego en esta litis no se entra a resolver ese extremo, que queda diferido al posible proceso que contra dichas personas pueda iniciarse, junto con las ahora demandadas, sin que pueda resolverse sobre dicho punto en esta litis por afectar a personas que no han sido demandadas. Debe en consecuencia, en forma concorde con la sentencia recurrida, entenderse que procede estimar la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, y consiguientemente deben ser desestimados los motivos primero y segundo, en los que con apoyo en el art. 1692.5 LEC, se alega la infracción «de las normas de la jurisprudencia sobre la figura jurídica de litisconsorcio pasivo necesario», y también las normas jurisprudenciales sobre los principios de unidad de la relación jurídico-material y posibilidad de sentencias contradictorias.

Tercero. El tercer y último de los motivos, con el mismo apoyo procesal que los anteriores, acusa la infracción del art. 399 CC, en cuanto a que todo condeño tendrá la plena propiedad de su parte, en relación con el art. 348 CC, y además la infracción de la doctrina jurisprudencial que cita. Este motivo debe ser desestimado fundamentalmente porque el pronunciamiento de ambas sentencias de instancia en que se declaró la falta de legitimación activa de uno de los demandantes, no fue combatido por los actuales recurrentes en segunda instancia, donde fue-

ron meros apelados, es decir, fue consentido tal pronunciamiento al no recurrir de la sentencia de primera instancia, con lo que quedó firme e impugnado y sin posibilidad de ser después atacado en este recurso de casación.

Cuarto. La desestimación de to-

dos los motivos da lugar a la de la totalidad del recurso, con imposición de las costas a la parte recurrente, según determina el art. 1715 párr. último LEC, y sin que proceda acordar nada sobre depósito por no haber sido necesario su constitución.

VALORACIÓN DE LA CONFESIÓN EN JUICIO:

¿ERROR EN SU APRECIACIÓN O INFRACCIÓN DE LAS NORMAS QUE REGULAN DICHO MEDIO DE PRUEBA?

STS (Sala 1.ª) 17 de octubre de 1986

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Según aparece de lo actuado, el Club X, S.A., de Barcelona, para hacer frente a la delicada situación económica de la entidad, acordó en Asamblea General Extraordinaria de 22 de diciembre de 1983 «incrementar en 25.000 ptas. el actual valor nominal de 50.000 de todos los títulos sociales emitidos hasta la fecha, quedando su nuevo valor nominal establecido en 75.000 ptas.»; y asimismo que «todos los socios individuales o primeros socios de cada grupo familiar deberán desembolsar transitoriamente el importe de 75.000 pesetas, equivalente a un nuevo Título Social», pago que sería reintegrable. Y entablada demanda por D. José y su esposa, en representación del hijo menor Luis conforme al procedimiento especial de la L 62/1978, de 26 de diciembre, Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, instando la declaración de nulidad de tal acuerdo por resultar «discriminatorio para los di-

ferentes socios de cada una de las clases reconocidas en los Estatutos», la sentencia de apelación rechaza lo pretendido razonando que no se trata de ninguno de los casos previstos en el art. 1 de dicha Ley y tampoco cabe incluirlo en los derechos que la CE proclama en su art. 14, «porque toda la relación de hechos que se ha expuesto en el proceso no constituye una discriminación que el Club demandado impusiera a quien acciona debidamente representado, sino un episodio de la vida económica del citado Club, cuya aprobación mayoritaria colocó a los actores en la situación de elegir entre aceptar las nuevas prestaciones o abandonar el Club, con la particularidad que al optar los padres indirectamente por la segunda solución toda vez que se negaron a abonar lo que acordó no sólo para ellos sino para todos los socios, desplazaron el problema a los posibles derechos del hijo por quien accionan, sin tener en cuenta que la situación en que éste puede encontrarse trae causa de su negativa a acatar el acuerdo asambleario».

Segundo. El primer motivo del extenso recurso se ampara en el art.

1692.4 LEC y denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba, con referencia a la contestación del Club demandado y prestando destacada atención al resultado de la confesión de su representante practicada en la segunda instancia, con todo lo cual alega el recurrente que la Sala *a quo* incurre en notorio desacuerdo al no entender por ocasionada la discriminación alegada en la demanda; y no puede prosperar por las siguientes consideraciones: a) como ha señalado con reiteración la Jurisprudencia (SS 17 de julio, 12 de noviembre y 27 de diciembre 1985 y 30 de enero y 2 de abril de 1986), si bien la Ley reformadora 6 de agosto de 1984 suavizó el rigor formal de la normativa anterior, prescindiendo de la tan criticada categoría del documento auténtico, no por ello convirtió la casación en una tercera instancia, donde el Tribunal pueda examinar libremente todos los elementos de convicción aportados a las actuaciones, sino que cuando se utiliza la vía del art. 1692.4 el *thema decidendi* queda limitado a resolver si los documentos que se invocan demuestran, en efecto, la equivocación del juzgador, ya porque no existan otras pruebas en contrario, ya porque carezcan de eficacia para desvirtuar su contenido, no siendo válidas a tal efecto las propias actuaciones judiciales o los escritos de las partes (S 29 de noviembre de 1985); y más concretamente que el posible desacuerdo en la valoración de las confesiones no puede ser censurado por el cauce referido, sino que debe acudir-se al núm. 5 del mismo precepto invocando la infracción de los preceptos legales reguladores de la fuerza de dicho medio probatorio, esto es, los arts. 1232 y ss. CC (S 20 de marzo de 1986). b) La sentencia recurrida

hace notar acertadamente que el acuerdo impugnado no se refirió particularmente al menor ni a sus padres, sino a la generalidad de los socios («todos») que se hallaren en la situación que la Asamblea contempla, es decir, que se tratase de «socios individuales o primeros socios de cada grupo familiar», pues obviamente no comporta menoscabo del principio de igualdad el hecho de que el desembolso provisional de setenta y cinco mil pesetas afecte únicamente al cabeza de familia o al socio que lo sea por derecho propio.

Tercero. Las mismas razones conducen a la repulsa del motivo segundo, que amparado en el ordinal 5 aduce interpretación errónea del art. 14, en relación con el 9, de la CE, sosteniendo que el acuerdo recurrido da a situaciones iguales tratamiento diferenciado o bien disciplina igualatoriamente hipótesis distintas, amén de que su justificación «no es objetiva ni razonable» y de que «no existe proporcionalidad entre los medios utilizados y los fines perseguidos»; pues, como dicho queda, el que el citado desembolso reintegrable afecta únicamente a una determinada clase de socios (cabeza de grupo familiar o que lo sean por sí mismos, es decir, sin dependencia con otra persona) no entraña violación del principio constitucional de igualdad, que no prohíbe toda diferenciación de trato sino tan sólo las arbitrarias (TC SS 21 de abril de 1982 y 1 de junio de 1983), ni afrenta a los padres del menor ni a éste, que si para conservar su condición de socio infantil ha de efectuar aquella prestación reintegrable —extremo que no está acreditado en autos— ello sería mera consecuencia de la conducta paterna al perder su carácter de asociado D. José por negarse al pago

provisional decidido por la Asamblea; y en cuanto a la oportunidad del acuerdo para la economía del Club o la de los socios y sus familias, claro está que se trata de problemas ajenos por entero al procedimiento seguido, no utilizable para argumentar sobre su posible inconveniencia en lugar de acudir a otras vías conducentes, bastando insistir en que ha de tenerse por adecuado y equitativo el punto del acuerdo que limita la satisfacción de la cantidad reintegrable a los socios cabeza de familia o a los «individuales», es decir, no integrados en grupo familiar.

Cuarto. No mejor fortuna ha de alcanzar el motivo tercero del recurso, también fundado en el ordinal 5, por pretendida infracción del art. 1.1, L. 62/1978, de 26 de diciembre, del art. 6.3 CC y del art. 19 RD 177/1981, de 16 de enero, sobre Clubs y Federaciones Deportivas; pues la sentencia combatida no niega al menor la condición de socio ni le priva de su legitimación de parte interesada para combatir los acuerdos del Club que crea contrarios al ordenamiento jurídico, sino que se limita a indicar que el hipotético trato discriminatorio no está comprendido en ninguno de los supuestos mencionados en el art. 1.2 Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, pero a mayor abundamiento descarta que tal situación fáctica signifique violación del art. 14

Ley Suprema, por lo mismo que no existe en el Club una actitud discriminatoria frente al menor representado ni con relación a sus padres.

Quinto. Corolario de lo anterior es el rechazo del motivo 4 del recurso, asimismo encauzado por el ordinal 5, que se basa en violación del art. 24.1 CE; pues además de que, como ha declarado esta Sala en S 13 de noviembre de 1985, tal precepto no puede ser interpretado como exponente de un derecho incondicional a la protección jurídica sino como derecho a obtenerla siempre que se ejerza por las vías procesales legalmente establecidas, la Sala de instancia razona correctamente que no ha existido conculcación de aquel principio constitucional, sin duda alguna extraña a la cuestión, tan repetidamente afrontada por el recurrente de sí el acuerdo adoptado en la Asamblea carece de oportunidad y trata desigualmente a los socios cuando pondera con objetividad la situación existente para llegar a prudentes soluciones en el acuerdo tomado.

Sexto. Por lo expuesto procede la íntegra desestimación del recurso, con la preceptiva imposición de costas (art. 1715 LEC), y sin que haya lugar a pronunciamiento alguno en cuanto al depósito, no constituido por no ser plenamente conformes las sentencias de una y otra instancia.

en su escrito de contestación a la demanda contra ella formulada, por entender que al no haberlos tomado en consideración la sentencia no debe ser objeto de discusión en algún punto concreto de ella, sino en su totalidad, debiendo estudiarse en esta alzada la posición de ambas partes litigantes a través de lo alegado y probado por cada una de ellas; y frente a tal postura, a la que también se opuso la comunidad actora, aquí apelada, aduciendo lo que estimaba oportuno, la Sala, tras un detenido y pormenorizado estudio de los autos y de la resolución combatida, no puede por menos que haber de confirmar ésta, por cuanto aplicó correcta y ajustadamente a Derecho los hechos que habían sido sometidos a su debate y decisión, razonando sobre todos y cada uno de los motivos de oposición para llegar a su desestimación, una vez que entendió probados los hechos de la demanda inicial, que no puede añadirse nada nuevo a lo en ella establecido, a menos de pecar de reiterativos.

Segundo. Sí que, en cambio, quiere la Sala hacer algunas puntualizaciones y precisiones respecto a las afirmaciones vertidas en el aludido acto de la vista del recurso por la parte apelante en el sentido de la posible nulidad de la prueba documental aportada en el correspondiente período probatorio al haberse unido a los autos con clara infracción de lo dispuesto en los artículos 503, 504 y 506 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; puntualizaciones y precisiones que se hacen en el sentido de que si bien es cierto que para la admisión de documentos después de la demanda y la contestación deben observar-

se las prescripciones de los mencionados artículos, no es menos cierto que si, cual ocurrió en autos, los documentos presentados con posterioridad a la demanda tuvieran por objeto destruir las excepciones opuestas por el demandado no se infringe ni el artículo 506 ni el 503 al admitirlos, pues la prohibición del primer artículo se refiere a los documentos que afecten a lo sustancial del pleito, y no alcanza, por tanto, a los que se presentan para destruir las excepciones, pudiéndose añadir que es constante la jurisprudencia que desde ya muy antiguo mantiene que «la prohibición de admitir documentos después de la demanda y contestación, a que se refiere el artículo 506, en relación inmediata con el 504 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, reza exclusivamente con los que son fundamentales del derecho de las partes, no con todos los demás que podrán ser presentados en el período probatorio».

Tercero. Respecto de la reproducción efectuada en la alzada relativa al recurso de reposición interpuesto contra la providencia que había admitido la prueba documental sobre la que se ha razonado con anterioridad y que fue denegada a trámite su admisión por nueva providencia de 10 de octubre de 1983, debe rechazarse rotundamente, cual se hizo por el juzgador *a quo*, sin precisión de más razonamientos, pues el artículo 567 de la Ley procesal es absoluto y sin excepción.

Cuarto. Lo precedentemente argumentado motiva la desestimación íntegra del recurso de apelación, la confirmación de la sentencia en sus propios términos.

DOCUMENTOS QUE DESVIRTÚAN LAS EXCEPCIONES DE LA CONTRAPARTE

SAT Madrid (Sala 1.ª) 2 de diciembre de 1986

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Según se ha expuesto por la parte apelante en el acto de

la vista del recurso que tenía planteado contra la sentencia dictada en los autos originales de menor cuantía de que el presente rollo procede, los motivos en que pretende fundamentarse son los mismos que alegó

¿HASTA QUÉ PUNTO LA INOBSERVANCIA DE REQUISITOS FORMALES PUEDE SER MOTIVO DE INADMISIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN?

STC (Sala 2.ª) 23 de abril de 1987

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. La pretensión de amparo formulada en el presente recurso se centra fundamentalmente en la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva producida por el Auto de 25 de enero de 1985 de la Sala Primera del Tribunal Supremo que inadmitió el recurso de casación interpuesto en su día por la sociedad demandante, basándose en que no se acompañó al escrito de formalización poder del Procurador en condiciones acreditativas de su personalidad, conforme previene el art. 1718.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino que simplemente se aportó una fotocopia.

2. Como necesaria premisa para la resolución del presente recurso, es necesario recordar la reiterada doctrina de este Tribunal en el sentido de que el derecho fundamental invocado (art. 24.1 CE) comprende también la utilización de los recursos legalmente establecidos, y singularmente el de casación, y que si bien el legislador, teniendo en cuenta la naturaleza y finalidad de este recurso y en aras de la certeza y seguridad jurídicas, puede exigir el cumplimiento de determinados requisitos formales para su interposición, las normas que los contienen han de ser aplicadas teniendo siempre presente el fin con ellos perseguido, evitando cualquier exceso formalista que los convierta en meros obstáculos procesales y en fuente de incertidumbre e imprevisibilidad para la suerte de las pretensiones deducidas.

Por lo que se refiere al requisito establecido en el citado art. 1718.1 de la LEC, en la redacción anterior a la reforma efectuada por la Ley 30/1984, de 6 de agosto, es de señalar que dicho requisito tiene por finalidad acreditar la legítima representación del Procurador en la causa, por lo que la declaración de no haber lugar al recurso, prevista en los arts. 1728.1, en relación con el 1729.2 del mismo texto legal, únicamente resulta justificada cuando como consecuencia de su omisión pueden resultar dudas sobre tal circunstancia. Y es evidente, a la vista de las actuaciones, que no podía ser éste el caso de la resolución recurrida en amparo, ya que, advertido en el momento mismo de la formalización del recurso de casación que el poder original se encontraba en la Secretaría del Tribunal y que, al no haber sido oportunamente devuelto, se acompañaba solamente fotocopia del mismo, la propia Sala acordó, por providencia de 22 de octubre de 1984, que, previa compulsión, se incorporara a los autos certificación del poder obrante en el recurso 262/1984, el cual —como se recoge en los antecedentes de la resolución impugnada— fue efectivamente compulsado mediante certificación de fecha 14 de diciembre de 1984, constatándose de este modo por el fedatario judicial que la xerocopia unida correspondía ciertamente al poder acreditativo de la representación del Procurador don Román Velasco Fernández a nombre de la recurrente «Abital, Sociedad Anónima».

En consecuencia, puede afirmarse

que la inadmisión del recurso de casación acordada por la resolución controvertida carece manifiestamente de justificación, respondiendo aquella más a una consideración literal del requisito que se entiende omitido que a su fin esencial. Siendo ya por este motivo estimable la demanda de amparo, carece de sentido entrar a conocer de la eventual subsanabilidad del defecto apreciado por

la resolución en cuestión —la insuficiencia del poder—, que sólo de forma subsidiaria se sostiene por la parte actora, alegando que, en todo caso, la Sala, de conformidad con lo establecido en la regla primera del art. 1710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil según la reforma producida por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, debió concederle un plazo para su subsanación.

LA FALTA DE FIRMA DE LETRADO NO PUEDE SER MOTIVO SUFICIENTE PARA DESESTIMAR UN RECURSO SI DE LAS ACTUACIONES SE DESPRENDE LA EFECTIVA INTERVENCIÓN DE DICHO PROFESIONAL

STC (Sala 1.ª) 21 de enero de 1987

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. En este recurso de amparo se trata de resolver si el Auto de la Audiencia Territorial, que declara firme una Sentencia del Juez de Primera Instancia por carecer de firma de Letrado el escrito de interposición de la apelación, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por el art. 24.1 de la Constitución.

2. Numerosas Sentencias de este Tribunal, entre ellas las 19/1983, de 14 de marzo, 61/1983, de 21 de julio, 57/1984, de 8 de mayo, 70/1984, de 11 de junio, 60/1985, de 6 de mayo, 36/1986, de 12 de marzo, 87/1986, de 27 de junio y 117/1986, de 13 de octubre constituyen un cuerpo de doctrina, según el cual el derecho de acceso a los recursos legalmente establecidos, integrado en la tutela judicial efectiva, impone a los Jueces y Tribunales que en el control de los re-

quisitos formales que condicionan la válida interposición de los mismos utilicen criterios interpretativos que sean favorables a dicho acceso, evitando incurrir en el rigor formalista de limitarse a una aplicación automática y literal de los preceptos legales, que conduzca a negar el recurso por una irregularidad formal subsanable, sin dar oportunidad al interesado de la posibilidad de proceder a su subsanación.

En el supuesto de autos, el Juez de Primera Instancia admite la apelación interpuesta contra su Sentencia por el solicitante de amparo, sin advertir que el escrito de interposición carecía de firma de Abogado, debido quizá, a la explicable razón de que para él era notorio que dicha parte había intervenido en el proceso de representación de Procurador y asistencia de Letrado; a pesar de ello, la Audiencia Provincial, al comprobar por certificación del Secretario la citada omisión, declaró, sin más trámite, firme la Sentencia apelada en aplicación de lo dispuesto en el ar-

título 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, manteniendo esta decisión en el Auto resolutorio del recurso de súplica con base en que la interposición de la apelación es un acto autónomo, no vinculado por actuaciones procesales anteriores y que la Sentencia de este Tribunal de 8 de mayo de 1984 no era de aplicación por haber sido dictada en un caso de connotaciones diferentes al de autos.

3. La tesis de las resoluciones impugnadas, que se acaba de mencionar, no es aceptable y procede, en el presente caso, otorgar el amparo solicitado, cualquiera que sea la naturaleza procesal, autónoma o no, del acto de interposición del recurso de apelación y las diferencias que puedan existir entre el supuesto que ahora se contempla y el que resolvió la citada Sentencia 57/1984, de 8 de mayo de dicho año.

Es cierto que el art. 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aisladamente considerado, al preceptuar que no se podrá proveer a ninguna solicitud que no lleve la firma del Abogado, fuera de los casos expresamente exceptuados en el susodicho precepto legal, pueden entenderse en el sentido de que determina la ineficacia total de los actos que no cumplan dicho requisito y, por consiguiente, que permite negar efecto al escrito de interposición de un recurso de

apelación que adolece de tal defecto con la consecuencia de declarar firme la Sentencia apelada.

Sin embargo, tal precepto ha de aplicarse en estrecha relación con el art. 24.1 de la Constitución, que exige, según reiterada doctrina de este Tribunal, que no se imponga una sanción desproporcionada a una irregularidad procesal constitutiva de omisión subsanable, lo que en la actualidad se encuentra legalmente establecido en el art. 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985, que de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en dicho art. 24 de la Constitución, sólo permite desestimar o rechazar por motivos formales las pretensiones de las partes cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsane por el procedimiento establecido en las Leyes procesales y, como hemos dicho en la Sentencia de 17 de diciembre de 1986, el citado precepto de la Ley Orgánica del Poder Judicial debe entenderse aplicable no sólo a los defectos que en sentido estricto puedan considerarse formales, sino también a todos aquellos defectos u omisiones que permitan subsanación o integración, aunque sean portadores de un significado que pueda exceder del puramente formal.

RECURSO DE CASACIÓN INADMITIDO POR ENTENDER EL TS QUE DEBERÍA HABERSE FORMALIZADO CONFORME A LA LEY ANTERIOR A LA REFORMA PROCESAL: ¿ES CAUSA DE INDEFENSIÓN?

STC (Sala 1.ª) 12 de febrero de 1987

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. La cuestión planteada en el presente recurso de amparo se cifra a

determinar si el Auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo recurrido produjo la indefensión de los solicitantes de amparo, en infracción del derecho fundamental que les re-

conoce el art. 24.1 de la Constitución, violación que aquéllos entienden producida al haber sido inadmitido el recurso de casación que interpusieron en su día sobre la base de un motivo legalmente improcedente, que consiste en la formalización de dicho recurso conforme a un texto de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el posterior a la reforma introducida por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, que los recurrentes consideran aplicable, de acuerdo con lo establecido en las Disposiciones primera y segunda de la citada Ley, aplicabilidad que se deniega en el Auto impugnado.

2. Esta misma cuestión ha sido examinada y resuelta, en un supuesto sustancialmente igual, por la Sentencia del Pleno de este Tribunal número 81/1986, de 20 de junio, cuya doctrina es por ello, con las imprescindibles modificaciones derivadas de la especificidad del presente caso, aplicable a la resolución de este último.

Se reitera en la mencionada Sentencia que el derecho fundamental que proclama el art. 24.1 de la Constitución, comprende el de utilizar los recursos establecidos por la Ley, incluso el de casación en materia civil, en los supuestos y con los requisitos legalmente previstos. Pero tal derecho no queda conculcado cuando un recurso interpuesto se inadmite por el órgano judicial competente en atención a la concurrencia de un motivo legal de inadmisión, siempre que la interpretación y aplicación del mismo al caso concreto, que corresponde a dicho órgano judicial, no sea injustificada o arbitraria.

Por lo que afecta a supuestos como el presente y al que se refiere la citada Sentencia de 20 de junio de 1986, se razona en ella, partiendo de la dificultad que entraña la interpreta-

ción de las Disposiciones transitorias primera y segunda de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, en su aplicación al recurso de casación, que la realizada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en una pluralidad de casos y que se expresa también en el Auto ahora recurrido, no es infundada —antes bien, resulta convincente— si se tiene en cuenta tanto el tenor literal de aquellas Disposiciones transitorias como el verdadero carácter de iniciación del proceso impugnativo de casación que tiene la preparación de este recurso, lo que lógicamente comporta la unidad de regulación del mismo. Por ello, y aunque no quepa imputar una falta de diligencia a la dirección letrada del recurrente en la identificación de la norma aplicable, la mera discrepancia sobre la aplicabilidad de uno u otro texto de la Ley de Enjuiciamiento Civil al recurso preparado con anterioridad e interpuesto con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 34/1984 no basta para estimar el recurso de amparo, pues es una cuestión que carece de contenido constitucional.

3. No obstante lo expuesto, el hecho de que la identificación de la normativa procesal aplicable efectuada por el Auto recurrido no sea inadecuada o incorrecta, no excluye que la decisión de inadmitir el correspondiente recurso de casación haya podido infringir el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del recurrente. Tal infracción se produce, como razona la reiterada Sentencia de 20 de junio último, en la medida en que el recurso hubiera podido admitirse igualmente, por su objeto y por los motivos en que se funda, conforme al texto de la Ley de Enjuiciamiento Civil que el Tribunal Supremo consideró aplicable,

aunque faltase por cumplir algún requisito formal de los que aquella Ley impone, siempre que en el escrito de interposición hubieren quedado suficientemente cumplimentadas las finalidades de claridad y precisión que aquéllos persiguen en atención a la correcta ordenación de las secuencias procesales y en garantía de la contraparte. Y ello porque no toda irregularidad formal puede erigirse en un obstáculo insalvable para la prosecución del proceso, como este Tribunal ha declarado repetidamente, sino que, por el contrario, el derecho constitucional a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales no puede ser comprometido u obstaculizado mediante la imposición de formalismos enervantes o acudiendo a interpretaciones de las normas que regulan las exigencias formales del proceso claramente desviadas del sentido propio de las mismas.

4. En el presente caso, el recurso de casación inadmitido se interpuso contra una Sentencia dictada por la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca, en grado de apelación, en un juicio declarativo ordinario de mayor cuantía. El recurso se fundó en dos motivos que los recurrentes articularon separadamente, deducido el primero al amparo del núm. 5.º del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por supuesta infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia, debida a la inaplicación de determinados preceptos del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial que se citan, y deducido el segundo al amparo del núm. 4.º del mismo artículo de la Ley procesal, por error en la apreciación en la prueba basado en documentos obrantes en autos. Por su parte, el Auto recurrido fundamenta la inad-

misión del recurso, exclusivamente, en que la formalización del mismo debió acomodarse a la regulación anterior a la Ley de 6 de agosto de 1984. Pero, como este Tribunal viene señalando en una pluralidad de decisiones relativas a supuestos iguales (Sentencias 81/1986, de 20 de julio; 120, 121, 122, 123 y 124/1986, de 22 de octubre, entre otras), a las que aluden ahora la parte recurrente y el Ministerio Fiscal, no puede estimarse que aquella simple deficiencia, sin perjuicio de que puedan existir otras no mencionadas en el Auto impugnado, indujera a confusión al propio Tribunal Supremo ni a la dirección letrada de la contraparte, tratándose de un error fácilmente advertible y, en su caso, reparable. Por ello, como concluyen la merita Sentencia de 20 de junio de 1986 y aquellas otras posteriores, dadas las circunstancias concurrentes, el respeto al derecho reconocido en el art. 24.1 de la Constitución imponía al órgano judicial suplir mediante una interpretación posible y favorable al ejercicio de la acción impugnativa, el imperfecto o erróneo cumplimiento de los requisitos formales impuestos por la Ley de Enjuiciamiento Civil, asegurando así la primacía del mencionado derecho fundamental. Al no hacerlo así, el Auto impugnado en este recurso de amparo incurrió, por excesivo formalismo, en violación de aquel derecho, cuyo restablecimiento exige declarar su nulidad, para que la Sala Primera del Tribunal Supremo vuelva a considerar y, en su caso, resolver sobre la admisibilidad del recurso de casación interpuesto, sin tener en cuenta los defectos meramente formales que derivan de la incorrecta apreciación por el recurrente de la normativa procesal aplicable.

PROCEDIMIENTO DE CUANTÍA INDETERMINADA. ¿PUEDE EL TRIBUNAL DETERMINAR LA CUANTÍA LIBREMENTE PARA ADMITIR O INADMITIR UN RECURSO?

STC (Sala 2.ª) 29 de enero de 1986

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Se basa el presente recurso de amparo, según los recurrentes, en un hecho que aparece acreditado en los autos y que no ha sido respetado por las resoluciones recurridas: El juicio ordinario declarativo de mayor cuantía seguido contra los demandados, actuales recurrentes en amparo, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Valencia, se tramitó con la conformidad de ambas partes como de cuantía indeterminada. Así lo hizo constar el actor en el hecho decimocuarto de su demanda y fue expresamente admitido por los demandados en el hecho correlativo de su contestación a la demanda. Sólo después de dictarse Sentencia en la apelación y al resolver sobre el escrito presentado por los apelantes, mediante el cual prepararon recurso de casación contra aquella Sentencia, se hizo constar sin explicación alguna en el Auto de la Audiencia de Valencia, de fecha 18 de noviembre de 1985, que «la cuantía litigiosa es de 600.000 pesetas» (hecho 2). El error se ha mantenido en el Auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1985 «por no ser el momento procesal adecuado, y no constar, por otra parte, en lo actuado base alguna para disentir de la resolución de la Sala». Con base en ello se desestimó el recurso de queja y se confirmó el Auto denegatorio del recurso de casación.

Para resolver el amparo solicitado es, pues, necesario verificar lo que resulta de las actuaciones en orden a la cuantía por la que se tramitó el pleito, toda vez que si por error se atribuye al mismo una cuantía que con arreglo a la legalidad vigente no permite el acceso al recurso de casación, se privaría a los solicitantes de amparo de un recurso que, por estar comprendido en el derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el art. 24.1 de la Constitución, correspondería a este Tribunal restablecer.

Pues bien, de las actuaciones resulta que, como sostienen los recurrentes demandados en el pleito, en el hecho decimocuarto de la demanda el actor expuso: «Que a los efectos prevenidos en la Ley procesal aplicable, hay que hacer constar, dado que las reclamaciones que se realizan son de hacer y de cantidades ilíquidas, las cuantía de este procedimiento debe estimarse como indeterminada a los oportunos efectos...». A continuación y para justificar que en todo caso el procedimiento habría de ser el de mayor cuantía, hizo referencia a que el capital de la sociedad —uno de los temas litigiosos y no el único— era de 600.000 pesetas. Y los demandados, en el hecho decimocuarto de su contestación a la demanda, afirmaron: «Por conformes con el hecho decimocuarto de la demanda en cuanto al procedimiento, si bien rechazamos en congruencia con lo que venimos argumentando que el capital de la Sociedad sea de 600.000 pesetas.» Y así se sustanció el pleito como de cuantía indeterminada.

da, según se recoge en el primer resultado de la Sentencia del Juzgado en el que se dice: «Decimotercero que la cuantía del pleito es indeterminada pero sí dentro del mayor cuantía».

Al no ser contradichos en las actuaciones los hechos expuestos y no haber constancia en los autos que se tramitara el incidente que previene el art. 492 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el supuesto de que los demandados no se hubieran conformado con la cuantía señalada por el actor, hay que partir de los citados hechos para resolver este recurso de amparo y entender, conforme resulta de las actuaciones y dispone el artículo 491 de la citada Ley, que el Juzgado de Primera Instancia tramitó los autos como de cuantía indeterminada conforme a lo solicitado por el actor. Sin embargo, las resoluciones recurridas en amparo, sin razonamiento alguno que justifique la cuantía de 600.000 pesetas que atribuyen al pleito a partir de la fase de preparación del recurso de casación, niega a los recurrentes por esta sola razón el acceso al citado recurso al que tendrían derecho de respetarse la cuantía indeterminada por la que se sustanció el procedimiento.

2. Es doctrina reiterada de este Tribunal que el derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 24.1 de la Constitución, comprende, en los casos y con los requisitos que la Ley establezca, la utilización de los recursos legalmente previstos contra las resoluciones de los órganos judiciales, incluido el recurso de casación, y que, por tanto, infringe aquel derecho fundamental cualquier decisión de inadmisión de un recurso que no se funde en la aplicación razonada y razonable de

una causa legal de inadmisibilidad, porque, si bien es cierto que corresponde a la Sala Primera del Tribunal Supremo la última decisión sobre la admisión de los recursos de casación ante ella interpuestos y la verificación de la concurrencia de los requisitos materiales y procesales a que el mismo está sujeto, también lo es que si no está justificada o debidamente motivada la decisión, se funda en un error, en una causa inexistente o en un rigor excesivo en la interpretación de los requisitos formales, puede el Tribunal Constitucional, a través del recurso de amparo, restablecer el derecho vulnerado y hacer efectiva la tutela judicial que garantiza el art. 24.1 de la Constitución.

En el presente caso, conforme se ha razonado en el fundamento jurídico 1.º, el Auto recurrido dictado por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia, o ha incurrido en el error en señalar como cuantía litigiosa la de 600.000 pesetas pese a que el pleito se tramitó como de cuantía indeterminada, o ha omitido la fundamentación jurídica que permita hacer dicha afirmación como el Auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo, tanto ha recurrido en amparo, no aclaró en queja la procedencia del motivo de inadmisión, limitándose a mantener una cuantía justificada en las actuaciones «por no ser momento propio adecuado» para atender «las razones que en pro de una cuantía superior alegan los recurrentes», es obvio que el recurso de casación preparado por los solicitantes de amparo, que resultaba proceder con arreglo al art. 1687.1.º de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, se les ha denegado sin justificación motivada de la causa de inadmisión apreciada por las resoluciones recurridas, por lo que procede otorgar el

amparo para restablecer a los recurrentes el derecho que demandan de obtener la tutela judicial efectiva a través del recurso de casación oportuno.

tunamente preparado y del que se les ha privado por una causa de inadmisión que no resulta de las actuaciones.

EL TRIBUNAL SUPREMO ENTRA A CONOCER, EN CASACIÓN, SOBRE LA CUANTÍA DE UNA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS MORALES

STS (Sala 1.ª) 23 de marzo de 1987

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vigesimotercero. Resta sólo por examinar el sexto motivo, que imputa a la sentencia impugnada la infracción del art. 1253 CC, amparado para ello en el mismo ordinal y precepto procesal que el precedente. Su razonamiento se proyecta sobre la indemnización de 10.000.000 ptas., otorgada al actor-recurrente en concepto de reparación de daños morales, resarcimiento que según la motivación exige por parte del juzgador «se determine el alcance del perjuicio causado», lo que a su vez requiere —sigue indicándose— «un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano y, además, un perjuicio, sinónimo en nuestro derecho de daño».

Vigesimocuarto. En el estudio y para la adecuada solución del presente motivo ha de tomarse como punto de partida una especial consideración; la de que las cuestiones que afectan a esos especialísimos derechos fundamentales del honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, exigen, acaso más que ninguna otra, un particularizado examen de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto; y ello

sentado, a manera de introducción, es de tener en cuenta que en el supuesto aquí contemplado: por el hoy recurrido se interesó en la demanda una indemnización de 30.000.000 pesetas por razón de daños morales, que en la sentencia de 1.ª instancia se fijó en 20.000.000 ptas., y en la aquí impugnada en 10.000.000 ptas.; que sin olvidar la terminante declaración contenida en el art. 9.3 LO 1/1982 de 5 de mayo, de que «la existencia de perjuicios se presumirá siempre...», ni tampoco la facultad que para su determinación corresponde a los Juzgados y Tribunales de Instancia, la peculiaridad del tema unido a su novedad en el marco de la casación hacen conveniente que esta Sala se pronuncie sobre el mismo. En consecuencia, y a título de meras reflexiones de carácter general e independientemente de lo que cada supuesto concreto aconseje, cabe indicar: Primero: Que el ataque a referidos derechos fundamentales, según el dictado de la Ley que se acaba de señalar, se presume produce en principio daños indemnizables; Segundo: Que tales daños pueden ser tanto morales como pecuniarios *stricto sensu*; Tercero: Que la fijación de esos perjuicios corresponde a los Juzgados y Tribunales; Cuarto: Que para la determinación pecuniaria de tales menoscabos materiales o morales, de-

berán tenerse en cuenta las circunstancias de cada caso y la gravedad de la lesión efectivamente producida en relación con la difusión o audiencia del medio a través del cual se haya producido el ataque y con el beneficio que el causante del daño hubiere obtenido, extremos éstos cuya valoración corresponde también a los Juzgados y Tribunales.

Vigesimoquinto. Sentado cuanto antecede y habida cuenta: a) Que en el caso contemplado, la actividad del recorrido, que fue objeto de información en el Programa «España a las 8», A.M. de RNE, S.A., aquí cuestionada, viene referida a una vaga y compleja, bien que actualmente no infrecuente, actividad profesional, en la que se combinan y producen actuaciones de gestión de negocios, influencias, «lobbis político-económicos» [...] b) Que como consecuencia de ello, la evidente gran difusión y audiencia del medio de publicidad implicado se ve, en cierto modo, al menos, relativizada por el carácter y la naturaleza de la actividad que fue objeto de la información; c) Que a su vez, y para supuestos como el presente, se ofrece como una muy interesante medida cautelar del derecho fundamental atacado (el honor), la difusión de la sentencia en este caso dictada, cual se ha acordado en la resolución impugnada, en cuanto a

través de ello se hacen trascender las consecuencias de la reparación hacia ese medio en el que, cual se ha dicho, se extiende y desenvuelve la estimación de la persona; el del círculo social en que la misma se desenvuelve; d) Que por consecuencia de lo que antecede y habida cuenta, además, lo especial del marco en que se mueve el llamado «daño moral» y las dificultades que en orden a la traducción económica del perjuicio en su ámbito causado existen, la indemnización pecuniaria señalada por la Sala *a quo* aparece en este concreto supuesto demasiado amplia, especialmente por la señalada importancia que en el mismo tiene la también acordada medida de difusión de la sentencia condenatoria; e) Que por las consideraciones que se dejan hechas, se estima que el resarcimiento pecuniario adecuado para el caso aquí contemplado debe ser de 2.000.000 ptas.

Vigesimosexto. La admisión de este motivo produce la del recurso en el único aspecto al que la motivación se refiere, lo que, a su vez, da lugar, de conformidad con lo prevenido en el art. 1715.4.1 LEC, a que cada una de las partes intervinientes en este concreto recurso satisfaga las costas por ellas producidas y las comunes por mitad.

RECURSO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 10 DE LA CONSTITUCIÓN

STS (Sala 1.ª) 26 de junio de 1987

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El contenido sistemático-casacional de este recurso se en-

cuentra integrado por tres grupos de motivaciones: el primero a contemplar es el de aquellas que tienen su fundamento en la incongruencia y son las núm. 1.ª, 2.ª y 3.ª en las cuales y con base en el art. 359 LEC, se de-

nuncia respectivamente la infracción de los ordinales segundo (en la primera), tercero (en la segunda) y cuarto (en la tercera) del art. 1692 de la citada Ley Procesal. En el segundo grupo deben integrarse aquellos motivos en los cuales la infracción imputada a la sentencia impugnada se proyecta sobre preceptos del CC y son: el cuarto, por aplicación indebida del art. 7 CC, y el quinto, en que se estima infringido por aplicación indebida el art. 1902 del mismo Texto positivo. El tercer grupo lo integran los motivos restantes (sexto a noveno, ambos inclusive) y su agrupación casacional obedece a que, aun cuando el defecto denunciado se proyecte sobre el mismo ordinal que el precedente —art. 1692.1—, la infracción que se atribuye a la resolución aquí objeto de impugnación viene referida a preceptos de la CE: la aplicación indebida de su art. 18, en el sexto; la violación por inaplicación del art. 10.1, en el séptimo; el mismo tipo de infracción respecto del art. 35.1, en el octavo; y, por último, la violación por omisión del art. 21.1 del citado Texto constitucional.

Segundo. Antes de entrar en el estudio de los citados motivos y al objeto de obtener una mejor comprensión de los mismos así como de los presupuestos fácticos de que ha de partirse en este recurso, se hace preciso fijar éstos atendiendo, para ello, a los que se determinan en la resolución impugnada que aparecen indiscutibles en este momento procesal al no ser combatidos por la vía adecuada; dichos presupuestos son los siguientes: a) El hoy recurrente prestaba sus servicios para la sociedad recurrida desde 1963, con la categoría de Jefe Administrativo; b) En el año 1981, la empresa toma la decisión de despedir al recurrente, a cu-

yos efectos se le comunica por escrito, con indicación de las causas, entre las que se encuentran que «de forma reiterada ha tratado de modo incorrecto a varios clientes de la empresa, dando lugar a quejas y ocasionando con ello el correspondiente perjuicio», «anomalías en la contabilidad y, de forma especial, en las cuentas de determinados proveedores, a quienes no se les reclamaron diferencias a nuestro favor, dando como conformes sus facturas de cargo, sin ser las mismas correctas», «que su ayudante D. Jaime estuvo sin trabajar 15 días»; en consecuencia, «por considerar su actitud como una transgresión de la buena fe contractual, así como un abuso de confianza en el desempeño de su trabajo y negligencia y desidia en el servicio, esta empresa ha decidido proceder al despido... por considerar dichas faltas incuridas en el art. 54.2 ET» (Considerando noveno de la sentencia impugnada); c) Por el empleado despedido se interpuso demanda ante la MT Madrid, núm. 14 para que se declarase improcedente el despido y se condenara a la empresa a su readmisión, dictándose S 9 junio 1981 que estimó la demanda y declaró la nulidad del despido, condenándola a la readmisión (mismo Considerando).

Tercero. Se pasa así a la contemplación del primer grupo de motivaciones, caracterizadas todas, cual se ha indicado, por esgrimir como fundamento de sus razonamientos la incongruencia. De ellas, la primera, basada en el art. 1692.2 se apoya en que la pretensión fundamental del actor en su demanda fue que se declarara que «las acusaciones formuladas en la carta de despido eran improcedentes y no respondían a la realidad, pretensión perfectamente

fundada a la vista de lo dispuesto en el art. 24.1 en relación con el 10 y 18 CE»; en el segundo motivo, inspirado en el ordinal 3 del mismo precepto procesal, la razón de ser se hace radicar en que la sentencia no contiene declaración alguna sobre las pretensiones deducidas por la actora en los aps. b), c) y d) del suplico de la demanda; por último, en la motivación tercera, que tiene su apoyo en el núm. 4.º del mismo artículo que las precedentes, se denuncia en realidad lo mismo que en la primera, la contradicción que para el recurrente supone reconocer la sentencia la falsedad e inexistencia de las expresiones contenidas en la carta de despido y afirmar seguidamente que el empleo de tales expresiones era preciso para alcanzar el fin de despido perseguido por la empresa demandada.

Cuarto. Ninguna de las motivaciones indicadas puede prevalecer. La primera, porque en ella se omiten unos párrafos esenciales de la sentencia impugnada contenidos en el que primero de sus considerandos, el que reza así: «debiendo simplemente establecer como sentado, que cuando en el penúltimo de sus considerandos —se está refiriendo a la sentencia de primera instancia— se habla de «falsedades o inexactitud» en las expresiones contenidas en la carta de despido se tiene especial cuidado en señalar, que las mismas lo son (*sic*) «para el Derecho» en el caso laboral, en cuyo ámbito se alegaron e hicieron valer, como elementos históricos o de hecho susceptibles de generar la extinción de la relación de trabajo por despido, lo que era forzoso e indispensable a los expresados consecuentes fines, cosa que se hizo sin traspasar los límites del ejercicio normal del derecho

puesto en juego y difícilmente se puede imaginar una carta de esa naturaleza elogiosa o laudatoria». La segunda motivación decae, igualmente, por cuanto como es doctrina constante de esta Sala, las sentencias absolutorias no necesitan contener en sus fallos especificaciones concretas sobre determinados supuestos del suplico de la demanda (SS 1 y 12 de marzo y 21 de diciembre de 1984, y 29 de septiembre de 1983). Por las mismas consideraciones contenidas en la repudiación del primer motivo se produce la desestimación del tercero, ya que es clara y evidente la inexactitud de las alegaciones atribuidas a la sentencia recurrida respecto de la para el recurrente reconocida falsedad e inexistencia de las expresiones contenidas en la carta de despido.

Quinto. Se pasa ahora al examen del segundo grupo de motivos, en el que se integran los núms. 4.º y 5.º cuyo apoyo procesal se encuentra en el núm. 1.º del mismo precepto que los precedentes y en los cuales se imputa respectivamente a la sentencia recurrida: la aplicación indebida del art. 7 CC, y la misma indebida aplicación del art. 1902 del mismo Cuerpo legal. Ambas motivaciones están condenadas al fracaso casacional; la primera, porque en ella se vuelve a hacer girar todo su contenido en torno a las expresiones contenidas en la carta de despido, lo que por las consideraciones hechas en los precedentes fundamentos conduce a su desestimación. La segunda, además de por la misma razón, ya que persiste en la misma idea que la precedente, porque la única mención que en la sentencia impugnada se hace al art. 1902 CC, en el considerando 5.º efectivamente, como en el motivo se dice, es de carácter me-

ramente episódico o, mejor dicho, referencialmente histórico, a fin de poner de relieve la evolución de la tutela al honor en nuestro derecho positivo, razón por la cual resulta jurídica y lógicamente imposible se haya aplicado indebidamente dicho precepto.

Sexto. Se entra así en la contemplación del tercer grupo de motivaciones, integrado por aquellas que centran su atención en la infracción de los preceptos constitucionales que se han dejado indicados en el primero de estos fundamentos. Ninguna de ellas puede prosperar, por las siguientes reflexiones: A) El motivo 7.º que acusa la violación por inaplicación del art. 10.1 CE, porque dicho precepto constituye una declaración general respecto de los derechos fundamentales de la persona, cuyo desarrollo específico se lleva a cabo en los siguientes preceptos de los capítulos I y II Tít. I CE; consiguientemente, la infracción denunciada sólo podrá contemplarse poniéndolo en relación con los concretos derechos —y deberes— que se desarrollan en los siguientes artículos de la CE y no aisladamente considerado, como aquí se pretende. B) El art. 35.1 CE, que consagra entre otros el derecho al honor declara que todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo. Su infracción, por tanto, de acuerdo con lo establecido en el art. 117.3 CE, no es posible contemplarla en esta esfera jurisdiccional, toda vez que como muy bien se apunta en el considerando 11 de la sentencia dictada por el JPI acogido por la aquí recurrida, «...no es posible hacer efectivo en procedimiento diverso el derecho ya declarado...», siendo ello de la competencia de los tribunales laborales, cual el propio recurrente admitió al de-

mandar a la empresa en cuestión ante la MT competente.

Séptimo. Siguiendo con el estudio de los problemas que el recurso plantea, se procede al examen de los motivos 6.º y 7.º en los cuales se denuncia respectivamente la infracción de los arts. 18 y 24.1 CE, motivaciones que exigen una específica atención, por constituir la esencia del recurso. Al igual que las precedentes no pueden prosperar, periclitamiento que se opera porque: 1) El honor, como derecho fundamental de la persona, bien se considere desde el punto de vista de cada concreto individuo, o sea, con sentimiento de la propia dignidad —criterio subjetivo—, bien se contemple bajo el prisma del ámbito social que le circunda, como reconocimiento que los demás hacen de nuestra propia dignidad —criterio objetivo—, bien, incluso, si con una posición un tanto ecléctica, se estimase el honor enlazando ambas posiciones, es lo cierto que el mismo constituye un derecho fundamental de la persona que declarado por la CE genéricamente en el art. 10.1 y específicamente en el 18.1 ha de ser tutelado por los Tribunales, habida cuenta las consecuencias que de su ataque o lesión pueden derivar para el particular ofendido, no ya sólo en la esfera íntima de su propia estimación por las repercusiones que en su psique puedan producirse, sino también en la del ambiente o medio social en que cada persona se mueve, de lo que pueden derivar trascendentes consecuencias tanto en el marco de las relaciones laborales, como económicas, como, incluso, en las del simple trato social.

Octavo. Así fijado el problema de lo que constituye el centro de la cuestión aquí debatida, el derecho al honor, es evidente por cuanto apare-

ce debidamente justificado en la resolución recurrida sin que se haya justificado nada en contra: a) Que el llamado «despido disciplinario» (artículo 54 ET), que fue el instado por la empresa demandada, exige unos requisitos de forma entre los que se encuentra según el art. 55.1 del citado Estatuto, que sea «notificado por escrito, en el que han de figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efecto»; b) En el núm. 2 del mismo precepto se señala que el despido «puede ser calificado como procedente, improcedente o nulo»; c) El contenido de la carta que el recurrente considera lesiva para su honor, no es sino el requisito documental de forma que el ET establece como necesario para proceder al «despido disciplinario»; d) La imputación de «atentatorio al honor» que en la acción ejercitada se atribuye a la empresa demandada y que en este

recurso se ratifica, no puede en modo alguno integrarse en el marco del «abuso del derecho» o de «contrarias a la buena fe en el ejercicio de un derecho» como se indica en el motivo cuarto, ni supone exacerbación del principio *qui iure suo utitur...*, por lo mismo que tampoco lo son las calificaciones que en el recurso se dirigen contra la empresa recurrida, adjetivando de «abusiva» y «antisocial» su conducta estrictamente defensiva a la vez que legal en la carta cuestionada y ante la MT; e) A estos efectos y para completar los argumentos expuestos, sólo indicar que el TC (art. 5 LOPJ), tiene declarado que «el derecho al honor no puede constituir ni constituye obstáculo para que, a través de expedientes administrativos o procesos judiciales seguidos con todas las garantías, se pongan en cuestión conductas sospechosas de haber incurrido en ilicitud.

parte recurrida como del Ministerio Fiscal, afirma que se ha producido en la segunda instancia del pleito que da origen a este recurso de amparo.

Segundo. Por lo que hace a la primera de estas cuestiones, es preciso reiterar que la exigencia constitucional de que en ningún caso puede producirse indefensión, comporta, como señalábamos, entre otras muchas, en nuestra Sentencia 4/1982, de 8 de febrero, de la que aquí se hace eco el Ministerio Fiscal, la necesidad de respetar en todo proceso el derecho a la defensa contradictoria de las partes que lo sean o deban serlo, asegurándoles la posibilidad de sostener argumentalmente sus respectivas pretensiones y de rebatir los fundamentos que la parte contraria haya podido formular en apoyo de las suyas. Este derecho a la contradicción procesal no determina la necesidad de que de «facto» tenga lugar una efectiva controversia argumental entre los litigantes, que, por unas u otras razones, puede no que no deriva de lo dispuesto en el producirse en numerosos procesos y art. 24.1 de la Constitución, siempre que se respete el aludido derecho a la defensa. Menos aún puede extraerse de aquel precepto la consecuencia de que, a falta de fundamentación expresa de los pedimentos de una de las partes debe rechazarlo el Organismo judicial que conozca de los mismos, pues, siempre sin merma del principio de congruencia, y a no ser que el ordenamiento imponga una motivación específica de la acción o recurso ejercitado, delimitando así su procedencia y objeto, es potestad del Tribunal de apelación llevar a cabo un nuevo examen de los hechos y del Derecho aplicable.

Tercero. De acuerdo con lo expuesto, la ausencia en el acto de la

vista de la apelación del Letrado de la parte apelante y la consiguiente falta de motivación del recurso formulado por dicha parte no suponen una denegación del derecho a la tutela judicial efectiva, aunque tal recurso fuera estimado por el Tribunal competente. Por otra parte, aunque el recurrente conecte en primer término su demanda con el derecho a una tutela judicial efectiva de Jueces y Tribunales, el problema suscitado lo es también, como señala por vía de consecuencia, el de una eventual indefensión. Ahora bien, es claro que la ya mencionada ausencia del Letrado de la parte apelante en el acto de la vista no impidió en modo alguno al Letrado de la hoy recurrente defender en él sus pretensiones de ratificación de la Sentencia apelada, oponiéndose argumentalmente a la pretensión contraria, formulada por el Procurador de la apelante en el mismo acto. La falta de motivación de un recurso de apelación no restringe o elimina el derecho a motivar la oposición al recurso, que es, como se ha dicho, lo que garantiza el art. 24.1 de la Constitución, por lo que, al no haber mediado limitación alguna imputable al Organismo judicial, la recurrente pudo, sin duda, hacer uso de su derecho y ejercitarlo en la medida en que ahora dice haber deseado o necesitado, siendo imputable tan sólo a su falta de diligencia la omisión. La exigencia constitucional del proceso contradictorio ha sido, en tal sentido, respetada, pues la apelada tuvo la oportunidad tanto de justificar sus propias pretensiones como de rebatir las de la contraparte, y puesto que esta última no sometió otros elementos de juicio a la consideración del Tribunal, no tiene por qué extenderse tal garantía constitucional a la

EN APELACIÓN, LA SALA DE LA AT REVOCÓ LA SENTENCIA APELADA PESE A LA INCOMPARECENCIA DEL LETRADO —Y LA CONSECUENTE FALTA DE MOTIVACIÓN DEL RECURSO. ¿PUEDE CONSIDERARSE QUE SE VULNERA EL PRINCIPIO CONTRADICTORIO AL PRIVARSE A LA OTRA PARTE DE LA POSIBILIDAD DE REBATIR ARGUMENTOS EN QUE SE BASA TAL APELACIÓN?

STC (Sala 1.ª) 4 de febrero de 1987

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero. Dos son las cuestiones planteadas en el presente recurso de amparo, que deben ser sucesivamente resueltas en este momento: La primera se refiere a la posible violación del derecho a la tutela judicial efectiva, sin que pueda producirse indefensión, que proclama el art. 24.1 del

Texto constitucional, violación ésta que tanto la parte actora como el Ministerio Fiscal deducen de la ausencia de contradicción real en el proceso de apelación, debida a su vez a la total ausencia de alegaciones del apelante en apoyo de su pretensión; la segunda cuestión atañe a la infracción del art. 24.2 de la Constitución, en cuanto que garantiza un proceso sin dilaciones indebidas, infracción que la recurrente, ahora con la oposición tanto de la

respuesta a elementos del debate procesal inexistentes.

Cuarto. Por otro lado, tampoco infringe el derecho a la tutela judicial efectiva ni produce indefensión la estimación de un recurso de apelación que no fue motivado jurídicamente, ni puede entenderse que tal estimación se haya realizado infringiendo los principios de rogación y otro positivo. Formulada la pretensión procesal y a la vista de unos hechos declarados probados en la sentencia de primera instancia, que no fueron combatidos por ninguna de las partes, el Tribunal de apelación podía, y aun debía, en virtud del efecto devolutivo y de la regla «iura novit curia», aplicar el Derecho en la forma que considerase procedente y correcta, más aún en un recurso ordinario como aquél. Este Tribunal ya ha manifestado repetidamente (Sentencias 20/1982, de 5 de mayo, y 15/1984, de 6 de febrero, entre otras muchas) que no constituye indefensión que el Juzgador base sus decisiones en fundamentos jurídicos distintos de los aducidos por las partes, siempre que se atenga al contenido de la pretensión y de la «causa petendi» y, naturalmente, siempre que se atenga el examen de los hechos que se consideren probados. Por esta razón, el Tribunal puede fundamentar jurídicamente su deci-

sión, en un recurso ordinario como es el de apelación, acogiendo la motivación jurídica ofrecida por una de las partes en la primera instancia. Y eso es lo que hizo en el caso de autos la Sala de Barcelona, que se atiene a los términos de la pretensión del apelante y a los hechos acreditados en la Sentencia apelada, de la que acepta los resultados, por lo que su proceder no infringe el derecho de la solicitante de amparo a la tutela judicial efectiva.

Quinto. En cuanto a la alegada infracción del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, reconocido en el art. 24.2 de la Constitución, no puede decirse que concurre cuando, como en el presente caso, la actora puso de manifiesto ante el Tribunal de apelación, mediante escrito que lleva fecha de 28 de marzo de 1985, el tiempo transcurrido desde que se dictara la Sentencia apelada sin que se hubiera señalado fecha para la vista del recurso de apelación, solicitando dicho señalamiento, y la Sala se aprestó a realizar éste inmediatamente, satisfaciendo con ello su petición. No cabe, por consiguiente, suscitar válidamente ahora esta cuestión; debiéndose tener en cuenta que en ningún caso podría deducirse de tal eventual dilación la anulación de la Sentencia impugnada.

PRESTACIÓN PERIÓDICA: ¿CONDENA DE FUTURO?

STA Valencia, 20 de febrero de 1987

que no se opongan a lo que se dice a continuación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada, en lo

Primero. La Sala acepta, tal y como queda dicho, la fundamentación jurídica de la sentencia apelada, si bien discrepa de ella en cuanto al

momento en que considera terminada la formación profesional de la alimentista, a los efectos del artículo 142.2 CC.

Es un hecho notorio en la presente realidad social que la simple terminación de los estudios universitarios no permite, salvo contadas excepciones, dar por concluida la formación necesaria para el ejercicio profesional, ni otorga una situación de independencia económica. Y esto es tanto más cierto cuando el proyecto profesional del licenciado universitario se orienta hacia el ejercicio de una profesión a la que se accede a través de una oposición. Por consiguiente, comprender dentro del período de formación previsto en el art. 142.2 CC un tiempo prudencial destinado a la preparación y desarrollo de las pruebas de ingreso en el Cuerpo elegido por el interesado no supone una interpretación extensiva del precepto citado, sino una adecuación a las circunstancias y a la situación real vigente en este orden de cosas.

En tal sentido, la pensión señalada en la sentencia impugnada —que, en su cuantía, procede mantener por los propios argumentos que allí se exponen— deberá continuar prestándose por el padre de la alimentista por el espacio de tiempo que abarquen dos convocatorias sucesivas (*N. de R.:* En A 2 de marzo de 1987, el Tribunal aclaró que esta expresión debe entenderse referida a un mismo Cuerpo y a un mismo sistema de oposición) para el ingreso en la Carrera Judicial o en el Cuerpo de Secretarios de la Administración de Justicia, incluido el correspondiente al desarrollo de las pruebas, con un límite máximo que expire el 30 de junio de 1990; en el bien entendido de que la obligación del demandado ce-

sará si la actora aprueba en la primera convocatoria.

Por tanto, ha de desestimarse el recurso interpuesto por el demandado y estimarse parcialmente el de la actora, en el sentido indicado.

Segundo. Cuanto queda expuesto y la negativa, que igualmente se mantiene, de que pueda optar el demandado por prestar los alimentos acogiendo en su hogar a la alimentista no implica desdoro, ni juicio de culpabilidad con respecto al padre a quien se impone la obligación de dar los alimentos; es ésta una obligación, plenamente conforme a la naturaleza y reconocida por la Ley, derivada de los estrechos vínculos de parentesco que conlleva la relación paterno-filial; y este origen y fundamento es ajeno a las cualidades, virtudes o defectos que pudieran concurrir en la persona obligada a esta prestación.

Tampoco significa demérito ni reproche alguno al demandado la negativa, justificada en la sentencia de instancia, a que pueda satisfacer los alimentos recibiendo y manteniendo en su propia casa a quien tiene derecho a ellos. Esta negativa se apoya en una situación de tensión entre padre e hija, actual y evidenciada a través del proceso, que no permite, de momento, considerar viable esta modalidad de la prestación, sin que ello implique una atribución de culpabilidad a uno y otro de los litigantes.

Es de esperar y sería deseable que, serenados los ánimos y asumiendo cada cual sus recíprocas obligaciones, la situación familiar vuelva a la normalidad, al menos en lo que atañe a las relaciones paternofiliales, haciendo posible lo que, por ahora, es inviable.

Tercero. No habiendo prosperado en su integridad ninguno de los recursos planteados, no existen méri-

tos para expresa imposición de las costas de esta alzada.

¿CABE FIJAR LA PENSIÓN INDEMNIZATORIA POR EL SISTEMA DE PORCENTAJES?

SAT Bilbao, 30 de abril de 1987

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero. Los recursos deducidos por ambas partes litigantes contra la sentencia de instancia, que decretó la disolución del matrimonio por divorcio, han quedado circunscritos en el acto de la vista de esta alzada al pronunciamiento concerniente a la pensión compensatoria que la citada resolución establece en favor de la esposa así el actor interesa que se declare que la esposa no tiene derecho a pensión compensatoria, y la demandada solicitó que se fije en concepto de tal el 30 % de los ingresos del esposo.

Centrado así el debate, procediendo pronunciarse en primer término sobre el primero de los recursos reseñados, toda vez que su resolución deviene antecedente necesario para el conocimiento del deducido por la esposa demandada, y siendo así que la pensión compensatoria regulada en el art. 97 CC es procedente cuando la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, en el caso contemplado se revela indudable el derecho de la esposa a percibir una pensión compensatoria del marido, en atención a que, casados en el año 1968, la separación

efectiva de ambos, producida en el año 1978, supuso un evidente desequilibrio económico para la mujer, toda vez que, siendo los únicos ingresos del matrimonio los aportados por el esposo en su trabajo, dedicándose la esposa durante aquellos años de convivencia a las labores del hogar, la ruptura matrimonial supuso para ella una situación peor que la del esposo, implicando igualmente un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, sin que obste a tal consideración la circunstancia de que los esposos viviesen en compañía de los padres de la esposa, con los que ella continuó, pues ello no es sino un elemento accidental, que no fundamental, a la hora de valorar aquella situación.

Segundo. La parte demandada recurrente ha interesado en el acto de la vista de esta alzada que se fije como pensión compensatoria la del 30 % de los ingresos del esposo, debiendo declararse a este respecto que la fijación de la pensión reseñada supone tomar en consideración y soportar una serie de circunstancias, entre otras, las enumeradas en el citado art. 97 CC de muy variada índole, de suerte que la cantidad establecida pueda entenderse ponderada y acorde con todos aquéllos, y es por ello que el sistema de fijación de un porcentaje sobre los ingresos del obligado al pago de la misma, una más de las varias circunstancias a tomar en consideración, se revela exce-

sivamente sensible a las oscilaciones que puedan experimentar dichos ingresos, pudiendo llevar al absurdo de dar lugar a cantidades extraordinariamente superiores o inferiores a la que, atendidas las demás circunstancias concurrentes, se revela razonable asignar.

No se establece por ello la cuantía de la pensión compensatoria por el sistema de porcentaje como interesa la demandada recurrente, mas, dado que, según la confesión judicial del

actor, este percibe un salario de 52.000 ptas. mensuales más comisiones, atendidas las circunstancias concurrentes, parece acertado elevar la fijada por el Juzgado de Instancia a 15.000 ptas. mensuales, dentro éstas del límite determinado por la petición de la demandada recurrente.

Tercero. Habiéndose formulado recurso de apelación por ambas partes litigantes, se está en el caso de no hacer expresa imposición de las costas de esta alzada.

CONDENA DEL ASEGURADOR: REQUISITOS PARA NO INFRINGUIR EL PRINCIPIO «AUDIATUR ET ALTERA PARS»

STS (Sala 2.ª) 1 de abril de 1987

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La responsabilidad civil derivada del uso y circulación de vehículos de motor ha tenido, últimamente, en nuestro ordenamiento jurídico una constante evolución progresiva, tanto en su aspecto sustantivo como procesal, cuyos jalones normativos más importantes arrancan de la L 24 de diciembre de 1962 y su complementaria Regl. 19 de noviembre de 1964, que otorga a dicha responsabilidad un cariz marcadamente objetivo con un instrumento de implantación que es el seguro obligatorio para todo propietario de dichos vehículos y con correlativa acogida de dicho seguro en el procedimiento de urgencia introducido en la LECrim. por la reforma de 8 de abril de 1967 que permite al Juez requerir a la entidad aseguradora para que hasta el límite de tal segu-

ro obligatorio afiance la responsabilidad civil correspondiente, sin que tales entidades puedan tener otra intervención procesal que la expresada (art. 784.5), reforma que obligó a modificar la Ley de 1962, tanto en lo sustantivo (con trasplante al CP de los delitos que se definían en aquélla) como en lo procesal (con la introducción del título ejecutivo como innovación más importante), mediante TR por D 21 de marzo de 1968 y sucesivas modificaciones tanto de la Ley por RDLeg. 28 de junio de 1986 como de su reglamento, la última de 3 de diciembre de 1986; siendo de destacar el carácter imperativo o de *ius cogens* de esta regulación en contraste con el seguro voluntario, que cubre la responsabilidad civil de que se trata, pero dejando a las partes libertad contractual para acordar los límites cualitativos y cuantitativos de sus recíprocas prestaciones (a salvo las llamadas «condiciones generales» propias de todo seguro) y que por su mayor cobertura tiene un ca-

rácter complementario del obligatorio, tal como se reconoció por la OM 26 de mayo de 1965 y por la OM 31 de marzo de 1971, conjunto normativo que permitió a esta Sala sentar una doctrina de acceso al proceso penal de las compañías aseguradoras por razón del seguro voluntario, una vez que se otorgaba al perjudicado acción directa contra el asegurador, al igual que se concedió anteriormente por el art. 4 Ley de 1962, TR de 1968, doctrina que se vio recogida con pleno rango normativo por la Ley de Contrato de Seguro 8 de octubre de 1980 en su art. 76, pero sin que todo ello deba de hacer olvidar la importante diferencia entre ambas especies de seguro, pues en tanto que la entidad aseguradora por razón del seguro obligatorio sólo tiene la limitada entrada que por razón de la fianza se le concede en fase sumarial, según lo previsto en la citada prevención 5 art. 784 LECrim., el asegurador por razón del seguro voluntario puede entrar en el proceso penal con todas las prerrogativas y legitimación de parte, de acuerdo con los principios de rogación y de bilateralidad de la audiencia, de modo que sólo podrá condenarse a la entidad aseguradora que suscribió una póliza de seguro voluntario con el tomador del mismo, cuando el perjudicado ejercite la acción civil correspondiente y, a su vez, esté aquella legitimada previamente por haberse declarado tercero civil responsable conforme a los arts. 615 y ss. LECrim. (SS 7 de mayo de 1975, 2 de mayo, 14 de junio y 22 de noviembre de 1977, 19 de mayo de 1980, 20 de abril y 3 de julio de 1981 y otras).

Segundo. La doctrina anteriormente resumida no quiere decir, de cara al seguro obligatorio, que la

compañía aseguradora que lo asume pueda ser condenada en todo caso con la simple aportación al proceso de la póliza o certificado del seguro y recibo de la prima que garantice la vigencia del mismo, sino que para que aquella condena pueda ser pronunciada debe ser traída también al proceso, bien como titular conjunto del seguro voluntario, con las exigencias procesales de legitimación que se han expuesto, bien *ex officio* por el Juez, al ser requerida para el afianzamiento previsto en la repetida prevención 5 art. 784 LECrim., en cuyo caso su intervención queda reducida a tal afianzamiento y su posición limitada a la causa que lo motiva, es decir, la existencia del seguro o de una excepción al pago derivada del mismo contrato; por lo que, si en la fase sumarial se ha dado cumplimiento al requerimiento judicial previsto en aquella prevención, «hay una suficiente dación de conocimiento de la existencia del proceso y una suficiente oportunidad de intervenir en él» con las limitaciones antedichas y se da así cumplimiento al viejo postulado *audiatur et altera pars*, según doctrina consagrada por el TC (SS 26 de febrero de 1982 y 4 de marzo de 1984) y antes por esta Sala (SS 16 y 27 de noviembre de 1970 y 27 de junio de 1980).

Tercero. De conformidad con todo lo expuesto, los dos motivos del recurso pueden ser examinados conjuntamente, pues son facetas de una misma idea, en cuanto se alegan, en ambos, distintas infracciones legales y reglamentarias (art. 4 L 122/1962 de 24 de diciembre, TR 21 de marzo de 1968 y Reglamentos que la desarrollan en materia de seguro obligatorio, el primer motivo, e igual infracción del art. 76 Ley de Contrato de Seguro, el segundo); siendo el fun-

damento de tal alegación común a ambos motivos la de que apareciendo en la sentencia recurrida que el procesado tenía concertado seguro obligatorio por póliza suscrita con la Compañía X., con validez anual desde el 13 de diciembre de 1982 y, por tanto, vigente en la fecha de los hechos que se enjuician (20 de julio de 1983) y, por otra parte, estando cubiertos por el seguro obligatorio los daños personales causados al tercero lesionado que se menciona, así como la muerte de su esposa y de su hijo, las indemnizaciones decretadas en favor de la hija superviviente debieron hacerse con cargo al seguro obligatorio vigente y hasta los límites señalados por el art. 23 de su Reglamento modificado en 4 de julio de 1980; argumentación ésta que si bien, en sí misma, es correcta, no tiene en cuenta que ni fue ejercitada la acción directa autorizada por el art. 4 Ley de 1962, TR de 1968, a los limitados efectos consentidos por la LECrim., ni la Compañía aseguradora fue requerida *ex officio* por el Juez instructor para la prestación de fianza prevista en el art. 784.5 LECrim., de suerte que cuando, ya calificada la causa por la defensa del recurrente, ésta aporta recibo del pago de la prima dimanante del contrato de seguro obligatorio para demostrar la vigencia del mismo, solicitando sea tenida por parte de la compañía aseguradora en cuanto tercero responsable civil y denegada tal solicitud por extemporánea, es claro que queda totalmente ausente del proceso la entidad aseguradora y que la misma no podía ser condenada como se pide en el motivo primero sin clara vulneración de la doctrina sustentada en los preceptos señalados y en el propio art. 24.1 CE, que sanciona el principio *nemo damnatur sine audiatur*;

argumento que igualmente conviene al motivo segundo, en cuanto el art. 76 Ley de Contrato de Seguro 8 de octubre de 1980, que le sirve de fundamento, pues, aparte de que tal precepto está dirigido al seguro voluntario, con mayor motivo se debió ejercitar la acción directa prevista en dicho precepto, en tiempo oportuno, para lograr la comparecencia en juicio de la entidad aseguradora; todo lo cual lleva a la desestimación de ambos motivos sin perjuicio de que el recurrente pueda sostener las acciones civiles que le correspondan.

STS (Sala 2.ª) 16 de junio de 1987

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Amparados en el artículo 851.4 LECrim., el MF y la representación del procesado han interpuesto sendos recursos de casación por quebrantamiento de forma con la misma invocación de la errónea aplicación del art. 733 LECrim. que ha producido una vulneración de las garantías que al acusado concede el art. 24 párrafos 1 y 2 CE, porque el Tribunal planteó, una vez elevadas a definitivas las conclusiones respectivas, la tesis de si el hecho enjuiciado podía constituir, además del delito de robo con violencia en las personas del que acusaba al procesado el MF, un delito de detención ilegal del art. 480 CP, tesis que no fue aceptada, manteniendo el MF y el acusado sus conclusiones. El Tribunal *a quo* condenó, sin embargo, al procesado por el delito de robo con violencia y además por el delito de detención ilegal, con lo que estimaban que se había conculcado la prohibición de indefensión que el mencionado art. 24 CE esta-

blece y los derechos del acusado a ser informado de la acusación formulada contra él y a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa; destacando también ambos recurrentes que la calificación de los hechos como constitutivos de un delito de detención ilegal exigía que la causa se hubiera tramitado por las normas del proceso ordinario en lugar de haberlo sido por las del procedimiento de urgencia, conforme al art. 779 de la mencionada Ley, precisamente en consideración a la gravedad de la pena que aquella calificación podía significar.

Segundo. En su escrito de calificación provisional, que —con una modificación que no afecta a la cuestión planteada— elevó después a definitiva, el MF, en base al auto de procesamiento, estableció como hechos de la acusación que el procesado fue al domicilio de la víctima —una anciana de 81 años— y que al no darle el dinero que le pidió «la agarró por el cuello tirándola al suelo y haciendo más presión y al no conseguir su propósito la encerró en la despensa revolviendo mientras tanto la vivienda y apoderándose con ánimo de lucro de 35.000 ptas. y joyas valoradas en 285.000 ptas.», sufriendo la víctima lesiones que tardaron en curar 18 días. Estos hechos se calificaron como constitutivos de un delito de robo de los arts. 500 y 501.5 CP, apreciando la agravante 16.ª art. 10 del mismo Código y estimando que procedía imponer al procesado la pena de 4 años, 2 meses y 1 día de prisión menor, accesorias, costas e indemnización a la víctima. El Tribunal, en su relación de hechos probados, diverge del *factum* del escrito de conclusiones del MF diciendo que el procesado encerró a la víctima en la despensa de la cocina y que

«a continuación, revolvió la casa hasta hacerse con 35.000 ptas. en metálico y joyas valoradas en 285.000 pesetas. Una vez conseguido ese propósito, arrancó los cables del teléfono y marchó de la casa llevándose las llaves de la despensa y del piso. La anciana fue rescatada 1 hora después aproximadamente por los vecinos del piso inferior y un pariente que tenía llave del domicilio y que forzaron la puerta de la despensa»; y conceptuó los hechos como constitutivos de un delito de robo con violencia en las personas previsto en los arts. 500 y 501.5 CP, pero no lo penaba como el MF había solicitado sino que hacía aplicación de la regla última del art. 501 en relación con la circunstancia 2.ª art. 506 por haberse perpetrado el hecho en el domicilio de la víctima y resultaba obligado imponer el grado máximo de la pena por la concurrencia de la circunstancia de la agravante de desprecio de la condición de edad de la ofendida. Además consideró que los hechos integraban también un delito de detención ilegal específicamente tipificado en el art. 430 CP y le imponía la pena de 5 años de prisión menor por el delito de robo con violencia en las personas perpetrado en casa habitada y concurriendo la agravante de desprecio de edad y a la pena de 6 años y 1 día de prisión mayor, aunque expresando que solicitará un indulto parcial de esta última pena a fin de que quede reducida a la de 1 año por estimarla —y así se hace constar en el Considerando 2.º de la sentencia impugnada— «notablemente desproporcionada» en atención «a la falta de consecuencias graves lesivas, la escasa duración del encierro y la falta de antecedentes del procesado».

Tercero. El recurso de casación puede interponerse por quebranta-

miento de forma en el supuesto previsto en el art. 851.4 de la citada Ley que invocan el MF y el procesado, cuando se pene un delito más grave que el que haya sido objeto de la acusación excepto cuando el Tribunal no hubiere procedido previamente como determina el art. 733. Habiendo penado el Tribunal de instancia al procesado por una pena superior a la solicitada por el MF y hecho uso de la facultad que le otorgó el art. 733 mencionado, la cuestión a dilucidar en el presente recurso de casación es la de si el Tribunal ha procedido como determina ese artículo al objeto de que esta Sala se pronuncie sobre el único motivo del recurso interpuesto.

Cuarto. El art. 733 LECrim., concede al Tribunal una «facultad excepcional» en el marco del sistema acusatorio en que se sitúa la fase del juicio oral en la LECrim., y, por ello, recomienda que el mismo Tribunal use con moderación de ella, al tiempo que fija los límites de su ámbito de manera que los principios de presunción de inocencia y de interdicción de indefensión queden salvaguardados. Para ello establece que la «ilustración» que el Tribunal desea se refiera a «si el hecho justiciable constituye el delito de... o si existe la circunstancia eximente de responsabilidad a que se refiere el número... del artículo ... del CP». El tenor literal del artículo ha de ser interpretado actualmente a la luz de las normas constitucionales, especialmente del art. 24 CE y de manera que quede asegurada la protección de los derechos del individuo a un proceso justo ante un Tribunal «independiente e imparcial» para el examen de cualquier acusación contra él formulada en materia penal y a «que se presume su inocencia mien-

tras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa», según se reconoce en la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 10 y 11.1) y se desarrolla en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 6) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14), tratados internacionales ambos que han sido ratificados por España y que, conforme el art. 10.2 CE, son fuente de interpretación de las normas constitucionales relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la CE reconoce.

Quinto. Situado el art. 733 tan citado en el marco del sistema de garantías procesales que la CE y los mencionados instrumentos internacionales reconocen, la facultad del Tribunal de plantear una «tercera tesis», viene limitada por el respeto del «hecho justiciable». Como se declara en el TC S 134/1986 de 29 de octubre «la efectividad del principio acusatorio exige, para excluir la indefensión, como hemos dicho en la S 23 de noviembre de 1983, en primer lugar, que el hecho objeto de la acusación y el que es la base de la condena permanezcan inalterables, esto es, que exista identidad del hecho punible, de forma que el hecho debatido en juicio, señalado por la acusación y declarado probado, constituya supuesto fáctico de la calificación de la sentencia. La otra condición consiste en la homogeneidad de los delitos objeto de la condena y objeto de la acusación». La correlación o congruencia entre los hechos por los que se acusa a una persona y los hechos probados en la sentencia ha de ser, pues, completa, precisando el mismo TC S 20/1987 de 19

de febrero, que «para resolver sobre si los recurrentes fueron condenados por los hechos de que se les acusó es necesario cotejar entre sí el auto de procesamiento, los escritos de conclusiones definitivas y la sentencia de la Audiencia».

Sexto. La inalterabilidad de los hechos de la acusación y la imposibilidad de «forzar la tesis» calificando hechos nuevos que no se recogen en las conclusiones definitivas con las consecuencias agravatorias de la pena solicitada por la acusación, son las condiciones que se derivan del propio texto del art. 733 interpretado a la luz de los principios garantizadores que informan nuestro ordenamiento jurídico. En otro caso la tesis del Tribunal, cuando no es aceptada, y, sin embargo se mantiene en la sentencia, se convierte en acta de acusación y el Juez en acusador, comprometiendo su imparcialidad objetiva, privando al acusado de su derecho a una información detallada de la acusación, como la que le asegura el art. 650 LECrim., y limitando su derecho a procurarse los medios jurídicos y fácticos para una defensa adecuada. El mismo TC S 134/1986 se refiere a sus anteriores SS 54/1985 de 18 de abril, y 84/1985 de 8 de julio, en las que sostiene que «el derecho a la tutela judicial efectiva determina la exigencia de separar, por regla general y salvo circunstancias muy excepcionales, la función de juzgar y la de acusar, para alcanzar la mejor independencia y equilibrio del Juez, sin que éste pueda anular o sustituir las funciones atribuidas al Fiscal o las partes ofendidas o interesadas en ejercer la acusación en el juicio. Ello resultaría imposible si la acusación se realizase, confundiendo acusación y condena, en la sen-

tencia, pues en tal caso la indefensión sería absoluta».

Séptimo. En el presente recurso de casación basta advertir los aditamentos hechos en la relación de hechos probados de la sentencia impugnada en relación con los que fueron objeto de las conclusiones definitivas del MF —recogidos en el número 2 de estos Fundamentos de Derecho— para estimar que se ha producido una mutación substancial al añadirse unos hechos nuevos que permitan al Tribunal condenar no sólo por un delito de robo con violencia en las personas, sino, además, por un delito de detención ilegal. A esa alteración de los hechos de la acusación y las graves consecuencias penales que de ella se derivan sorpresivamente y sin posibilidad de defensa para el acusado, se añade que se le condena por el nuevo delito en procedimiento distinto al previsto por la ley en atención a la gravedad de la pena, con lo que se privaba al acusado de su derecho a un proceso «con todas las garantías» que le reconoce el citado art. 24.2 CE, e incluso la sentencia impugnada modifica también la calificación del MF respecto al delito de robo con violencia en las personas para condenar al procesado por un subtipo agravado cuyos elementos se contenían en la relación fáctica de las conclusiones del Fiscal (perpetración del hecho en el domicilio de la víctima) que no fue objeto de la tesis planteada. Por todo ello ha de estimarse el motivo de casación por quebrantamiento de forma invocado por los recurrentes al amparo del art. 851.4, ya que el procesado ha sido penado por un delito que no ha sido objeto de acusación sin cumplir las condiciones requeridas en el art. 733 tan citado, según un procedimiento que no era el le-

galmente establecido y además por otro delito más grave que del que fue acusado sin proceder como determina el mismo artículo, proce-

diendo en consecuencia casar y anular la sentencia impugnada y cumplir lo prevenido en el art. 901 bis a) LECrim.

APRECIACIÓN «EX NOVO» DE CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES Y ATENUANTES

STS (Sala 2.ª) 24 de junio de 1987

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La AP Valladolid por S 28 de septiembre de 1984, condenó al procesado Paulino, como autor de un delito de robo con fuerza en las cosas, consumado, en cuantía que excede de 30.000 ptas., concurriendo la circunstancia agravante de reincidencia, a la pena de 2 años, 4 meses y 1 día de prisión menor con las accesorias correspondientes, sin que la acusación representada por el MF, hubiera imputado la circunstancia modificativa indicada.

La representación procesal del condenado interpone contra el fallo decretado el recurso que se examina, articulado en un primer motivo de quebrantamiento de forma acogido al art. 851.4 LECrim., con base en haberse impuesto una pena más grave de la solicitada, sin hacer uso previo de la facultad conferida en el art. 733 de la antedicha Ley, y otro segundo por corriente infracción legal, entendiendo vulnerada por aplicación indebida la circunstancia genérica agravante de reincidencia, 15.ª art. 10 CP. Ambos motivos postulan la misma cuestión de haberse creado una situación de indefensión para el recurrente, al apreciarle una circunstancia modificativa agravatoria de responsabilidad, que no se deba-

tió al no ser planteada formalmente durante el juicio oral celebrado, y la que por consecuencia no pudo ser impugnada y rebatida, cuestión que procede considerar unitariamente como de fondo, a efectos de resolución definitiva y no meramente dilatoria por forma, del proceso penal del que dimana.

Lo que frecuentemente ha venido declarando la doctrina de esta Sala, sobre la materia aludida, en esencia consistía en que el principio acusatorio no vedaba a los Tribunales de Instancia la aplicación de pena superior a la solicitada por la acusación, si ella estaba comprendida dentro de los límites de la marcada al delito que se imputa, sino la penalización por algún delito más grave que aquellos cuya existencia hubiera sido mantenida en las conclusiones definitivas, por cuanto la sanción procedente debe ser impuesta conforme a los mandatos del Código y dentro de la extensión ordenada por la Ley, aunque no coincidiera con la que hubiera sido objeto de petición (SS 17 de octubre de 1935, 10 de marzo de 1961, 6 de marzo de 1964 y 28 de febrero de 1970); y asimismo que la apreciación o no de circunstancias agravantes o atenuantes y participación personal en la ejecución de los delitos, no era motivo que requiriera el planteamiento de la tesis del art. 733 LECrim., y en el supuesto ahora contemplado el deli-

to penado no es, ni más grave, ni distinto del acusado, que exigiese el previo ejercicio de aquélla para la correcta punición (SS 10 de febrero de 1958, 2 de junio de 1960 y 28 de octubre de 1970).

Sin embargo, tan tradicional doctrina jurisprudencial, ha tenido una modificación notable en atención a los principios acusatorio, de contradicción y defensa, a efectos de adecuación de los mismos a la reforma introducida en el CP vigente por la LO 8/83 de 25 de junio en relación con los arts. 9.1, 53.1 y 24.1 CE y, en este sentido, la regulación ofrecida en el art. 733 citado, eludiendo las circunstancias agravantes de su ámbito y permitiendo su apreciación *ex novo*, se considera constitutivo de vulneración de los principios mentados, en cuanto la estimación de aquéllas puede reportar la aplicación de la regla 2.ª art. 61, y con ella, la trascendente variación de la penalidad, sin otorgar al inculgado oportunidad de aducir su alegato exculpativo que contrarreste o enerve total o parcialmente los razonamientos en que se sustenta la estimación de aquéllas. Siendo manifiesto que en el caso enjuiciado la acusación pública, única personada, no invocó circunstancias modificativas de los hechos y solicitó la pena de 6 meses y 1 día de prisión menor para el recurrente y el Tribunal *a quo*, sin plantear la tesis del art. 733, estimó una agravante genérica y elevó la extensión de aquélla a 2 años, 4 meses y 1 día, procede a tenor de la reciente doctrina de esta Sala, recogida en las SS 4 de noviembre de 1986 y 2 de abril de 1987, entre otras, acoger el recurso contemplado y en su virtud casar y anular la Sentencia pronunciada en esta causa por la AP Valladolid en la fecha anteriormente

señalada, dictando seguidamente la segunda procedente en derecho, a tenor de lo dispuesto en el art. 902 LECrim.

STS (Sala 2.ª) 22 de junio de 1987

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero. La alevosía es una circunstancia agravatoria de carácter predominantemente objetivo: empleo de medios, modos o formas en la ejecución que, en cuanto «tienden» a asegurarla y a asegurarse el delincuente contra la defensa del ofendido, incorpora un especial elemento subjetivo que dota a la acción de una mayor antijuridicidad. Siempre ha sido una figura polémica, sin líneas fijas y claras de delimitación, aunque subyaciendo en ella dos sentimientos de tan alto reproche social como son la traición y la cobardía, que se funden en el propósito esencial de eliminar el riesgo de reacción por parte del ofendido o de aprovechar una situación de absoluta indefensión. Sobre esta pauta general y con el auxilio de la jurisprudencia puede ensayarse una clasificación de los medios, modos y formas alevos, distinguiendo aquellas situaciones que responden a un «ser» o especial condición del sujeto pasivo (acciones dirigidas contra niños, ciegos, ancianos, inválidos y personas totalmente impedidas); por la forma o modo de realizar la agresión (ataque por la espalda, cara a cara pero de forma súbita e inopinada, la agresión en emboscada o al acecho, las estratagemas o procedimientos engañosos, tretas, trampas o celadas para atraer pérfidamente a la víctima, la ocultación sinuosa del ánimo hostil); y

aquellas situaciones —un «estar»— en que el sujeto se encuentra inadvertido de todo peligro (ocupado en cualquier menester, dormido, embriagado, sin conocimiento, o rendido física o moralmente). Correlativamente, se eliminan del ámbito de esta circunstancia agravatoria los supuestos de previa agresión del ofendido, de riña mutuamente aceptada, de fuerte enfrentamiento verbal, cuando pudo sospecharse la agresión y precaverse frente a ella, y demás hipótesis en que no se consigue eliminar totalmente el riesgo de defensa, singularmente cuando ha habido advertencia del acontecimiento.

Parando mientes en este último supuesto, ya unas antiguas sentencias del TS indicaban que se elimina el carácter propio de la alevosía si el reo expresó a la víctima su decisión de atentar contra ella (S 9 de julio de 1918), o antes de iniciar la acción pronunció palabras referentes a la inminencia de la misma (S 29 de noviembre de 1918), y con mayor proximidad ha declarado este Tribunal —S 21 de mayo de 1986— que la doctrina de la Sala enseña a excluir la aplicación de la agravante en situaciones de reyerta, o incluso después de trabarse un crudo diálogo, o «hacerse advertencias que den a entender un posible acometimiento».

En el supuesto que las actuaciones contemplan, el relato cuida de expresar el sentimiento de humillación que reconcomía al sujeto por una pelea anterior y el vivo resentimiento que guardaba hacia el adversario de entonces, y ello explica que en las primeras secuencias del hecho, cuando irrumpe en la cocina portando el arma en posición de disparo, apunte a todos los presentes para que no ofrezcan resistencia, ordenando a la

víctima —«porque si no le mataba»— realizar los actos vejatorios que narra el *factum*, hace —entretanto— un disparo intimidatorio al suelo para mantener el dominio de la situación, responde amenazadoramente al tono suplicante del dueño de la casa, y luego de apuntar a otro de los concurrentes, dispara sobre la víctima elegida produciéndole heridas en la región frontal que determinaron su muerte. Es decir, el acusado se presenta en la cocina consciente de encontrarse en ella reunidas varias personas y amigos, con los que ha estado departiendo y compartiendo un festejo doméstico horas antes, no oculta el arma ni sus intenciones de acometimiento mortal hacia uno de ellos, amenaza a todos y somete a vejámenes a este último, rechaza las preces del dueño de la casa, y culmina la acción y sus propósitos con el disparo mortal.

Es obvio, que en el marco en que se desenvolvía la acción, ante varias personas reunidas en la cocina y durante un cierto lapso de tiempo, la reacción defensiva existió como posible o eventual, y de ahí la constante preocupación del sujeto —cierre de la puerta y disparo intimidatorio— para controlar la situación y mantener su prepotencia que podía venirse abajo en cualquier momento de descuido, de indecisión, debilidad o desfallecimiento; no existió, pues, la eliminación absoluta del riesgo defensivo que conviene al concepto legal de alevosía. Sin embargo, la situación provocada por el sujeto no puede minusvalorarse o ser indiferente en el trance de enjuiciar penalmente los hechos, porque patentiza un debilitamiento o disminución intensa de la defensa durante el desarrollo del suceso, un abuso de superioridad que debe tener expresión

agravatoria en la circunstancia 8.ª art. 10 CP, circunstancias de íntimo parentesco con la alevosía —alevosía de segundo grado ha sido llamada por alguna resolución jurisprudencial—, de la que viene diferenciada por criterios cuantitativos, cuya aplicación en este caso, cubierta por el principio acusatorio, debe llevarse a las mayores consecuencias penológicas por las graves restricciones impuestas a la reacción defensiva. Y en estos términos se estima el primer motivo del recurso del acusado.

Segundo. No ignora esta Sala, porque es doctrina por ella creada y sostenida, que las circunstancias atenuantes pueden ser apreciadas en casación, aunque constituyan cuestiones nuevas, siempre que el hecho probado ofrezca elementos en que apoyar su existencia, y consta que el acusado «después de comer y tomar alguna copa...», «después de haber estado en la casa de otro amigo, donde comió alguna cosa, tomó dos copas de vino, café y orujo...» decidió la comisión del hecho, pero estas libaciones alcohólicas, en un período que transcurre desde la hora de la comida hasta las 10,30 hs. de la noche y acompañadas siempre de la ingestión de alimentos, no parecen suficientes o significativas para dar por sentado un estado de embriaguez, a todo lo cual se suma una afirmación del Tribunal sentenciador —«aunque sin embriagarse»— que más parece ser un «hecho», deducido de las pruebas testimoniales realizadas en las actuaciones, que un «juicio valorativo» con razones suasonas para ser revisado en este trámite; ello obliga a desestimar el segundo motivo de casación interpuesto por inaplicación de la atenuante 2.ª art. 9 del Texto penal sustantivo.

STCT (Sala 2.ª) 4 de junio de 1987

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Frente al fallo estimatorio de la sentencia de instancia, que condenó únicamente al codemandado D. Juan, se interpone por éste un primer motivo de recurso, con amparo procesal en el art. 152.2 LPL, interesando la revisión de los hechos declarados probados en la resolución judicial, alegando que de la documental aportada por la propia actora se desprende claramente la existencia de error, en aquella declaración, pero sin concretar en ningún momento cuál fuese el hecho o hechos que se pretendían revisar, ni fijar la redacción alternativa que hubiese de darse a los mismos, haciendo referencia, como fundamento de su motivo, al acto de conciliación celebrado ante el SMAC, la demanda y la carta de despido, documentos, todos ellos, inhábiles para poder acreditar el error en la apreciación de la prueba por parte del juzgador, ya que las actas de conciliación, al igual que las actas de juicio, carecen por sí mismas de fuerza revisora, dado que las manifestaciones vertidas por las partes en tales actos, cuando son sin avenencia, como en el caso enjuiciado, sólo tienen el valor de alegación de parte y por tanto sometidas a la libre apreciación del juzgador *a quo* en valoración conjunta con el resto de la prueba; en cuanto al escrito de demanda, reiteradas sentencias de este Tribunal, tales como SS 24 de mayo y 29 de junio de 1984 y 28 de marzo de 1985, establecen que las manifestaciones o expresiones que se puedan contener en tal escrito, como alegaciones de parte que carecen de todo rigor probatorio, careciendo igualmente de

valor probatorio la carta de despido alegada, al contener sólo la manifestación unilateral de una de las partes, por lo que, en definitiva, el motivo tiene que ser rechazado, ya que no se han cumplido los requisitos exigidos para su viabilidad tanto doctrinal como jurisprudencialmente, pues para que la revisión alcance éxito es necesario fijar qué hecho o hechos han de rectificarse, adicionarse o suprimirse, concretar los términos en que deben quedar redactados y amparar la pretensión revisora en documentos o pericias incorporados a los autos que por su manifiesta eficacia probatoria evidencien el error del juzgador, todo lo cual hace caer el motivo fáctico articulado por la parte recurrente.

Segundo. Dentro del apartado destinado al examen del derecho aplicado en la sentencia de instancia y con amparo en el art. 152.1 LPL, la parte recurrente se limita a argumentar que de los supuestos fácticos sólo puede resultar de aplicación el art. 49.1 ET, por no haber existido despido, sino únicamente la decisión unilateral de los actores de rescindir la relación laboral existente con anterioridad, motivo que no puede prosperar, ya que con independencia de que no se cita ningún precepto legal como supuestamente infringido en la resolución judicial recurrida, lo cual impide a la Sala entrar en el

análisis de fondo, pues ello equivaldría a una impugnación *ex officio*, constituyendo una omisión insubsanable y dando lugar a la desestimación del recurso, según establece reiterada doctrina en la materia, lo cierto es que tanto de la relación fáctica de la sentencia, como de la fundamentación jurídica de la misma no se desprende en modo alguno esa supuesta y alegada decisión unilateral de los actores de rescindir su relación laboral, conforme a lo dispuesto en el art. 49.1 ET, sino, por el contrario, el hecho cierto y declarado probado de que aquéllos fueron despedidos.

No obstante, y habida cuenta de que no existe el despido nulo en la nueva regulación del servicio doméstico, según doctrina ya reiterada de la Sala, así como que corresponde al Tribunal la calificación jurídica de los hechos enjuiciados, los mismos deben ser considerados como desistimiento del empleador, conforme al art. 10.2 D 1 de agosto de 1985, y en su consecuencia debe ser estimado sólo parcialmente el recurso y en el sentido de declarar tal desistimiento con los efectos legales inherentes a tal declaración y que son la indemnización y plazo de preaviso a que alude el referido precepto en relación con el art. 93 de la misma norma legal, dándose cumplimiento al art. 163 LPL.

CUESTIONES INCIDENTALES EN LA EJECUCIÓN LABORAL

STCT (Sala 2.ª) 12 de mayo de 1987

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Por lo que se refiere a las faltas formales denunciadas en el

recurso, y que según el recurrente debían producir la nulidad de las diligencias a tal vicio afectadas y las posteriores a dicho momento, procede tener en cuenta —S 4 de marzo de 1986 de esta Sala, entre otras mu-

chas— que, como es bien sabido, la nulidad de actuaciones procesales constituye un remedio extraordinario de muy estricta y excepcional aplicación, dada la notoria conmoción procedimental que supone tanto para las partes como para el principio de celeridad o economía procesal que constituye una de las metas a cubrir por la Justicia como servicio público que aspira a satisfacer adecuadamente las pretensiones que en petición de amparo jurisprudencial se hacen a los órganos judiciales. Por ello, la jurisprudencia ha venido declarando con reiteración que para que un quebrantamiento de normas procesales acarree la nulidad de actuaciones se precisa la concurrencia de unas especiales condiciones, a saber: que se cite la norma que se dice infringida y que, efectivamente, lo haya sido; que se trate de norma de carácter esencial; se haya formulado en tiempo oportuno la correspondiente protesta y que, sobre todo ello, la violación haya producido indefensión a la parte denunciante de tal defecto. Y en el presente caso es de notar que, salvo la excepción de que se hará posterior mención, el recurrente no cita la disposición legal infringida en cada uno de los supuestos de nulidad que denuncia y, en cualquier caso, que las infracciones se refieren a actuaciones anteriores a otras posteriores no impugnadas, es decir, que no ha precedido al recurso ahora interpuesto la protesta anterior, en el momento inmediato a tener conocimiento del defecto, lo que hace extemporánea su actual alegación. Lo que es igualmente aplicable a las reiteradas denuncias sobre falta o defecto de notificación de providencias y otras actuaciones, ya que si tanto el art. 260 LEC y el 25 LPL exigen la noti-

ficación en legal forma a las partes de todas las providencias, la nulidad por tal causa queda subordinada a que la parte a quien el defecto importa se dé por enterada en el juicio, pues en tal caso —art. 279 LEC— «surtirá desde entonces la diligencia todos sus efectos, como si se hubiese hecho con arreglo a las disposiciones de la ley». Debiendo entenderse —S 16 de abril de 1985 de esta Sala— que el «darse por enterada» se refiere tanto a la propia resolución cuya notificación se omitió como a aquellas que son consecuencia necesaria de ella y que en el *iter* procesal la tienen como precedente obligado. De forma que el conocimiento, y aquietamiento, a esa ulterior diligencia o actuación supone el de la anterior de que trae causa y la convalidación del defecto de notificación, si en esta segunda oportunidad no se opone reparo —no se recurre— la inicial omitida junto a la que, de hecho, la convalida. Como ocurre aquí, ya que las en su caso defectuosas, o no hechas, notificaciones han quedado convalidadas al tolerarse las posteriores que en aquéllas traían su causa. Y en el supuesto concreto del denunciado, con reiteración, incumplimiento del art. 201 LPL, al no haberse archivado las actuaciones ante la apatía procesal del ejecutante, procede tener en cuenta que sobre no tratarse de norma esencial, su incumplimiento no ha ocasionado ningún perjuicio al recurrente, ya que, como se sabe, en el trámite de ejecución de sentencia los archivos de actuaciones que pueden acordarse tienen siempre carácter provisional para reabrirlo ante una petición razonable del ejecutante sobre la posibilidad de conseguir la efectividad del derecho reconocido. Razones todas que obligan a rechazar el motivo estudiado.

Segundo. Solución favorable al recurrente debe adoptarse respecto a la excepción de pago alegada y no tramitada ni resuelta en forma procesalmente correcta. Si las sentencias firmes se llevaran a efecto en la forma prevenida por la LEC para la ejecución de las dictadas en los juicios verbales —art. 200 LPL— y en aquélla —arts. 738 y, por analogía, los art. 929 y ss.— late el principio de que la ejecución se refiere a la condena no voluntariamente cumplida, cabrá siempre la posibilidad de excepcionar el pago o cumplimiento de la obligación —art. 1159 CC, aunque, obviamente, tal obligación nazca del pronunciamiento judicial. Y dicha excepción —SS 18 de septiembre y 3 de diciembre de 1986 de esta Sala— debe enjuiciarse en el mismo trámite de ejecución bajo dos condicionamientos esenciales: que se asegure el cumplimiento de la condena por los medios usuales —embargo, fianza, etc.— y que las partes tengan a su disposición iguales medios procesales para decidir tal cuestión incidental. Medios procesales para decidir tal cuestión incidental. Medios que en el procedimiento laboral y dadas sus especiales características no pueden ser otros que los similares al del procedimiento ordinario: comparecencia de las partes para alegaciones y defensa y práctica de los medios de prueba que estimen pertinentes. Y siendo así que en el caso de autos la condenada ha alegado el pago de la obligación a que se refería la sentencia ejecutada, aportando en prueba indiciaria de ello varias letras de cambio libradas y pagadas al ejecutante en fechas posteriores a la de aquella resolución y por un importe sensiblemente igual al de la

condena: medio de pago expresamente admitido en el art. 1170 CC, hay que concederle la posibilidad de demostrar su afirmación en el trámite incidental dicho, no sólo porque ello es la solución legal aplicable, sino porque imperativos de justicia —que en lo laboral debe tender siempre a la búsqueda de la verdad material, según SS 23 de febrero y 24 de mayo de 1984 del TC— y al acatamiento al mandato del art. 24.1 CE, que reconoce el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de los derechos, obligan a eliminar obstáculos y fórmulas que en su aplicación estricta sofocan aquel fin primordial. Como es el opuesto por el Magistrado *a quo* negándose a entrar a conocer del valor liberatorio de las aludidas letras de cambio respecto a la condena ejecutada por estimar que en sí mismas constituyen un negocio objetivo o abstracto: afirmación que si puede ser cierta en el ámbito mercantil y surtir efectos en el proceso ejecutivo cambiario, carece aquí de transcendencia al tratarse de un procedimiento distinto y donde las alegadas circunstancias de su pago —posterior a la sentencia, por la cantidad allí reconocida y entre personas a quienes presumiblemente no unía ninguna relación tras la ruptura del vínculo laboral anterior que la de pago contenida en la sentencia— hacen imprescindible su enjuiciamiento en el trámite incidental aludido, a cuyo efecto el Magistrado *a quo* deberá acordar la comparecencia de las partes al objeto de, practicándose las pruebas que propongan las partes y en su caso las que acuerde para mejor proveer, decida sobre la excepción de pago alegada.

**LAS RELACIONES ENTRE LA ORGANIZACIÓN
JUDICIAL Y EL PROCESO PENAL**

**I. LES RAPPORTS ENTRE L'ORGANISATION JUDICIAIRE
ET LA PROCÉDURE PÉNALE ***

M. PISANI (Milán)

SUMARIO:

I. Notions fondamentales: 1. «L'organisation judiciaire»; 2. La justice pénale: les buts et les moyens; 3. Les objectifs de la procédure pénale. — II. Questionnaire: 1. L'infrastructure de la justice pénale; 2. Les autorités et leurs rôles; 3. Différenciation et spécialisation de la procédure pénale; 4. Les tendances réformatrices. — III. Observations méthodologiques (Commentaire général).

I. NOTIONS FONDAMENTALES

1. «L'organisation judiciaire»

La notion «d'organisation judiciaire» doit être prise dans son sens le plus large. Elle ne se réfère pas seulement au complexe normatif de l'ordre judiciaire (c'est-à-dire les règles concernant l'établissement, le statut et le fonctionnement des juges et des magistrats du ministère public) mais aussi aux conditions matérielles de l'administration de la justice pénale (dotation en personnel, locaux, appareils techniques, etc.).

2. La justice pénale: le buts et les moyens

Dans le passé on se plaisait à définir la justice comme *fundamentum rei publicae*. Au-delà des déclamations solennelles il s'agit aujourd'hui de vérifier concrètement si l'infrastructure de l'organisation judiciaire

quant au personnel et aux moyens est adéquate pour faire face aux formes traditionnelles et nouvelles de la criminalité, petite et grande, nationale, internationale et transnationale et si elle permet, notamment en ce qui concerne la procédure pénale, d'apporter des réponses adéquates, promptes et efficaces.

3. *Les objectifs de la procédure pénale*

Afin de coordonner l'étude critique de différentes formes d'organisation judiciaire et de procédure, il y a lieu de définir les objectifs principaux de la procédure pénale. Pour les besoins de la présente discussion, on en soulignera quatre finalités:

3.1. La procédure pénale doit permettre d'établir la vérité matérielle en même temps que d'appliquer de manière optimale le droit pénal matériel.

3.2. La procédure pénale doit également veiller à la protection des droits fondamentaux de toute personne impliquée dans le procès, notamment l'accusé (respect de la dignité humaine, limitation des ingérences à la liberté personnelle, garantie des droits de la défense, etc. Il s'agit-là de la matière traitée lors du XII^e Congrès de l'A.I.D.P.) et la victime (sujet traité lors du XI^e Congrès de l'A.I.D.P.).

3.3. Actuellement, un aspect de l'efficacité de la procédure pénale mérite d'être tout particulièrement mis en relief: celui de l'accélération des procédures.

3.4. Enfin, l'administration de la justice étant au service de la paix sociale, la procédure pénale doit répondre à certaines exigences de transparence. Elle doit permettre d'affirmer valablement aux yeux du public la primauté du droit dans la Société.

4. *En marge, référence est faite aux Recommandations approuvées par le VII^e Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants (Milan, 1985) dont on rappellera les points suivants:*

«Les gouvernements devraient accorder un rang de priorité élevée à la prévention de la criminalité et à la justice pénale et, notamment, renforcer leurs moyens de prévention de la criminalité et prévoir l'affectation de ressources suffisantes»;

«Les gouvernements intéressés devraient coopérer au maximum dans le cadre d'arrangement bilatéraux et multilatéraux, en vue de renforcer les mesures de prévention de la criminalité et le processus

de justice pénale dans le cadre de programmes et de projets orientés vers l'action.»

II. QUESTIONNAIRE

1. *L'infrastructure de la justice pénale*

1.1. Justice pénale et budget de l'Etat.

L'importance attribuée par un Etat à l'administration de la justice et notamment de la justice pénale se traduit, entre autres, par le pourcentage des dépenses annuelles qui lui est attribué. Quel est ce pourcentage? Quelle est la réaction dans les milieux judiciaires, politiques et généraux quant à la situation? Y a-t-il des propositions de changement?

1.2. Les investissements relatifs aux infrastructures mises à la disposition de la justice pénale.

Quel est l'organe central compétent pour l'organisation et le contrôle du fonctionnement des moyens mis au service de la justice pénale (locaux, personnel principal et auxiliaire, équipement technique, etc.)?

2. *Les autorités et leurs rôles*

2.1. La nomination des magistrats professionnels.

Quels sont les critères et les méthodes de sélection et de nomination des magistrats professionnels (concours, élection, cooptation, désignation *ad personam*, etc.)?

Existe-t-il des raisons de croire que les différentes méthodes de sélection ont une incidence sur la qualité de la justice pénale?

2.2. La participation populaire à l'administration de la justice.

Quelles sont les formes de participation populaire à l'administration de la justice pénale? Est-elle limitée au premier degré de juridiction ou continue-t-elle au second degré? Dans quelle mesure l'intervention de juges laïques a-t-elle une influence sur les règles de la procédure et leur

application (administration des preuves, procédure d'instruction, réa-
sation du principe de l'immédiateté)?

Est-il possible d'identifier une tendance à l'augmentation ou à la
réduction du concours de juges non professionnels?

2.3. Juridictions spéciales.

Mise à part la juridiction des mineurs qui ne doit pas faire l'objet
de la présente discussion, existe-t-il des magistrats spéciaux en matière
pénale pour certaines catégories de délits ou de délinquants? Dans l'affirmative, ces magistrats spéciaux appliquent-ils la procédure pénale ordinaire ou une procédure pénale particulière?

2.4. La «Cour suprême».

La «Cour suprême» (cour de cassation, tribunal suprême, etc.) est-elle organisée de façon à exercer un contrôle effectif sur la légalité des jugements et des procédures? (On est prié de se référer aux problèmes pouvant découler de l'organisation, des modalités d'accès, du siège, de l'étendue du pouvoir de contrôle, etc.)

2.5. Le parquet.

Comment l'autorité d'accusation est-elle composée et organisée (structures hiérarchiques, coordination entre divers parquets) et quelle est sa position vers l'extérieur (voir 2.9. Infra)? Quelle est l'influence de cette organisation sur l'exercice de l'action pénale (légalité et opportunité des poursuites) et sur l'ensemble du déroulement de la procédure?

2.6. L'autorité de mise en accusation.

Existe-t-il un organe spécifique faisant le lien entre l'instruction préparatoire et la phase des débats devant le tribunal (tel que chambre d'accusation, chambre du conseil)? Dans l'affirmative, quelles sont les fonctions de cet organe et quelle est son influence tant sur l'instruction préparatoire que sur la procédure de jugement et, de manière générale, sur l'ensemble de la procédure?

2.7. La défense.

La défense doit-elle être considérée comme un élément de l'organisation judiciaire? Dans quelle mesure l'organisation judiciaire influence-t-elle les chances d'une défense effective?

2.8. Police judiciaire et autorité judiciaire.

Quelle est l'organisation de la police judiciaire? Quelle est en principe la fonction de la police judiciaire et quel rôle assume-t-elle en pratique? Comment fonctionne la coopération avec les autorités judiciaires (par exemple juge d'instruction, ministère public)? De quelle manière le rôle de la police judiciaire exerce-t-il une influence sur la réalisation des objectifs de la procédure pénale (cf. 1.3)?

2.9. Le ministre de la justice et la procédure pénale.

Dans quelle mesure le ministre de la justice peut-il intervenir dans l'administration de la justice pénale? Peut-il notamment donner des instructions au ministère public?

3. Différenciation et spécialisation de la procédure pénale

Au cours des dernières années, certaines manifestations criminelles, dont quatre seront identifiées ci-après, ont posé de nouveaux problèmes à l'administration de la justice pénale. Quelle réponse a-t-elle été donnée ou devrait-elle être donnée à ce défi? Dans quelle mesure s'agit-il de changer les dispositions de procédure, les structures organisatrices, les moyens mis à la disposition de la justice pénale ou d'autres secteurs? On est prié de discuter ces questions par rapport aux quatre catégories suivantes:

3.1. La «criminalité organisée» (lui a-t-il déjà été répondu par une «justice organisée»)?

3.2. La criminalité économique ou criminalité d'affaires.

3.3. La petite délinquance.

3.4. La criminalité internationale et transnationale.

4. Les tendances réformatrices

Quels sont les besoins de réforme de l'organisation judiciaire et de la procédure pénale? Mis à part les points soulevés ci-dessus, quels sont les domaines où les besoins de réforme se manifestent le plus?

Quel est l'effet espéré de ces réformes sur les objectifs de la procédure pénale (cf. 1.3)?

3.1. La «criminalité organisée» (lui a-t-il déjà été répondu par une «justice organisée»)?

3.2. La criminalité économique ou criminalité d'affaires.

3.3. La petite délinquance.

3.4. La criminalité internationale et transnationale.

4. Les tendances réformatrices

Quels sont les besoins de réforme de l'organisation judiciaire et de la procédure pénale? Mis à part les points soulevés ci-dessus, quels sont les domaines où les besoins de réforme se manifestent le plus?

Quel est l'effet espéré de ces réformes sur les objectifs de la procédure pénale (cf. 1.3)?

III. OBSERVATIONS MÉTHODOLOGIQUES (Commentaire général)

Il est évident que le sujet, objet de cette discussion, est pratiquement inépuisable. Aussi les auteurs du questionnaire ont-ils pris la décision de pratiquer une certaine sélection. Ils ont cependant laissé «carte blanche» aux rapporteurs nationaux en ajoutant la question n.º 4. Toutefois, le lecteur de ce questionnaire se rendra compte que le domaine couvert est déjà extrêmement vaste. En conséquence, deux possibilités sont offertes au Rapporteur National. Il peut:

— soit développer de manière approfondie quelques sujets sélectionnés,

— soit, de préférence, donner des réponses sous forme de synthèse à toutes les questions.

Il est rappelé que les discussions au sein de l'A.I.D.P. visent l'adoption d'un nombre de postulats sous forme de résolutions. L'aspect descriptif et comparatif auquel invite le sujet doit en conséquence aller de pair avec l'appréciation critique de la situation actuelle. Les objectifs de la procédure pénale, tels qu'ils ont été formulés sous 1.3, peuvent servir de point d'orientation. Les propositions à élaborer devraient à la fois tenir compte des idéaux et des possibilités de réalisation.

II. CONTESTACIÓN AL CUESTIONARIO

Que me fue remitido amablemente por el profesor Pisani (Milán) con las dos importantes indicaciones siguientes:

— *Per ragioni di carattere pratico (traduzione e stampa) i relatori sono pregati di limitare il loro contributo ad un massimo di 20 pagine dattiloscritte.*

— *I rapporti nazionali devono essere inviati prima del 15 maggio 1987 al relatore generale e all'organizzatore dell'Colloquio.*

FAUSTINO GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI
Catedrático de Derecho Procesal.
Universidad de Sevilla

SUMARIO:

III. Relaciones entre la organización judicial y el proceso penal. — II. Cuestionario: 1. La infraestructura de la justicia penal; 2. Organos, partes e intervinientes. Sus funciones; 3. Diferenciación y especialización del proceso penal; 4. Tendencias reformadoras. — III. Observaciones metodológicas: 1. Infraestructura y organización de la Justicia penal; 2. Partes e intervinientes: Funciones; 3. Diferenciación y especialización del proceso penal.

III. RELACIONES ENTRE LA ORGANIZACIÓN JUDICIAL Y EL PROCESO PENAL

II. Cuestionario

1. La infraestructura de la justicia penal

El presupuesto del Estado español para el año 1986 fue de 6.326.684.641.000 pesetas, y la partida correspondiente al Ministerio

de Justicia fue de 97.836.136.000 pesetas, lo que representa un 1,54 % del presupuesto general. (Fuente: Ministerio de Justicia.)

El presupuesto del Estado español para el año 1987 fue de 7.312.239.670.000 pesetas, y la partida correspondiente al Ministerio de Justicia fue de 111.326.366.000 pesetas, lo que representa un 1,52 % del presupuesto general. (Fuente: Ministerio de Justicia.)

La organización de los servicios de la justicia penal (edificios, equipamientos, etc.) depende de la Dirección General de Servicios del Ministerio de Justicia, con sede en Madrid.

Respecto a la reacción que suscitan estas cuestiones en los ambientes judiciales, políticos y en la opinión pública, nada mejor que reproducir la opinión del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) —órgano de autogobierno del poder judicial— que ha hecho pública recientemente una «Relación circunstanciada de las necesidades más urgentes de la Administración de Justicia a remitir al Gobierno de la Nación» (Boletín del CGPJ, enero 1987):

«El CGPJ reconoce que es evidente que en los últimos años se ha realizado un importante y estimable esfuerzo dirigido a la mejora, efectivamente conseguida, en las instalaciones materiales de un considerable número de órganos judiciales. No obstante, dada la entidad del problema y la magnitud de las necesidades, también es cierto que la obra de mejora y modernización no ha podido tener un alcance general ni aún predominante, por lo que todavía es fácil encontrar en casi todas las circunscripciones judiciales, locales ineptos, impropios y aún indignos para el ejercicio en ellos de la función judicial.

»Se propone la continuación de los programas llevados hasta ahora a efecto por el Ministerio de Justicia sobre el acondicionamiento de edificios e instalaciones judiciales, y la construcción de otros nuevos. Debe, de otra parte, intensificarse el programa de paulatina informatización de las oficinas judiciales, así como la dotación a las mismas de medios técnicos necesarios para el desarrollo de sus cometidos, lo que se revela especialmente necesario en materia de adscripción de fotocopiadoras» (p. 36).

«En muchas poblaciones, especialmente en las zonas rurales y en los pueblos de los alrededores de las grandes ciudades, los depósitos judiciales de detenidos mantienen un deficiente estado de conservación. También se han detectado situaciones de permanencia excesiva de los presos preventivos en tales dependencias, por la falta de agilidad de los mecanismos de traslado a las prisiones provinciales. En otras ocasiones, hay quejas sobre la insuficiente dotación para manutención de presos y detenidos. Finalmente, en muchos Juzgados se aprecia la inexistencia de Salas adecuadas para la estancia de los detenidos du-

rante el tiempo que han de permanecer en el Juzgado para la práctica de las correspondientes diligencias procesales» (p. 37).

Incluso la Relación del CGPJ, recoge cómo «se reiteran en los Juzgados las quejas relativas a la falta de libros adecuados y suficientes para el desempeño del trabajo encomendado. También es competente en esta materia el Ministerio de Justicia, que ciertamente en los últimos tiempos ya ha comenzado a preocuparse del envío de textos a los órganos judiciales. Se propone el mantenimiento y la intensificación de la actual política de remisión de textos legales a todos los órganos judiciales. Igualmente, debe acometerse un programa de creación de bibliotecas de obras doctrinales y de jurisprudencia en los Órganos Colegiados Territoriales y en los Decanatos» (pp. 37-38).

También encontramos en la Relación «quejas por la insuficiente dotación presupuestaria para indemnizaciones a testigos en procesos penales, lo que motiva frecuentemente la resistencia de los ciudadanos a testimoniar en los juicios orales». De otra parte, «la ausencia de intérpretes y peritos adscritos permanentemente a la función jurisdiccional es motivo de frecuentes reclamaciones por parte de numerosos jueces y magistrados, ya que en ocasiones da lugar a casos de auténtica indefensión o a la demora, incluso paralización del trámite de procedimientos penales...» (p. 37).

Igualmente, la Relación advierte «de la inseguridad comprobada que padecen muchas dependencias judiciales. Es preciso que por el Ministerio del Interior se arbitren las medidas necesarias para que los edificios judiciales estén suficientemente protegidos». Se reseña también «la insuficiente dotación de miembros de las Fuerzas de Seguridad, que existen por lo general en los edificios judiciales de las grandes poblaciones, lo que produce además de inseguridad, dilaciones en las tomas de declaraciones y otras diligencias judiciales que requieren que acuda el detenido al Juzgado correspondiente y que se dilatan por falta del personal citado» (p. 43).

2. Órganos, partes e intervinientes. Sus funciones

2.1. Es necesario y conveniente comenzar proclamando los principios constitucionales referentes al Poder Judicial y a la potestad jurisdiccional.

La Constitución Española de 1978 trata en su Título VI «Del Poder Judicial», y el art. 117.1 dispone que «La Justicia emana del pueblo y se administra en nombre del rey por jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la Ley». El art. 117.3 establece que «el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a

los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan».

El art. 122 también de la Constitución, habla que «La Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) determinará la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales, así como el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados de carrera, que formarán un cuerpo único, y del personal al servicio de la Administración de Justicia».

Para lo que ahora nos interesa, este último art. indica claramente que en España, «los jueces y magistrados son de carrera y que formarán un cuerpo único». Esto significa que son juristas y funcionarios, o sea, que además de ser licenciados en Derecho (cinco años de estudios universitarios) para llegar a ser juez deben superar después unas pruebas o examen convocados mediante concurso-público para ingresar en un cuerpo funcional del Estado.

En efecto, la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) de 1 de julio de 1985, que desarrolla los preceptos constitucionales, regula en su libro IV «De los jueces y magistrados». El art. 300 dice que la carrera judicial consta de tres categorías: 1) Magistrado del Tribunal Supremo. 2) Magistrado. 3) Juez; y el art. 301 que el ingreso en la carrera judicial por la categoría de juez se producirá mediante la superación de oposición libre y de las pruebas realizadas en el Centro de Estudios Judiciales previa convocatoria de las plazas vacantes. Pero, como novedad importante el mismo art. en su n.º 2 señala que «en cada convocatoria se reservará una tercera parte de las plazas que se convoquen para juristas de reconocida competencia quienes por concurso de méritos, accederán directamente al Centro de Estudios Judiciales». En este caso es preciso contar con seis años, al menos, de ejercicio profesional como jurista. También podrán ingresar en la carrera judicial por la categoría de magistrado del Tribunal Supremo o de magistrado, juristas de reconocida competencia, con más de veinte años (art. 345) o con más de diez años de ejercicio profesional (art. 311.1), respectivamente. Con excepción de estos supuestos la vía normal es la del concurso-oposición.

El Real Decreto 1924/1986, de 29 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Centro de Estudios Judiciales, regula en su art. 32 y ss. el proceso selectivo para el ingreso y los tipos de prueba. Los aspirantes que hayan superado la oposición o el concurso seguirán posteriormente un curso en dicho Centro de Estudios Judiciales y realizarán prácticas en un órgano jurisdiccional.

Las normas de la convocatoria por las que ha de regirse el acceso al Centro de Estudios Judiciales, los ejercicios y los programas, se aprobarán por el Ministerio de Justicia (art. 306 LOPJ).

El nombramiento se extenderá por el CGPJ mediante orden y con

la toma de posesión quedarán investidos de la condición de juez (art. 307 LOPJ).

La provisión de destinos de la carrera judicial se hará por concurso (art. 326 LOPJ). Una vez adquirida la categoría de magistrado, la presidencia de los Tribunales, excepto la del Tribunal Supremo, se proveen mediante concurso a propuesta del CGPJ, siendo nombrados por el Ministerio de Justicia por un período de cinco años (arts. 335, 336, 337 LOPJ).

Para estas propuestas de nombramiento, el CGPJ (en la Memoria Anual de 1986, p. 61), ha resaltado cómo en estos casos «en que se ejercen unas funciones de gobierno, los magistrados deben tener otras cualidades adicionales a las propias de su competencia profesional adecuadas a su misión, principalmente las de su autoridad moral y dotes de mando».

2.2. En la Administración de Justicia española salvo algún breve y poco fructífero período histórico, no ha existido una participación popular en los Tribunales. Por tanto, se carece de una tradición constante de esa experiencia social y jurídica. Sin embargo, la Constitución vigente de 1978, en su art. 125 dispone que «los ciudadanos... podrán participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la Ley determine...». Esa Ley futura que regulará la institución del Jurado todavía no se ha promulgado, y el propio Gobierno de la nación tampoco ha hecho público hasta ahora cuál de los modelos de Jurado de los países europeos o del norteamericano piensa tomar como modelo.

Otra forma de participación popular se contempla en la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) de 1985, que ha introducido una novedad importante con los Juzgados de Paz (arts. 99 y ss. LOPJ) que es el grado inferior en la Administración de Justicia española, y cuyos jueces no necesitarán ser juristas, es decir podrán ser jueces legos (art. 102 LOPJ).

Los jueces de Paz y sus sustitutos, «serán elegidos por el pleno del Ayuntamiento (Municipio) con el voto favorable de la mayoría absoluta de sus miembros, y para un período de cuatro años entre las personas que, reuniendo las condiciones legales así lo soliciten. Si no hubiere solicitante, el pleno elegirá libremente» (art. 101 LOPJ).

Las atribuciones que les vienen encomendadas a esos jueces de Paz, en el orden penal, «es la de conocer en primera instancia la sustanciación (procedimiento), fallo (Sentencia) y ejecución de los procesos por faltas (no delitos) que les atribuya la Ley; también en actuaciones penales de prevención, o por delegación y en aquellas otras que señalen las leyes» (art. 100.2 LOPJ).

Tampoco han sido desarrolladas legalmente estas previsiones referentes a los futuros jueces de Paz, por lo que ni han sido elegidos con arreglo a los criterios antes enunciados ni se ha concretado su ámbito de competencia ni el procedimiento a seguir.

Se puede concluir este apartado afirmando que en el futuro existirán dos formas de participación popular en la Administración de Justicia española, pero hasta ahora las leyes respectivas no se han promulgado.

2.3. Si este epígrafe se refiere a los llamados Tribunales especiales o de excepción, hay que responder que están expresamente prohibidos en la Constitución: «Se prohíben los Tribunales de excepción» (artículo 117.6).

Entendemos que este apartado se refiere a los jueces de designación especial para algunos tipos de delitos. En este sentido, la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim.) vigente de 1882, establece en su art. 304.I que «las Salas de Gobierno de las Audiencias Territoriales podrán nombrar también un juez instructor especial cuando las causas versen sobre delitos cuyas extraordinarias circunstancias o las del lugar y tiempo de su ejecución, o de las personas que en ellos hubiesen intervenido como ofensores u ofendidos, motivaren fundadamente el nombramiento de aquél para la más acertada investigación o para la más segura comprobación de los hechos».

«El nombramiento de jueces especiales de instrucción, será y habrá de entenderse sólo para la instrucción del sumario con todas sus incidencias. Terminado éste, se remitirá por el juez especial al Tribunal a quien según las disposiciones vigentes corresponda el conocimiento de la causa, para que la prosiga con arreglo a derecho» (art. 305 LECrim.).

El nombramiento de juez instructor especial se realiza sólo para instruir el sumario de la causa en esos supuestos especiales, ya que el juicio oral se sigue ante el Tribunal competente.

Si se piensa en la existencia de jueces o tribunales especiales para juzgar los delitos perpetrados por la actuación de bandas armadas y actividades terroristas, la respuesta es negativa, pues la Ley de 26 de diciembre de 1984 atribuye la instrucción, conocimiento y fallo de estas causas criminales en la jurisdicción ordinaria a la Audiencia Nacional (art. 11). Este Tribunal tiene su sede en Madrid y jurisdicción en toda España (art. 62 LOPJ).

Lo que sí acontece en el ámbito de esta Ley de 26-12-84, es una limitación o restricción en los derechos procesales de los detenidos y presos; incomunicaciones; incomunicaciones; práctica de registros domiciliarios; observación postal, telefónica y telegráfica, etc. (arts. 12 a 17). Pero, al mismo tiempo, la propia Ley establece una garantía y

control de todas estas medidas, pues el Gobierno informará al Parlamento, al menos cada tres meses, del uso que se hace y del resultado obtenido por la aplicación de las medidas adoptadas (art. 18.2).

2.4. El Tribunal Supremo español tiene cuatro Salas (art. 55 LOPJ).

La provisión de plazas en el Tribunal Supremo (art. 342 y ss. LOPJ) se hace a propuesta del Consejo General del Poder Judicial, y de cada cinco plazas de sus Magistrados, cuatro se proveerán entre miembros de la carrera judicial con diez años, al menos, de servicios en la categoría de magistrado y no menos de veinte en la carrera, y la quinta entre abogados y otros juristas de prestigio que hayan desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a veinte años (art. 343, 345 LOPJ).

El presidente del Tribunal Supremo lo es también del Consejo General del Poder Judicial, y será nombrado por el rey a propuesta del CGPJ, entre miembros de la carrera judicial o juristas de reconocida competencia, con más de quince años de antigüedad en su carrera o en el ejercicio de su profesión. Podrá ser reelegido y nombrado, por una sola vez, para un nuevo mandato (art. 123.1 LOPJ).

A la Sala Segunda vienen atribuidas el conocimiento de las causas penales, fundamentalmente a través del recurso de casación (art. 57 LOPJ). El recurso de casación ofrece dos modalidades con distintos motivos expresamente enunciados por el legislador: recurso de casación por infracción de Ley —vicios *in iudicando*— (art. 849 LECri.) y recurso de casación por quebrantamiento de forma —vicios *in procedendo*— (art. 850 LECri.).

En cuanto a las personas que podrán interponer el recurso de casación, el art. 854 LECrim. dispone que serán: «el Ministerio Fiscal, los que hayan sido parte en los juicios criminales, y los que sin haberlo sido resulten condenados en la Sentencia y los herederos de unos y otros».

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo desarrolla plenamente el control de la legalidad penal, creando su propia doctrina jurisprudencial y también acatando los pronunciamientos penales y doctrinales que va dictando el Tribunal Constitucional. En este punto hay que resaltar muy especialmente la labor que desde el año 1981 el Tribunal Constitucional viene desarrollando al conocer por la vía del recurso y cuestión de inconstitucionalidad y, sobre todo, por los recursos de amparo en materias tan importantes como los derechos procesales de los justiciables y las garantías de un justo y debido proceso (*due process of law*).

Por lo que respecta a los asuntos penales pendientes ante el Tribunal Supremo, «la situación es preocupante e incide muy negativamente en la eficiencia de la justicia». Según el Consejo General del Poder

Judicial: «Destaca la extraordinaria concentración de recursos de casación a resolver por la Sala segunda del Tribunal Supremo, determinante de cifras muy altas de causas de resolución definitiva, lo que no podrá evitarse con la actual plantilla pese al intenso trabajo desarrollado, ni tampoco sería suficiente una ampliación de la plantilla, por lo que habrá que pensar en otras soluciones, incluso la de reconsiderar la recurribilidad en casación» (Boletín de información del CGPJ, marzo 1987, p. 34).

2.5. *El Ministerio Fiscal.* El art. 124.2 de la Constitución dice que «el Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad».

Por el principio de legalidad el Ministerio Fiscal actuará con sujeción a la Constitución a las leyes y demás normas que integran el ordenamiento jurídico vigente (art. 6, de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, EOMF). Por el principio de imparcialidad el Ministerio Fiscal actuará con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que les estén encomendados (art. 7 EOMF).

El Ministerio Fiscal se integra con autonomía funcional en el Poder Judicial y ejerce su misión por medio de órganos propios (artículo 2 EOMF).

La carrera fiscal está integrada por las diversas categorías de fiscales que forman un cuerpo único, organizado jerárquicamente (art. 32 EOMF). El Ministerio Fiscal es único para todo el Estado. El fiscal general del Estado ostenta la Jefatura Superior del M.F. y su representación en todo el territorio español. A él corresponde impartir las órdenes e instrucciones convenientes al servicio y al orden interno de la Institución y, en general, la dirección e inspección del M.F. (artículo 22.1.2 EOMF). El fiscal general del Estado podrá impartir a sus subordinados las órdenes e instrucciones convenientes al servicio y al ejercicio de las funciones, tanto de carácter general como referidas a asuntos específicos (art. 25.1 EOMF).

El fiscal general del Estado será nombrado y cesado por el rey, a propuesta del Gobierno, oído previamente el CGPJ, eligiéndolo entre juristas españoles de reconocido prestigio con más de quince años de ejercicio efectivo de su profesión (art. 29 EOMF).

Las categorías de la carrera fiscal son las siguientes: 1.ª) Fiscales de Sala del Tribunal Supremo equiparados a magistrados del Alto Tribunal. El teniente fiscal del Tribunal Supremo tendrá la consideración de presidente de Sala. 2.ª) Fiscales equiparados a magistrados. 3.ª) Abogados-Fiscales equiparados a jueces (art. 34 EOMF).

El ingreso en la carrera fiscal se hará por oposición libre. El programa y los criterios de esta oposición serán análogos a los que se determinen para el ingreso en la carrera judicial (art. 42 EOMF).

Los funcionarios del M.F. tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la Ley, todas las acciones penales que consideren procedente, haya o no acusador particular en las causas, menos aquellas que el Código penal reserva exclusivamente a la querrela privada (art. 105 LECrim.). Es muy importante también señalar que en España «la acción penal es pública. Todos los ciudadanos españoles podrán ejercitar la acción penal con arreglo a las prescripciones de la Ley» (art. 101 LECrim.). Esto significa, «que todos los ciudadanos españoles, hayan sido o no ofendidos por el delito, pueden querrellarse, ejercitando la acción popular. También pueden querrellarse los extranjeros por los delitos cometidos contra sus personas o bienes, o las personas o bienes de sus representados» (art. 270 LECrim.). Coexisten, pues, dos sistemas en el ejercicio de la acción penal, el de oficialidad y el de oportunidad.

La intervención del M.F. en el curso de un procedimiento penal es muy amplia, ejerciendo sus muy diversas facultades según la fase procedimental de que se trate. Por ejemplo, en la fase de instrucción o sumario, «los jueces de instrucción formarán los sumarios de los delitos públicos bajo la inspección directa del fiscal del Tribunal competente (art. 306 LECrim.); podrá solicitar la práctica de las diligencias que estime oportunas en la fase de instrucción (art. 331 LECrim.); solicitar al juez instructor cuantas noticias desee sobre el estado y adelanto de los sumarios (art. 324.2); intervención en las cuestiones prejudiciales (art. 4 LECrim.); podrán promover y sostener cuestiones de competencia (art. 19 LECrim.); efectuar recusaciones de jueces y magistrados (art. 53 LECrim.); intervención en los autos en que se acuerde o se deniegue la prisión provisional o excarcelación (art. 501 y 518 LECrim.); igualmente, en la libertad provisional del procesado (art. 529 LECrim.); intervención en la conclusión del sumario (art. 622 y 627 LECrim.); petición de sobreseimiento (art. 642 LECrim.); calificación provisional del delito (art. 649, 650 LECrim.); celebración del juicio y práctica de las pruebas, informe oral (art. 734 LECrim.); interponer recurso de casación (art. 854 LECrim.), etc.

2.6. En el juicio ordinario por delitos, la fase de instrucción o sumario concluye cuando hayan sido practicadas las diligencias decretadas bien de oficio o a instancia de parte, y el juez instructor considere terminado el sumario. En este supuesto el mismo juez remitirá los autos y piezas de convicción al Tribunal competente para conocer del delito (art. 622 LECrim.). El procedimiento pasa entonces a la segunda fase que se celebra ante el Tribunal (Audiencia Provincial) en juicio

oral y público. No existe, por tanto, entre el juez instructor del sumario y el Tribunal que luego juzga y sentencia, ningún otro órgano que examine o revise la labor efectuada por el juez.

Lo que sí acontece es que el propio Tribunal va a llevar a cabo una tarea de examen y comprobación para ratificar la labor efectuada por el juez instructor, o bien ordenarle que se practiquen nuevas diligencias (art. 631.I LECrim.). Así, la doctrina ha podido indicar una «fase intermedia» entre la instrucción y el juicio.

En efecto, el auto de conclusión del sumario se notificará al querellante o acusador particular, al procesado y demás personas contra quienes resulte responsabilidad civil, y se pondrá también en conocimiento del Ministerio Fiscal (art. 623 LECrim.).

El Tribunal que recibe los autos y piezas de convicción, designa un magistrado ponente (art. 626 LECrim.). Luego se pasan los autos a instrucción del M.F. y del querellante. Al ser devueltos, acompañarán un escrito conformándose con el auto de conclusión del sumario dictado por el juez, o pidiendo la práctica de nuevas diligencias. En ese mismo escrito, si la opinión fuera de conformidad con el auto de terminación del sumario, se solicitará por el M.F., por el querellante lo que estimen conveniente a su derecho respecto a la apertura del juicio oral o al sobreseimiento (libre o provisional) (art. 627 LECrim.).

Informada la causa también por el magistrado ponente (art. 628 LECrim.), el Tribunal, dictará una resolución (auto) confirmando o revocando la resolución del juez instructor (art. 630 LECrim.). Si se revocare por el Tribunal dicho auto, se devolverá el proceso al juez instructor expresando las diligencias que hayan de practicarse (art. 631.I LECrim.). Si fuese confirmado por el Tribunal el auto declarando terminado el sumario, el Tribunal resolverá respecto a la solicitud del juicio oral o de sobreseimiento (art. 632 LECrim.).

2.7. Considerada la defensa o abogacía institucionalmente, hay que acudir a la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) que en su libro V trata «De las personas e instituciones que cooperan con la Administración de Justicia». En el título II de ese libro se contienen las principales disposiciones legales, diciendo el art. 436, que «corresponde en exclusiva la denominación y función de abogado al licenciado en derecho que ejerza profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico».

En su actuación ante los Juzgados y Tribunales, los abogados son libres e independientes, se sujetarán al principio de la buena fe, gozarán de los derechos inherentes a la dignidad de su función y serán amparados por aquéllos en su libertad de expresión y de defensa (art. 437.I LOPJ).

Es obligación de los poderes públicos la defensa y asistencia de

abogado, en los términos establecidos en la Constitución y en las leyes (art. 441 LOPJ).

Desde la perspectiva de los justiciables, la Constitución española de 1978 contiene dos preceptos fundamentales relacionados con la defensa. Así, el art. 24.2 que se refiere a las garantías procesales, indica que «todos (los ciudadanos) tienen derecho a la defensa y asistencia de letrado...». Y el art. 17 que se refiere básicamente a las garantías en un proceso penal, en el punto 3 dice textualmente «toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata y de modo que le sea comprensible de sus derechos y de las razones de su detención no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la Ley establezca».

La LECrim. desarrolla amplia y cumplidamente estos mandatos constitucionales en sus arts. 118 y 520.

El art. 118.I establece que «toda persona a quien se impute un acto punible, podrá ejercitar el derecho de defensa, actuando en el procedimiento cualquiera que éste sea, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquiera otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá de este derecho».

El párrafo III de este mismo artículo, habla que «para ejercitar el derecho de defensa las personas interesadas deberán ser representadas por procurador y defendidas por letrado, designándoseles de oficio cuando no los hubiesen nombrado por sí mismos y lo solicitaren, y en todo caso, cuando no tuvieran aptitud legal para verificarlo». Y el párrafo IV del mismo precepto, añade «si no hubiesen designado procurador o letrado, se les requerirá para que lo verifiquen o se les nombrará de oficio, si, requeridos, no los nombrasen, cuando la causa llegue a estado en que se necesite el consejo de aquéllos o haya de intentar algún recurso que hiciese indispensable su actuación».

El art. 520 2.c), indica que toda persona detenida o presa tendrá «derecho a designar abogado y a solicitar su presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales de declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto. Si el detenido o preso no designara abogado se procederá a la designación de oficio». Los núms. 4 y 6 de este mismo art. 520 detallan aún más pormenorizadamente los tipos y modos de esta asistencia y defensa que realizará el abogado.

La LECrim. regula también a partir del art. 119 los supuestos y el procedimiento a seguir para conseguir el beneficio de justicia y de defensa gratuita para todas aquellas personas que carezcan de recursos económicos.

2.8. La regulación que de la policía judicial hace la LECrim., es insuficiente, y, en general, aún es más desordenada en nuestro ordenamiento la regulación legal sobre la policía.

La LECrim. dedica un título completo a lo que llama «policía judicial» (art. 282 a 298), pero, en verdad, no la constituye un cuerpo único de funcionarios sino una amplia categoría de autoridades y funcionarios de diversos cuerpos y que, a pesar de lo que exige la Ley, no se hallan a disposición exclusiva y directa de los órganos jurisdiccionales y del M.F. sino que, antes al contrario, éstos pueden encontrarse en dificultades para obtener la colaboración de los funcionarios y fuerzas que están incluidos en la larga lista de componentes que «serán auxiliares de los jueces y Tribunales competentes en materia penal y del M.F., quedando obligado a seguir las instrucciones que de aquellas autoridades reciban, a efectos de la investigación de los delitos y persecución de los delincuentes» (art. 283).

La Constitución española en su art. 126 requiere que «la policía judicial depende de los jueces, de los Tribunales y del M.F. en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la Ley establezca». Esta Ley que se anuncia aún no se ha promulgado.

La Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) de 1985, en su art. 443 reitera que: 1) «La función de la P.J. comprende el auxilio a los Juzgados y Tribunales y al M.F....»; y agrega, «esta función competirá, cuando fueren requeridos para prestarlas, a todos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad tanto si dependen del Gobierno Central como de las Comunidades Autónomas o de los entes locales, dentro del ámbito de sus respectivas competencias». También se señala que «se establecerán unidades de P.J. que dependerán funcionalmente de las autoridades judiciales y del M.F. en el desempeño de todas las actuaciones que aquéllas les encomienden». 2) «Por Ley se fijará la organización de estas unidades y los medios de selección y régimen jurídico de sus miembros» (art. 444 LOPJ).

En la función de investigación penal «la Policía Judicial actuará bajo la dirección de los Juzgados y Tribunales y del Ministerio Fiscal» (art. 446 LOPJ).

Todas estas directrices aún no se han llevado a buen término por continuar existiendo esa dispersión legislativa de normas. De todas formas, hay que destacar que para la operatividad y eficacia de la tarea de los funcionarios que integren esas futuras unidades de la P.J., la LOPJ ha fijado ya un criterio importante, la regla de la inamovilidad policial. En efecto, el art. 446.2 dice que «los funcionarios de la P.J. a quienes se hubiera encomendado una actuación o investigación concreta dentro de las competencias (a que se refiere el art. 443) no podrán ser removidos o apartados hasta que finalice la misma o, en todo caso,

la fase del procedimiento judicial que la originó, si no es por decisión o con la autorización del juez o fiscal competente». Tampoco ha resuelto el problema la reciente promulgación de la Ley Orgánica de 13 de marzo de 1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, donde se dedica un capítulo especial (el 5.º del título II) a la «Organización de unidades de la Policía Judicial» (arts. 29 a 36).

En resumen, dichas unidades se organizarán con funcionarios que cuenten con la adecuada formación especializada, atendiendo a criterios territoriales y de especialización delictual, y se establece que «en el cumplimiento de sus funciones los funcionarios dependen orgánicamente del Ministerio del Interior y funcionalmente de los jueces, Tribunales o Ministerio Fiscal, que estén conociendo del asunto objeto de su investigación».

El CGPJ en la ya mencionada «Relación circunstanciada de necesidades más urgentes de la Administración de Justicia a remitir al Gobierno de la nación», señalaba que: «En general, los jueces y magistrados vienen expresando un evidente malestar respecto de sus relaciones con los Cuerpos de Seguridad del Estado, y que se concreta en las quejas por la ausencia de una auténtica Policía Judicial...» ... «Se considera, pues, extraordinariamente relevante para la cumplida y puntual administración de justicia penal, la rápida configuración de unidades especializadas de P.J. adscritas directamente a los Juzgados y Tribunales y bajo su plena dependencia funcional» (*Boletín de Información del CGPJ*, enero 1987, p. 37).

Hace dos meses el CGPJ emitió un informe sobre el Proyecto de Real Decreto de regulación de la Policía Judicial, en el que expresaba «el carácter favorable a la disposición proyectada» (*Boletín de Información del CGPJ*, abril 1987, p. 20).

2.9. Ministro de Justicia y proceso penal. Si la pregunta se refiere a su intervención concreta como parte «interesada» en un proceso penal la respuesta es negativa.

Cosa distinta es la relativa a las relaciones del M.F. con los poderes públicos. En este sentido el Gobierno podrá interesar del fiscal general del Estado que promueva ante los Tribunales las actuaciones pertinentes en orden a la defensa del interés público. La comunicación del Gobierno con el M.F. se hará por conducto del Ministerio de Justicia a través del fiscal general del Estado. Cuando el presidente del Gobierno lo estime necesario podrá dirigirse directamente al mismo (art. 8 LOPJ).

También se prevé que el fiscal general del Estado informe al Gobierno cuando éste lo interese y no exista obstáculo legal, respecto a cualquiera de los asuntos en que intervenga el M.F., así como sobre el funcionamiento, en general, de la Administración de Justicia. En caso

excepcionales podrá ser llamado a informar ante el Consejo de Ministros (art. 9.2 LOPJ).

3. Diferenciación y especialización del proceso penal

Ante las nuevas formas de criminalidad que acertadamente se indican en el cuestionario, el derecho penal español hasta ahora no ha dado una respuesta legal adecuada para combatir las.

3.1. La «criminalidad organizada». Podemos incluir fundamentalmente en este apartado la Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre, «contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas». La instrucción, conocimiento y fallo de las causas criminales por los delitos cometidos en el ámbito de aplicación de la presente Ley corresponde en la jurisdicción ordinaria a los Juzgados Centrales de Instrucción y a la Audiencia Nacional (art. 11). Estos órganos judiciales tienen atribuidas competencias en todo el territorio nacional.

Se discute doctrinalmente la conveniencia o no de esa atribución a un único órgano judicial en detrimento de los demás Juzgados y Tribunales.

3.2. Respecto a la «criminalidad económica», hay que citar la Ley Orgánica 2/1985, de 29 de abril, «de reforma del Código Penal en materia de delitos contra la Hacienda Pública». Para lo que nos interesa, se dio nueva redacción en el art. 349 al «delito de defraudación tributaria» o «delito fiscal», regulando una variedad de supuestos.

3.3. Ante estos supuestos cada vez más numerosos de infracciones penales de escasa entidad o significación económica, ni en el Código Penal ni la Ley de Enjuiciamiento Criminal se regula nada parecido a otras legislaciones europeas.

3.4. Igual respuesta negativa merece lo que atañe a la «criminalidad internacional o transnacional», aunque en estos casos y desde un punto de vista procesal, hay que resaltar los deseos expresados por el presidente del Gobierno y los ministros de Justicia e Interior, de contribuir a que sea pronto una realidad el denominado «espacio judicial europeo», para combatir eficazmente las gravísimas formas de criminalidad organizada «internacionalmente», de modo especial en materias de terrorismo y tráfico de estupefacientes.

4. Tendencias reformadoras

Desde un punto de vista general, la principal exigencia viene dada por la necesidad de elaborar una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal o Código Procesal Penal. La Ley actualmente vigente es de 1882, y las condiciones políticas, culturales, sociales, etc., en la sociedad española de hoy son obviamente muy diversas y distintas a las de hace un siglo.

Las modificaciones que el legislador ha ido introduciendo a lo largo del tiempo para «acomodarlas», periódicamente, a las nuevas exigencias han ido desvirtuando el «espíritu» y el «texto» de la Ley, incorporando otros tipos de procedimientos y principios antagónicos con aquella.

Además, la Constitución española de 1978, con el sistema de principios y garantías procesales que establece demanda que los mismos sean el punto de partida para llevar a cabo esa nueva tarea junto con los principios y jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y demás tratados y convenios internacionales suscritos por España y, por consiguiente, vinculantes también para los Tribunales y práctica forense, como derecho interno.

Esta formidable tarea en la que están prácticamente conformes, estudiosos, jueces y profesionales del foro, todavía se hace más urgente y necesaria tras la promulgación de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) de 1985, por las innovaciones orgánicas y funcionales que ha introducido en la Administración de Justicia, aunque como ya hemos expuesto en otros apartados, no se hayan desarrollados aún por el legislador ordinario muchos de sus preceptos.

Concretando estos deseos respecto a los fines del proceso penal que se mencionan en el cuestionario (I.3), y sobre los que mostramos plena conformidad, se pueden sintetizar en que se administre la justicia penal de forma rápida y sin merma de los derechos y garantías de los ciudadanos.

La Constitución también reconoce paladinamente estos deseos cuando proclama como derecho en su art. 24.2 el que «todos (los ciudadanos) tienen a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías». La aceleración de la justicia con el respeto ineludible de los derechos y garantías procesales, es lo que hace que la justicia, es decir, la Administración de Justicia, sea eficaz. Sin embargo, es una realidad fácilmente constatable en la sociedad española que esto no sucede así.

El presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial ha podido afirmar: «Se aprecia con relación a ella (la eficacia) un estado de cosas suficientemente amplio y significativo, aunque no general y absoluto, como para dar lugar a una grave preocu-

pación y a la necesidad de ponerle término» (*Boletín de Información del Consejo General del Poder Judicial*, marzo 1987, p. 5).

Creemos que los derechos y garantías constitucionales y procesales de los justiciables están plenamente garantizados en nuestra legislación penal. No ocurre igual con la aceleración de los distintos procedimientos penales. Son muy complejas las causas de esta lentitud para poder enumerarlas en este lugar, pero de entre ellas sobresalen: la necesidad de reducir los tipos procedimentales; escasez de personal judicial; la oficina judicial carece de una racionalización congruente con las necesidades del servicio y de informatización; carencia de medios materiales suficientes; incremento de la criminalidad, etc.

III. Observaciones metodológicas

De todo lo anteriormente expuesto podemos resaltar y resumir los siguientes extremos.

1. Infraestructura y organización de la Justicia Penal.

Sintentizamos la situación actual española con la opinión expresada por el Consejo General del Poder Judicial en su Memoria anual, año 1986: «Siendo la justicia un servicio público que presta directamente el Estado, es condición relevante de la misma que su actuación sea eficaz... Es frecuente equiparar la eficacia de la Administración de Justicia con la rapidez. Sin negar que ésta es su manifestación más elemental... el análisis del actual estado de cosas pone de relieve que el servicio público de la justicia no se presta con el grado de eficacia requerido» (p. 12). Entre las causas desencadenantes de este hecho, destacamos:

- «Las constantes carencias de dotaciones económicas adecuadas en las consignaciones presupuestarias que han antepuesto otros intereses del Estado al de la Justicia» (p. 12).
- «En la necesidad de atender a un volumen de trabajo desproporcionado en relación con los medios humanos y materiales disponibles, lo que da lugar, en ocasiones, a disfuncionalidades y prácticas recusables» (p. 12).
- «Instalaciones defectuosas impropias por la inadecuación de los locales» (p. 13).
- «La informatización, está irrumpiendo con lentitud y de un modo fragmentario en la Administración de Justicia, con el inconveniente de la falta de uniformidad de criterios» (p. 13).

2. Partes e intervinientes: Funciones.

Hasta que no se produzca la necesaria elaboración de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal o Código Procesal Penal, por los motivos antes apuntados, es necesario desarrollar legalmente: la participación popular en la Administración de Justicia prevista en el art. 125 de la Constitución. Aunque quizá sea más razonable para su meditada y ordenada introducción en el sistema del futuro proceso penal esperar la promulgación de la nueva Ley.

Por lo que se refiere a los jueces, Ministerio Fiscal, y defensores nos remitimos a las observaciones ya expuestas.

Lo que sí resulta verdaderamente urgente es la articulación de una efectiva y operativa Policía Judicial, a las órdenes de la Autoridad Judicial, como ya dijimos.

3. Diferenciación y especialización del proceso penal.

En este punto ni el Derecho penal ni el Derecho procesal penal dan soluciones positivas y eficaces a estas nuevas formas de criminalidad que se mencionan en el cuestionario.

En materia de terrorismo y tráfico de drogas se cuentan con normas penales y procesales muy polémicas. Ya expusimos la normativa referente a la lucha antiterrorista y bandas armadas. Recientemente, el Ministro de Justicia ha anunciado el propósito de derogar la existente y proceder a la elaboración de una nueva Ley antiterrorista.

En los supuestos de tráfico de drogas o estupefacientes, hay un fiscal especial que coordina nacionalmente la lucha contra dichas formas de criminalidad organizada, con escasos resultados.

Hasta ahora son insuficientes las medidas para combatir los delitos de tipo económico, sobre todo en su vertiente internacional, y no se contemplan legalmente los supuestos de la llamada «criminalidad bagatelar» o de escasa significación patrimonial.

PARA MEJOR PROVEER

EL DEPÓSITO PARA EL RECURSO DE CASACIÓN LABORAL POR LA ABOGACÍA DEL ESTADO

PEDRO LUIS SERRERA CONTRERAS
Letrado del Estado

SUMARIO:

I. Normativa de procedimiento laboral. — II. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. — III. La doctrina del Tribunal Supremo. — IV. Normativa del Cuerpo de Abogados del Estado. — V. Crítica del Texto Refundido de 1980. — VI. Referencia a la Ley General Presupuestaria.

1. NORMATIVA DE PROCEDIMIENTO LABORAL

La Ley de 22 de diciembre de 1949 reformó la Jurisdicción laboral modificando sobre todo las normas sobre los recursos de suplicación y casación. Ello hasta tanto se promulgara una Ley de Enjuiciamiento Laboral entonces en estudio.

Aquella Ley contenía unas disposiciones comunes a los recursos de suplicación y casación. Entre ellas estaba el artículo 25 que transcribimos íntegro, pues es el objeto de estas líneas.

«Art. 25. Todo el que sin ostentar el concepto de trabajador o causahabiente suyo intente interponer recurso de suplicación o casación y no esté declarado pobre para litigar, consignará como depósito:

»a) 250 pesetas, si se trata del recurso de suplicación. b) 500 pesetas por cada uno de los de casación.

»Los depósitos se constituirán: para la suplicación, en una cuenta corriente que al efecto, y bajo la denominación de "Recursos de suplicación", abrirá cada Magistratura en una Caja de Ahorros Popular, de las que estén domiciliadas en el lugar donde resida aquélla, entregán-

dose el resguardo en la Secretaría al tiempo de interponer el recurso; para los de casación, en la Caja General de Depósitos, entregando el resguardo en la Secretaría del Tribunal Supremo al personarse el recurrente.

»Si no se constituyen estos depósitos en la forma indicada anteriormente, los recursos se declararán desistidos. El Estado queda exento de constituirlos, pero no los organismos dependientes de él que tengan régimen económico autónomo, salvo los que expresamente gocen del beneficio legal de pobreza. Asimismo estará exenta la Abogacía del Estado en las representaciones que legalmente le correspondan.»

Esa regulación pasó al Texto Refundido de Procedimiento Laboral aprobado por Decreto de 4 de julio de 1958 donde vino a constituir el artículo 178 del mismo. En el nuevo Texto Refundido aprobado por el Decreto 149 de 1963, de 17 de enero, la norma pasa a ser el artículo 185 de tal Texto. Un posterior Texto Refundido se aprueba por Decreto 909 de 1966, de 21 de abril y en el precepto que examinamos pasa a ser el artículo 181. En el siguiente Texto Refundido aprobado por Decreto 2381 de 1973, de 17 de agosto, el mismo precepto sigue siendo el artículo 181.

Ya en un nuevo régimen político se llega a un texto trascendental en materia laboral que es el Estatuto de los Trabajadores objeto de la Ley 8 de 1980, de 10 de marzo. Tras las importantes reformas introducidas en el Derecho del Trabajo, no puede extrañarnos la disposición final 6.ª que decía:

«6.ª El Ministro de Trabajo someterá a la aprobación del Gobierno, en el plazo de seis meses, previo dictamen del Consejo de Estado, un nuevo texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, en que se contengan las modificaciones derivadas de la legislación posterior a la misma, se establezcan las condiciones adecuadas en orden a una perfecta y eficaz regulación del procedimiento laboral y se eleven las cuantías de los depósitos y sanciones que en dicho texto se prevén, regularizando, armonizando y aclarando los textos legales que han de ser refundidos.»

Fruto de esa autorización es el Real Decreto Legislativo n.º 1568 de 1980, de 13 de junio que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral. La norma de que venimos tratando es también el artículo 181 que transcribimos:

«Art. 181. Todo el que sin ostentar el concepto de trabajador o causahabiente suyo intente interponer recurso de suplicación o casación y no esté declarado pobre para litigar, consignará, como depósito:

»a) 2.500 pesetas, si se trata de recurso de suplicación, y b) 5.000 pesetas por cada uno de los de casación.

»Los depósitos se constituirán: Para los de suplicación en una cuenta corriente que, al efecto, y bajo la denominación de "Recursos

de suplicación" abrirá cada Magistratura en una Caja de Ahorros o establecimiento bancario de los que estén domiciliados en el lugar donde resida aquélla, entregándose el resguardo en la Secretaría al tiempo de interponer el recurso; para los de casación, en la Caja General de Depósitos, entregando el resguardo en la Secretaría del Tribunal Supremo al personarse el recurrente.

»Si no se constituyen estos depósitos en la forma indicada anteriormente, los recursos se declararán desistidos. El Estado queda exento de constituirlos, pero no los Organismos dependientes de él que tengan régimen económico autónomo, salvo los que expresamente gocen del beneficio legal de pobreza.»

Si comparamos esta redacción con la de la Ley de 1949 que iniciaba estas líneas, comprobaremos una diferencia primera en las cuantías del depósito. Pero sobre todo la fundamental es que se ha suprimido aquel último inciso según el cual «asimismo estará exenta la Abogacía del Estado en las representaciones que legalmente le correspondan». Esta supresión es la que motiva las presentes reflexiones.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Antes de entrar de lleno en las mismas vamos a detenernos en la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el depósito para recurrir en casación. Su finalidad queda expresada en el Fundamento de Derecho 4.º de la Sentencia n.º 53 de 1983, de 20 de junio, recaída en el recurso de amparo 22 de 1983 (ponente señor Arozamena). He aquí el razonamiento del Tribunal:

«La carga del depósito no está desprovista —en el caso del artículo 181 LPL o, en sus equivalentes, en otros textos procesales— de fundamento y, a este respecto, se ha aducido que es medida tendente a asegurar la seriedad de los recursos de corte extraordinario o reprimir la contumacia del litigante vencido, imponiendo, con este designio, una moderada carga que no afecta al contenido esencial del derecho. No puede decirse, por esto, que la ordenación de los recursos de casación o de suplicación laboral, sujetándola a una carga económica bien moderada y complementado por un sistema de exención que comprende a los trabajadores en todo caso y a los empresarios cuando gocen del beneficio fiscal de pobreza, prive del derecho a la tutela jurisdiccional o afecte a la esencia de este derecho, pues, además de imponerse para acudir a recursos extraordinarios, no impide estos recursos ni los condiciona a exigencias exorbitantes.»

En otro caso se había planteado si la exigencia del depósito sólo a una de las partes era atentatoria al principio de igualdad reconocido en la Constitución. Ello se niega en la Sentencia 65 de 1983, de 21 de

agosto, recaída en el recurso de amparo 438 de 1982 (ponente señor Gómez Ferrer). El Fundamento de Derecho tercero contiene el razonamiento:

«Y si esta interpretación del principio de igualdad conducía entonces a declarar conforme a la Constitución la disparidad que establece el artículo 170 de la LPL, la misma conclusión ha de llevarnos ese modo de razonar al examinar la que se contiene en el artículo 181 de la Ley de Procedimiento Laboral. La carga de depósito que establece dicho precepto no está desprovista de fundamento ni es en absoluto exorbitante, sino más bien moderada en su cuenta, y si se exime de ella al trabajador y a sus causahabientes —y también a los legalmente declarados pobres—, ello se explica en función de razones objetivas, porque responde —con carácter general, como es propio de la Ley— a desigualdades que dicha exención trata, al menos parcialmente, de moderar.»

También se ocupó del depósito para recurrir en casación laboral la Sentencia n.º 19 de 1983, de 14 de marzo, recaída en el recurso de amparo 278 de 1982 (ponente señor Gómez Ferrer). Hubo un defecto formal en la constitución del depósito por la Diputación foral de Navarra, pues lo hizo a disposición de la Magistratura y no al Presidente del Tribunal Supremo.

Pero la resolución de tenerla por desistida de tal recurso fue excesiva y contraria al principio de tutela judicial, pues la intención de recurrir de la Diputación había quedado clara.

También alegaba tal Diputación que estaba exenta de constituir el depósito al amparo del artículo 661, apartado 4, del Texto Refundido de la Ley de Régimen Local, pues también ella era un ente local. No obstante el tribunal no entra en el problema de la colisión entre dicho precepto y el artículo 181 de la Ley de Procedimiento Laboral que vemos comentando.

3. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Veamos, pues el criterio del Tribunal Supremo sobre la exención de constitución del depósito a favor de los organismos estatales. La primera es la de 6 de julio de 1962 (R.A. 2973) en que la Abogacía del Estado compareció en nombre de un Montepío de funcionarios y formuló recurso de casación. Ante la alegación de la contraparte de que no había constituido el depósito el Tribunal Supremo contesta:

«Que no siendo combatible en el momento presente la personalidad del señor Abogado del Estado —según se ha precisado con anterioridad— carecen de validez las argumentaciones del incidentista fundadas en el artículo 178 del ordenamiento citado, pues claramente es-

tablece, en su último inciso, que está exento de consignar el depósito de 500 pesetas la Abogacía del Estado, precepto que armoniza con el artículo 57 del Reglamento Orgánico del Cuerpo de Abogados del Estado que les exime de constituir depósitos para interponer recurso; por cuyos motivos procede desestimar la demanda incidental.»

Otra sentencia interesante es la de 27 de abril (R.A. 2609). Un Ayuntamiento interpuso recurso de casación sin constituir el depósito de la cantidad a que había sido condenado. El trabajador alegaba que el recurso debió darse por desistido. A ello atiende el Tribunal Supremo con este razonamiento:

«Motivo que no puede prosperar, dado que, conforme al art. 641, núm. 4, de la Ley de Régimen Local, que establece la excepción de las "Corporaciones Locales" de constituir depósitos, fianzas y cauciones, dicha Corporación no está obligada a efectuar el depósito referido, por actuar como tal Corporación y no como empresa, según alega el recurrente.»

Mayor interés tiene la Sentencia de 11 de noviembre de 1983 (R.A. 5590). El Abogado del Estado recurrió en casación en nombre de la Administración turística española. El recurrido alegó que no se había constituido el depósito y que ello era obligatorio al haberse suprimido en el artículo 181 la última mención sobre exención de la Abogacía del Estado en las representaciones que le corresponden y al recurrir en nombre de un organismo que tiene régimen económico autónomo del Estado. El Tribunal Supremo rechaza esta alegación:

«Impugnación que no es viable, porque si bien es cierto que la vigente Ley de Procedimiento Laboral omite el último párrafo del art. 181 que contenía la anterior: "...asimismo está exenta la Abogacía del Estado en las representaciones que legalmente le correspondan", no se puede desconocer que sigue en vigor el art. 57 del Reglamento Orgánico del Cuerpo de Abogados del Estado, que los releva de la obligación de depósito alguno en las representaciones que legalmente les correspondan.»

Sin embargo, un cambio de criterio aparece en la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1984 (R.A. 830). El Abogado del Estado interpuso recurso de casación en nombre de la «Administración turística española» sin constituir depósito. El Tribunal hace referencia a que en el artículo 181 de la Ley de Procedimiento Laboral de 1980 había desaparecido el último inciso que se confirma en la de 1973. Y concluye:

«Según ello, siendo la Administración Turística Española demandada un Organismo Autónomo adscrito al Ministerio de Turismo-R.D. 2677/1977 de 6 de octubre —y teniendo tales organismos "personalidad jurídica" y patrimonio propio independiente de los del Estado —art. 2 de la Ley General de 26 de diciembre de 1958— sin que en la Adminis-

tración institucional exista concedido *ex lege* beneficio de pobreza, que tampoco lo tiene reconocido específicamente la Administración Turística Española, sin que vengan exentos los entes institucionales —cual lo están las Corporaciones Locales según el artículo 661, 4 de la Ley General de Régimen Local, de 24 de junio de 1955— de prestar cauciones, fianzas o depósitos ante Tribunales, es claro que a tenor del artículo 181 de la L.Pro.Lab. procede de oficio —al tratarse de tema procesal de orden público de derecho necesario— tener por desistido al recurrente.»

Análoga doctrina se contiene en la Sentencia de 21 de febrero de 1984 (R.A. 897) referida a recurso interpuesto en nombre del Instituto de la Juventud y Promoción Comunitaria que es organismo autónomo de carácter comercial. Para el mismo Instituto se reitera tal criterio en la Sentencia de 3 de mayo de 1983 (R.A. 2953).

La relación la cerramos con la sentencia de 19 de septiembre de 1985 (R.A. 4328) sobre recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado en nombre de Radio Televisión Española. El actor alegó falta de constitución del depósito previsto en el artículo 181. El Tribunal Supremo lo rechazó.

«Tal pretensión no puede prevalecer ya que esta Sala ha declarado, entre otras resoluciones en Auto de 22 de enero de 1983, que atendido lo que disponen los artículos 1, 5, 17, 18 y 34 de la Ley de 10 de enero de 1980 que aprueba el Estatuto de Radiodifusión y Televisión, los medios de comunicación en él regulados quedan configurados como servicio público esencial y como entidad de derecho público cuya titularidad corresponde al Estado, así como es íntegramente estatal su capital; lo que determina que la Jefatura de los servicios jurídicos tanto del propio Ente Público como de las Sociedades, también estatales a las que compete la gestión, esté atribuida a un Abogado del Estado nombrado por el Ministerio de Hacienda, según dispone el artículo 7 del Real Decreto de 31 de julio de 1980. Es claro, pues, y así lo expresa la citada doctrina, que tan repetido Ente Público está exento de las obligaciones que previenen la consignación de depósito los expresados artículos de la Ley de Procedimiento Laboral.»

4. NORMATIVA DEL CUERPO DE ABOGADOS DEL ESTADO

Tras haber analizado la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo y porque alguna Sentencia lo cita, bueno será hacer referencia al Reglamento Orgánico de la Dirección General de lo Contencioso del Estado aprobado por Decreto de 27 de agosto de 1943. Su art. 57 establece:

«El Abogado defensor del Estado tendrá igualmente su represen-

tación en juicio, sin necesidad de valerse de Procurador ni de usar otro papel que el de oficio en los escritos y actuaciones que se practiquen a su instancia, ni de satisfacer derechos a peritos, auxiliares o subalternos de los Tribunales, así como tampoco estará obligado a garantizar previamente, con depósito o caución, el ejercicio de acciones o la interposición de recursos, aunque por la Ley se hallen sujetos a dicha formalidad.»

Pues bien lo fundamental es que tal precepto reproduce sustancialmente el apartado 2 del art. 8 del Estatuto de la Dirección General de lo Contencioso del Estado aprobado por Real Decreto Ley de 21 de enero de 1925. Ya el autor de estas líneas abogó por el rango legal de tal norma. Pero el asunto ha quedado zanjado en el mismo sentido tras la obra «La defensa en derecho del Estado» de Sebastián Martín Retortillo. A ella nos remitimos.

5. CRÍTICA DEL TEXTO REFUNDIDO DE 1980

Queda, pues por concluir sobre la supresión del último inciso del artículo 181 de la Ley de Procedimiento Laboral operada en el Texto Refundido de 1980. A nuestro juicio tal supresión carece de apoyo legal, puesto que aquella norma (que declaraba exceptuada a la Abogacía del Estado cuando actuaba en sus peculiares representaciones) estaba consagrada con rango legal en el artículo 25 de la Ley de 22 de diciembre de 1949.

Así se mantuvo en los sucesivos Textos Refundidos. El de 1980 estaba motivado por la aprobación del Estatuto de los Trabajadores que ni de lejos se refiere al tema del depósito para recurrir en casación. Ha habido, pues una extralimitación en la refundición y hay que entender que el precepto de la Ley de 1949 sigue vigente, pues ninguno otro de igual rango lo ha derogado.

Por otra parte la exención ha sido reconocida a favor de los Entes Locales. Así en el Texto Refundido de las normas legales vigentes en materia de Régimen Local aprobado por el Real Decreto legislativo 781 de 1986 de 18 de abril, el apartado 5 del artículo 182 establece: «Las entidades locales estarán exceptuadas de la presentación de cauciones, fianzas o depósitos ante los Tribunales de cualquier jurisdicción y organismos de la Administración.»

Por lo que hace a las Comunidades Autónomas, el artículo 43 del Estatuto Andaluz en su apartado 3 contempla el supuesto: «La Comunidad Autónoma estará exenta de prestar cauciones o depósitos para ejercitar acciones o interponer recursos.» La norma es perfectamente aplicable a la casación laboral.

Pues bien, resultaría paradójico que cuando el Tribunal Constitu-

cional desde su primera Sentencia proclamaba la posición de supremacía en que el Estado se encontraba frente a los Entes Locales y a las Comunidades Autónomas, todas éstas gozaran de aquella exención y en cambio no la tuvieran los órganos autónomos estatales representados en juicio por la Abogacía del Estado.

6. REFERENCIA A LA LEY GENERAL PRESUPUESTARIA

Finalmente no hay que olvidar la extraordinaria repercusión que en esta materia tiene la Ley General Presupuestaria n.º 11 de 1977 de 4 de enero. Su artículo 4 clasifica los organismos autónomos y declara que los mismos se regirán por dicha Ley. Es decisivo el artículo 2, según el cual:

«La Hacienda Pública, a los efectos de esta Ley, está constituida por el conjunto de derechos y de obligaciones de contenido económico cuya titularidad corresponde al Estado o a sus Organismos autónomos.»

A su vez el artículo 38 de la misma preceptúa:

«La representación y defensa de la Hacienda Pública ante los Jueces y Tribunales corresponde a los Abogados del Estado, bajo la dependencia y directrices de la Dirección General de lo Contencioso del Estado, conforme a las disposiciones de su Estatuto Orgánico y demás disposiciones que regulen la actuación en juicio.»

Y hay que tener en cuenta que tal Estatuto orgánico es el aprobado por Real Decreto Ley de 21 de enero de 1925 que contenía la exención de la Abogacía del Estado de constituir cauciones o depósitos.

Por todo ello nuestra conclusión es tajante. Cuando la Abogacía del Estado actúa en las representaciones que le corresponden, está exenta de constituir depósito para recurrir en casación. El silencio del Texto Refundido de 1980 no ha podido derogar el mandato expreso de la Ley de 1949, máxime cuando entretanto la Ley General Presupuestaria había zanjado el problema en el mismo sentido. Coincidente es también el tenor de las normas reguladoras de la Dirección General de lo Contencioso del Estado. Y la posición de supremacía de los Organismos estatales debe conducir a idéntica conclusión. Tal es al menos nuestro parecer que sometemos gustosamente a cualquier otro mejor fundado.

EXEQUATUR DE TITULOS PUBLICADOS

REVISTA DE REVISTAS Y OBRAS COLECTIVAS (1985-I)

I. DERECHO PROCESAL GENERAL, PODER JUDICIAL Y ORGANIZACIÓN DE TRIBUNALES

A) España

- ALONSO HORCADA, M. L., «Aplicación del Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 de supresión de la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros: algunos aspectos recientes de la práctica española», *La Ley*, 1985, pp. 1094 y ss.
- CASADO COCA, P. M., «Nomenclatura y notación de la legalidad relativa al gobierno de la abogacía española», *La Ley*, 1985, pp. 1212 y ss.
- EDITORIAL, «Ya tenemos LOPJ», *Justicia*, 1985, pp. 517 y ss.
- GARBERI LLOBREGAT, J., «Aproximación a la problemática de los Tribunales Supremos de Justicia de las Comunidades Autónomas», *La Ley*, 1985, pp. 1287 y ss.
- LORCA NAVARRETE, A. M., «Notas para una introducción al Derecho procesal orgánico», *La Ley*, 1985, pp. 1284 y ss.
- MANRIQUE LÓPEZ, F., «La judicialización de la relación jurídica de Seguridad Social y los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas», *La Ley*, 1985, pp. 1073 y ss.
- MARTÍNEZ RUIZ, L. F., «Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales», *Justicia*, 1985, pp. 117 y ss.
- PEDRAZ PENALVA, E., «Reflexiones sobre el Poder Judicial y el PLOPJ», *La Ley*, 1985, pp. 1119 y ss.
- , «Notas sobre el Secretariado en el proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial de 23 de febrero de 1985», *La Ley*, 1985, pp. 1030 y ss.
- POMARON BAGÜES, J. M., «La aportación al proceso de pruebas obtenidas ilícitamente y el secreto de las comunicaciones. Comentario de jurisprudencia», *La Ley*, 1985, pp. 1 y ss.
- RAMOS MÉNDEZ, F., «Un retraso de dos años en dictar sentencia no constituye dilación indebida», *Justicia*, 1985, pp. 427 y ss.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Notas sobre la situación actual de la Administración de Justicia en el ámbito procesal civil», *Justicia*, 1985, pp. 7 y ss.

- SOMMERMANN, K.-P., «Der Defensor del Pueblo: ein spanischer Ombudsman», *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1985, pp. 267 y ss.
- SPERANZA, R., «Considerazioni sulle proposte di riforma per la rotazione degli incarichi direttivi negli uffici giudiziari», *La Giustizia Penale*, 1984, I, pp. 285 y ss.
- SPIEB, «Zur Einschränkung der Irrtumsanfechtung», *Juristenzeitung*, 1985, pp. 593 y ss.
- STRUCKMEIER, W., «Nochmals: Humanisierung der Gerichtsorganisation und moderne Bürotechnologie», *Deutsche Richterzeitung*, 1985, pp. 13 y ss.
- TRANGOLO, G., «Vizio logico di motivazione e razionalità della sentenza», *La Giustizia Penale*, 1984, III, pp. 43 y ss.
- UNIONE GIURISTICI CATTOLICI DI TRENTO, «È lecito per il giudice avere una coscienza?», *Iustitia*, 1985, 3, pp. 371 y ss.
- VARIOS AUTORES, «Unzeitgemäßes an den Obersten Gerichtshöfen des Bundes», *Deutsche Richterzeitung*, 1985, pp. 99 y ss.
- , «Unverfrorenes zum Unzeitgemäßes», *Deutsche Richterzeitung*, 1985, pp. 465 y ss.
- WAGNER, H.-J., «Zur Zulässigkeit der Beschlagnahme von Behördenakten und zum Schutz personenbezogener Daten Unbeteiligter bei der Beschlagnahme», *Deutsche Richterzeitung*, 1985, pp. 16 y ss.
- WAGNER, V., «Der zänkische Bevollmächtigte oder Die Gerichtssprache ist juristisch», *Juristenzeitung*, 1985, pp. 620 y ss.
- WASSERMANN, R., «Kunst am Justizbau - eine Gemeinschaftsaufgabe für Künstler, Baubehörden und Justizverwaltung», *Deutsche Richterzeitung*, 1985, pp. 428 y ss.
- WASSNER, F., «Wie man den richtigen Sozialrichter anruft», *Deutsche Richterzeitung*, 1985, pp. 38 y ss.
- WINTERS, K.-P., «Überlastung der Justiz - ein Phantom», *Deutsche Richterzeitung*, 1985, pp. 34 y ss.
- WITTHAUS, R. E., «La Ley de Organización de los Tribunales de la República Federal de Alemania», *Doctrina Penal*, 25, 1984, pp. 115 a 169.
- ZUCK, «Die Beseitigung groben prozessualen Unrechts», *Juristenzeitung*, 1985, pp. 921 y ss.

II. DERECHO PROCESAL CIVIL

A) España

- ALAMILLO SANZ, F., y GALINDO MALO, J., «Arrendamientos sometidos al Código Civil y a la ley especial», *La Ley*, 1985, pp. 1108 y ss.
- ALMAGRO NOSETTE, J., «El juicio de menor cuantía reformado (Ley 34/1984)», *Justicia*, 1985, p. 519 y ss.
- BARONA VILAR, S., «El proceso de impugnación de acuerdos contrarios a la ley o a los estatutos en materia de propiedad horizontal», *Justicia*, 1985, pp. 821 y ss.
- BELTRÁN, E., «El nuevo derecho concursal francés (la Ley de 25 de enero de

- HURLIN, I., «Der Richterratschlag», *Deutsche Richterzeitung*, 1985, pp. 328 y siguientes.
- KEMPSKI, H. von, «Zu Ausgangspunkt und Perspektiven des Justizstatistik - Informations-systems», *Deutsche Richterzeitung*, 1985, pp. 303 y ss.
- KIESERLING, F., «Ausgenwischerei: Wie ein Rechtsanwalt den geplanten Wegfall der Gerichtsferien beurteilt», *Deutsche Richterzeitung*, 1985, pp. 70 y siguientes.
- KOCH, L., «Selbsthilfe der Anwaltschaft gefordert», *Deutsche Richterzeitung*, 1985, pp. 157 y ss.
- KÜHNERT, H., «Das vernichtende Vorurteil», *Deutsche Richterzeitung*, 1985, pp. 189 y ss.
- LA VALLE, F., «Giustizia decisionale, giustizia conciliativa e giurisdizione d'equità», *Iustitia*, 1985, 3, pp. 363 y ss.
- LAMPRECHT, R., «Das Selbstverständnis des Richters aus der Sicht der Presse», *Deutsche Richterzeitung*, 1985, pp. 81 y ss.
- LEICHT, R., «Die Lügner würden bleiben», *Deutsche Richterzeitung*, 1985, pp. 199 y ss.
- MADERT, W., «Einschränkung der PKH auf Kosten der Anwälte?», *Deutsche Richterzeitung*, 1985, pp. 78 y ss.
- MILLER-ALTEN, L., «Worauf beruht der Eindruck die Prozeßkostenhilfe werde zu großzügig bewilligt?», *Deutsche Richterzeitung*, 1985, pp. 466 y ss.
- MORASCH, H., «Zur Entwicklung des Justizstatistik-Informationssystems JUSTIS», *Deutsche Richterzeitung*, 1985, pp. 300 y ss.
- PATANÈ, S., «Crisi della giustizia ed appunti per un'organizzazione giudiziaria nuova», *La Giustizia Penale*, 1984, III, pp. 188 y ss.
- PITTARD, P., «Rinnovamento del giudizio e ne bis in idem europeo (a proposito di una ratifica che si fa attendere)», *Cassazione Penale*, 1984, páginas 790 y ss.
- PRIEPKE, W., «Der Umfang der allgemeinen überwachungs- und Initiativrechte der örtlichen Richterräte», *Deutsche Richterzeitung*, 1985, páginas 281 y ss.
- PRÜTTING, «Schlichten statt Richten?», *Juristenzeitung*, 1985, pp. 261 y ss.
- RIVACOBA Y RIVACOBA, M. DE, «La desaparición del profesor Alcalá-Zamora», *Doctrina Penal*, 30, 1985, pp. 195 a 200.
- RUGGIERI, F., «Diversion; dall'utopia sociologica al pragmatismo processuale», *Cassazione Penale*, 1985, pp. 538 y ss.
- SAMELUECK, R.: «Das Amtsgericht entlasten - en Vorschlag zum Beginn», *Deutsche Richterzeitung*, 1985, pp. 308 y ss.
- SCHAFFER, W., «Nochmals: Berechnung des Personalbedarfs in der ordentlichen Gerichtsbarkeit», *Deutsche Richterzeitung*, 1985, pp. 308 y ss.
- SCHAFFER, W., «Bemerkungen zum geltenden Richteramtsrecht», *Deutsche Richterzeitung*, 1985, pp. 48 y ss.
- SCOLA, A., «Consiglio Superiore della magistratura e consiglio di presidenza della giustizia amministrativa: l'indipendenza del potere giurisdizionale in tutte le sue ramificazioni», *Il Foro Amministrativo*, 1985, 11, pp. 2409 y siguientes.
- SESTI, F., «Il mestiere del giudice: acceso, progressione, prospettive», *La Giustizia Penale*, 1984, I, pp. 373 y ss.

- SORIANO, J. E., «El enjuiciamiento contencioso de la actividad parlamentaria no legislativa (a propósito de la STS Sala 4.ª de 24 de abril de 1984)», *La Ley*, 1985, pp. 1151 y ss.
- SORIANO, R., «El derecho a la justicia popular: el nuevo jurado español», *La Ley*, 1985, pp. 1024 y ss.
- ZAMORA CABOT, F. J., «Aplicación del Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 de supresión de la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros: algunos aspectos recientes de la práctica española», *La Ley*, 1985, pp. 1094 y ss.

B) Extranjero

- BARONE MANCUSI, G., «Polizia giudiziaria e processo penale», *La Giustizia Penale*, 1984, III, pp. 48 y ss.
- BRIMER, A., «Richterpersönlichkeiten im Dritten Reich», *Deutsche Richterzeitung*, 1985, pp. 334 y ss.
- BRÄTIGAM, H., «... können die Gerichte klären. Wie der Gesetzgeber sich wieder einmal vor seiner Verantwortung drückt», *Deutsche Richterzeitung*, 1985, pp. 293 y ss.
- BURKHARDT, K., «Politisches und gesellschaftliches Engagement von Richtern», *Deutsche Richterzeitung*, 1985, pp. 486 y ss.
- BYDLINSKI, «Hauptpositionen zum Richterrecht», *Juristenzeitung*, 1985, páginas 149 y ss.
- CIAMPI, F., «Brevi note in tema di diffamazione a mezzo stampa di un magistrato», *Cassazione Penale*, 1985, pp. 1541 y ss.
- , «Sull'applicabilità della continuazione tra fatto da giudicare e fatto meno grave giudicato», *Cassazione Penale*, 1985, pp. 2037 y ss.
- CICALA, M., «Sicurezza del lavoro e funzioni di polizia giudiziaria della Unità Sanitare Locali», *La Giustizia Penale*, 1984, III, pp. 115 y ss.
- COMMICHAU, «Anwaltsschweemme und Anwaltstand», *Juristenzeitung*, 1985, pp. 421 y ss.
- ENGELS, C. H., «Aushöhlung der Verhandlungsmaxime», *Deutsche Richterzeitung*, 1985, pp. 196 y ss.
- FABRY, J., «Von der überlastung der Justiz und der Herabwürdigung des Menschen zum bloßen Objekt staatlichen Handelns», *Deutsche Richterzeitung*, 1985, pp. 97 y ss.
- FORTUNA, E., «Il regime di pubblicità degli atti e dei provvedimenti della sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 434 y ss.
- HANSEN, E., «Kleine Justizentlastung - Der Clearing-Ausschuß des Hamburgerischen Anwaltvereins», *Deutsche Richterzeitung*, 1985, pp. 237 y ss.
- HERR, R., «Orientierungshilfe für Gerichte?», *Deutsche Richterzeitung*, 1985, pp. 278 y ss.
- , «JUSTIS aus der Sicht eines Richters», *Deutsche Richterzeitung*, 1985, pp. 305 y ss.
- HOCH, G., «Justiz als Dukatenesel - leider nur ein Märchen», *Deutsche Richterzeitung*, 1985, pp. 366 y ss.

- 1985 relativa al *redressement* y la liquidación judicial de la empresa», *La Ley*, 1985, pp. 1113 y ss.
- BRIGUGLIO, A. R., «La nueva ley italiana sobre la competencia del *conciliatore* y del *pretore*», *Justicia*, 1985, pp. 597 y ss.
- CACHÓN CADENAS, M., «Embargo de bienes litigiosos», *Justicia*, 1985, pp. 553 y siguientes.
- CARBONELL RODRÍGUEZ, F. J., «Sobre la inconstitucionalidad de los jueces especiales en las quiebras (Comentario a la STC de 28 de noviembre de 1984)», *La Ley*, 1985, pp. 1056 y ss.
- CASADO COCA, P., «Inconstitucionalidad y economía procesal en el proceso civil», *La Ley*, 1985, pp. 1078 y ss.
- CIMA GARCÍA, C., «Algunas cuestiones que suscita la Ley de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, referentes al embargo y al apremio», *Justicia*, 1985, pp. 371 y ss.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «La nueva regulación de la competencia jurisdiccional internacional en materia civil (arts. 21 y 22 LOPJ)», *Justicia*, 1985, pp. 775 y ss.
- DIEGO DÍEZ, L. A. DE, «En torno a los principios informadores del proceso consensuado regulado en la disposición adicional sexta de la Ley 30/1981, de 7 de julio», *La Ley*, 1985, pp. 1042 y ss.
- EDITORIAL, «Ley cambiaria», *Justicia*, 1985, pp. 261 y ss.
- FUENTES CARSI, F., «La reforma del proceso de nulidad en propiedad industrial por la LOPJ», *Justicia*, 1985, pp. 893 y ss.
- GIMENO SENDRA, V., «La reforma urgente y la aceleración del procedimiento civil», *Justicia*, 1985, pp. 341 y ss.
- GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, C., «Consideración crítica de algunas cuestiones que plantea el recurso de casación en ejecución de sentencias», *La Ley*, 1985, pp. 974 y ss.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., «Una modificación sustancial de la LEC: la regla primera del artículo 533», *La Ley*, 1985, pp. 1186 y ss.
- LLEDO YAGÜE, F., «La presunción de paternidad y el Registro Civil», *La Ley*, 1985, pp. 964 y ss.
- LORCA NAVARRETE, A. M., «En torno al embargo del establecimiento civil», *La Ley*, 1985, pp. 1175 y ss.
- , «La obligación del juez de fallar *secundum allegata et probata partium* y su incumplimiento por la jurisprudencia del TS (Sala 2.ª) en materia de responsabilidad civil», *Justicia*, 1985, pp. 107 y ss.
- LOZANO-HIGUERO PINTO, M., «La disposición derogatoria de la Ley 34/1984, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil», *Justicia*, 1985, pp. 572 y ss.
- MILLÁN, C., «Notas sobre la exceptio libelli inepti (o excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda)», *La Ley*, 1985, pp. 1096 y ss.
- , «Notas sobre la falta de personalidad del procurador del actor por insuficiencia o ilegalidad de poder», *La Ley*, 1985, pp. 1031 y ss.
- MONTÓN REDONDO, A., «El derecho a litigar sin gastos ante los tribunales civiles (Los presupuestos para su concesión y utilización)», *Justicia*, 1985, pp. 305 y ss.

- , «Tramitación y alcance de la justicia gratuita en el proceso civil», *Justicia*, 1985, pp. 797 y ss.
- PRADO ARDITO, J. F., «La notificación de la sentencia al litigante rebelde», *Justicia*, 1985, pp. 591 y ss.
- RAMOS MÉNDEZ, F., «Historia forense de una medida cautelar», *Justicia*, 1985, pp. 99 y ss.
- , «Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil», *Justicia*, 1985, pp. 75 y ss.
- REBOLLEDO VARELA, A. L., «Interdicto de obra nueva y posesión. Comentario de jurisprudencia», *La Ley*, 1985, pp. 545 y ss.
- SANZ VIOLA, A. M., «Las medidas previas a la interposición de demandas de nulidad, separación o divorcio después de las reformas llevadas a cabo por las Leyes de 7 de julio de 1981 y de 6 de agosto de 1984», *La Ley*, 1985, pp. 1013 y ss.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Notas sobre la situación de la Administración de Justicia en el ámbito procesal civil», *Justicia*, 1985, pp. 7 y ss.
- STORCH DE GRACIA Y ASENSIO, J. G., «Acercas de la imprescriptibilidad y de la prueba inmemorial de los títulos nobiliarios. Comentario de jurisprudencia», *La Ley*, 1985, pp. 360 y ss.
- VARIOS AUTORES, «La posición del fiador en caso de suspensión de pagos del afianzado (A propósito de la Sentencia del TS de 7 de junio de 1983)», *La Ley*, 1985, pp. 901 y ss.

B) Extranjero

- ANGELICI, C., y BUSSOLETT, M., «Garanzie bancarie proprie ed improprie e procedure concorsuali», *Giurisprudenza Commerciale, Società e Fallimento*, 1985, pp. 786 y ss.
- BARAGGIOLI, A., «Sulla competenza del tribunale fallimentare a conoscere domande riconvenzionali», *Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciale*, 1985, pp. 551 y ss.
- BASSI, A., «Note in tema di controllo giudiziario sulla costituzione di società cooperative», *Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciale*, 1985, pp. 33 y ss.
- BRONZINI, M., «L'avvocato del fallimento», *Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciale*, 1985, pp. 491 y ss.
- CAVALI, G., «Osservazioni in tema di sconto cambiario e procedure concorsuali», *Giurisprudenza Commerciale, Società e Fallimento*, 1985, pp. 1008 y siguientes.
- DI FUSCO, V., «Problemi probatori della revocatoria aggravata nei gruppi di imprese», *Il Diritto Fallimentare e della Società Commerciale*, 1985, pp. 596 y ss.
- DI GRAVIO, D., «La revoca dell'ordine di cattura in pendenza dell'opposizione al fallimento», *Il Diritto Fallimentare e della Società Commerciale*, 1985, pp. 296 y ss.
- , «Fillemento e bancarotta: la sentenza del giorno prima», *Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciale*, 1985, pp. 524 y ss.
- , «Le milizie contro Giulio Cesare: scontri sul rito fra tribunale ordinario

- e tribunale fallimentare», *Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciale*, 1985, pp. 858 y ss.
- , «1) Il percorso ad ostacoli del fascicolo fallimentare, 2) Il termine per il reclamo avverso i decreti del giudice delegato nel concordato preventivo. 3) Nessuna preclusione al concordato fallimentare in pendenza di opposizione alla sentenza di fallimento. 4) La discussa fallibilità dell'ex socio accomandatario», *Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciale*, 1985, pp. 286 y ss., 292 y ss., 296 y ss., y 301 y ss.
- DI IORIO, A. J., «Consideraciones sobre las posibilidades de lograr la protección de la empresa en sede judicial en caso de concurso, en las condiciones políticas y económicas actuales», *Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciale*, 1985, pp. 233 y ss.
- FINGER, P., «Gemeinsame elterliche Sorge nach der Ehescheidung —eine Umfrage bei hessischen Familiengerichten», *Deutsche Richterzeitung*, 1985, pp. 91 y ss.
- GELDER, A. VAN, «Nochmals: Kostenentscheidung bei teilweisen Obsiegen Obsiegen im Zivilprozeß», *Deutsche Richterzeitung*, 1985, pp. 102 y ss.
- GILLES, «Rechtsmittelreform im Zivilprozeß und Verfassungsrechtsaspekte einer Rechtsmittelbeschränkung», *Juristenzeitung*, 1985, pp. 253 y ss.
- GIORGI, V., «Poteri del giudice e attività delle parti nel giudizio di opposizione alla sentenza dichiarativa del fallimento», *Giurisprudenza Commerciale, Società e Fallimento*, 1985, pp. 412 y ss.
- HERR, R., «Wer führt den Zivilprozeß - der Anwalt oder der Richter?», *Deutsche Richterzeitung*, 1985, pp. 349 y ss., y 495 y ss.
- KINNE, H., «Zur Zurückweisung verspäteten Vorbringens im Zivilprozeß», *Deutsche Richterzeitung*, 1985, pp. 15 y ss.
- LANGE, H.-P., «Zum Umfang der Substantiierungspflicht im Zivilprozeß», *Deutsche Richterzeitung*, 1985, pp. 247 y ss.
- LEMBO, M., «L'abuso del ricorso all'art. 700 cod. proc. civ.», *Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciale*, 1985, pp. 134 y ss.
- LEONETTI, N., «Il quarto congresso di studi sulle procedure concorsuali», *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, 1985, pp. 291 y ss.
- MAFFEI ALBERTI, A., «Contratto preliminare e procedure concorsuali», *Giurisprudenza Commerciale, Società e Fallimento*, 1985, pp. 616 y ss.
- MANZELLA, B., «Inammissibilità della revoca ex art. 395 cod. proc. civ. della sentenza che ha omologato il concordato preventivo», *Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciale*, 1985, pp. 829 y ss.
- MOLLURA, T., «Questioni in tema di liquidazione coatta amministrativa di imprese esercenti l'assicurazione della responsabilità civile autoveicoli sottoposte alla procedura nel corso di un giudizio risarcitorio», *Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciale*, 1985, pp. 768 y ss.
- PADOVINI, F., «Pluralità di impugnazioni della dichiarazione di fallimento: rapporto tra opposizione e regolamento di competenza e sospensione necessaria della procedura concorsuale», *Giurisprudenza Commerciale, Società e Fallimento*, 1985, pp. 12 y ss.
- PATRONI GRIFFI, A., «Procedure concorsuali bancarie e operazioni di banca», *Giurisprudenza Commerciale, Società e Fallimento*, 1985, pp. 983 y ss.
- RADICATI DI BROZOLO, L. G., «Questioni di giurisdizione e di legge applicabile

- in tema di indebito e di contratto autonomo di garanzia», *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, 1985, pp. 189 y ss.
- RAGUSA MAGGIORE, G., «La forza espansiva della illegittimità costituzionale dell'art. 26 legge fallim. Amministrazione controllata e provvedimenti del giudice delegato», *Il Diritto Fallimentare delle Società Commerciale*, 1985, pp. 448 y ss.
- , «Ancora in tema di competenza in caso di fallimento di società di persone e dei suoi soci illimitatamente responsabili», *Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciale*, 1985, pp. 333 y ss.
- , «Delibazione di sentenza straniera e posizione di terzo del curatore», *Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciale*, 1985, pp. 760 y ss.
- ROGALSKI, R., «Immer (noch) Ärger mit der Prozeßkostenhilfe», *Deutsche Richterzeitung*, 1985, pp. 413 y ss.
- RÜBMANN, H., «Die Zeugenvernehmung im Zivilprozeß», *Deutsche Richterzeitung*, 1985, pp. 41 y ss.
- SCHÜNEMANN, «Befriedigung durch Zwangsvollstreckung», *Juristenzeitung*, 1985, pp. 49 y ss.
- SIOL, J., «Rechtsmittel im Zivilprozeß», *Deutsche Richterzeitung*, 1985, páginas 101 y ss.
- STÜRNER, «Die gewerbliche Geheimsphäre im Zivilprozeß», *Juristenzeitung*, 1985, pp. 453 y ss.
- SUFERTI FUGA, F., «Il significato conoscitivo della nozione di verità nel linguaggio dei bilanci. Una proposta di definizione operativa», *Giurisprudenza Commerciale, Società e Fallimento*, 1985, pp. 1030 y ss.
- TEPLITZKY, O., «Ist die den Verfügungsanspruch verneinende summarische Entscheidung im Schadensersatzprozeß nah § 945 ZPO bindend?», *Deutsche Richterzeitung*, 1985, pp. 173 y ss.
- TROFF, K. F., «Die erweiterte Tatsachenfeststellung durch den Sachverständigen im Zivilprozeß», *Deutsche Richterzeitung*, 1985, pp. 87 y ss.
- VOORMANN, V., «Die Kostenverteilung bei teilweisem Obsiegen im Zivilprozeß», *Deutsche Richterzeitung*, 1985, pp. 57 y ss.
- ZINI, F., «Le azioni civili per i danni provocati del reato militare», *La Giustizia Penale*, 1984, III, pp. 317 y ss.

III. DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO

A) España

- SERRERA CONTRERAS, P. L., «El régimen procesal en las nuevas bases del régimen local. Comentario de urgencia», *Justicia*, 1985, pp. 903 y ss.
- , «La Jurisdicción Contencioso-Administrativa en el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial. Comentario de urgencia», *Justicia*, 1985, pp. 91 y ss.
- VALENCIA MARTÍN, G., «Legitimación de las Corporaciones Locales para impugnar reglamentos de ámbito nacional», *La Ley*, 1985, pp. 391 y ss.

B) Extranjero

- ANELLI, L., «Rinuncia al ricorso giurisdizionale amministrativo», *Il Foro Amministrativo*, 1985, 9, pp. 1782 y ss.
- ARRIGHI DE CASANOVA, J., «A quoi sert le contentieux administratif des licenciements économiques?», *L'Actualité juridique. Droit Administratif*, 1985, pp. 579 y ss.
- BARBAGALLO, R., «La giustizia amministrativa nella Valle d'Aosta», *Il Foro Amministrativo*, 1985, 12, pp. 2620 y ss.
- BONIFACI, Ch., «Faut-il gratifier le juge administratif?», *L'Actualité juridique. Droit Administratif*, 1985, pp. 429 y ss.
- CROZAFON, J.-L., «Le contrôle juridictionnel de la sanction disciplinaire dans l'entreprise et dans l'administration», *Droit Social*, 1985-3, pp. 201 y siguientes.
- DENOIX DE SAINT MARC, R., «Le contrôle du juge administratif sur les mesures de protection de certaines espèces animales, concl. sur C.E. 14 novembre 1984», *L'Actualité juridique. Droit Administratif*, 1985, páginas 96 y ss.
- FRANCARIO, F., «Inerzia ed ottemperanza al giudicato: spunti per una riflessione sull'atto di ottemperanza», *Il Foro Amministrativo*, 1985, 4 y 5, pp. 746 y ss.
- GENEVOIS, B., «Les conséquences pour le juge administratif d'un arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes invalidant une réglementation économique, concl. sur C.E. Sect. 26 juillet 1985», *L'Actualité juridique. Droit Administratif*, 1985, pp. 615 y ss.
- GIACCHETTI, S., «La giurisdizione esclusiva», *Il Foro Amministrativo*, 1985, 10, pp. 2068 y ss.
- HENDLER, «Die öffentliche Verwaltung zwischen Gesetzgebung und richterlicher Kontrolle», *Juristenzeitung*, 1985, pp. 784 y ss.
- MALINGNER, B., «Contentieux électoral et dissolution du conseil municipal, note sous C.E. 16 janvier 1985», *L'Actualité juridique. Droit Administratif*, 1985, pp. 436 y ss.
- ROMEO, G., «Il giudice amministrativo e il pubblico dipendente», *Il Foro Amministrativo*, 1985, 11, pp. 2402 y ss.
- SCOLA, A., «Consiglio Superiore della magistratura e consiglio di presidenza della giustizia amministrativa: l'indipendenza del potere giurisdizionale in tutte le sue ramificazioni», *Il Foro Amministrativo*, 1985, 11, páginas 2409 y ss.
- STAUDACHER, «Verwaltungsgerechliche Normenkontrolle und In-sich-Prozeß», *Juristenzeitung*, 1985, pp. 969 y ss.
- TALICE, C., «Annullamento della pronuncia di primo grado e formule terminative della sentenza», *Il Foro Amministrativo*, 1985, 4 y 5, pp. 810 y ss.
- , «Analisi della giustizia amministrativa nell'ultimo decennio», *Il Foro Amministrativo*, 1985, 4 y 5, pp. 993 y ss.
- VACIRCA, G., «Una nuova figura d'inammissibilità nel giudizio sulla validità delle leggi (nota a C. cost. 30 luglio 1984 n. 242/ord.)», *Il Foro Amministrativo*, 1985, 3, pp. 392 y ss.

VARIOS AUTORES, «I tribunali amministrativi regionali dieci anni dopo», *Il Foro Amministrativo*, 1985, 1 y 2, pp. 342 y ss.

IV. DERECHO PROCESAL LABORAL

A) España

MANRIQUE LÓPEZ, F., «La judicialización de la relación jurídica de Seguridad Social y los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas», *La Ley*, 1985, pp. 1073 y ss.

MASCARELL NAVARRO, M.^a J., «La reconversión en el proceso laboral», *Justicia*, 1985, pp. 851 y ss.

SAN ROMÁN HERNÁNDEZ, J. I., «El Fondo de Garantía Salarial en los procesos por despido. Comentario de jurisprudencia», *La Ley*, 1985, páginas 325 y ss.

ZORRILLA RUIZ, M. M., «Válida formación de la relación procesal en los litigios de Seguridad Social», *La Ley*, 1985, pp. 672 y ss.

B) Extranjero

CHARLOT, J., «Le président du tribunal de grande instance et le droit du travail», *Droit Social*, 1985-6, pp. 493 y ss.

CROZAFON, J.-L., «Le contrôle juridictionnel de la sanction disciplinaire dans l'entreprise et dans l'administration», *Droit Social*, 1985-3, pp. 201 y siguientes.

FAVENNEC HERY, F., «La preuve face aux pouvoirs de l'employeur», *Droit Social*, 1985-3, pp. 172 y ss.

MODERNE, F.-L., «Le contrôle juridictionnel des propositions de reclassement dans le cadre des licenciements collectifs pour motif économique», *Droit Social*, 1985-6, pp. 485 y ss.

SASSANI, B., «Antisindacalità della domanda giudiziale», *Il Diritto del Lavoro*, 1985, pp. 47 a 99.

WENZEL, L., «Verfassungsrechtliche Zuständigkeitsbereinigung im Arbeitsgerichtsprozess», *Arbeit und recht*, 1985, pp. 326 y ss.

V. DERECHO PROCESAL PENAL

A) España

BERNAL VALLS, J., «La reforma del Código Penal en materia de tratamiento del enfermo mental: problemas procesales», *La Ley*, 1985, pp. 972 y ss.

BUENO ARÚS, F., «Notas sobre la nueva Ley de Extradición Pasiva», *Actualidad Administrativa*, 1985, pp. 60 a 93.

CALVO SÁNCHEZ, M.^a C., «De nuevo sobre la prisión provisional. Análisis de la Ley Orgánica 10/1984 de 26 de diciembre», *La Ley*, 1985, pp. 1178 y ss.

DÜNKEL, F., «La ejecución penal en la República Federal de Alemania y la evolución de su reforma desde 1970», *Justicia*, 1985, pp. 263 y ss.

EDITORIAL, «Sobre el jurado», *Justicia*, 1985, pp. 773 y ss.

GIMENO SENDRA, V., «El Jurado y la Constitución», *La Ley*, 1985, pp. 1042 y siguientes.

—, «La protección jurisdiccional del derecho a la libertad: el *Habeas Corpus*», *La Ley*, 1985, pp. 1178 y ss.

GÜSSEL, K.-H., «Principios fundamentales de las formas procesales descriptivas, incluidas las del procedimiento por contravenciones al orden administrativo y las del proceso por orden penal, en el proceso penal alemán», *Justicia*, 1985, pp. 877 y ss.

LÓPEZ REY, M., «La necesidad de un nuevo orden de justicia criminal-internacional», *Cuadernos de Política Criminal*, 1985, pp. 71 y ss.

LORCA NAVARRETE, A. M., «Sobre el concepto de la legitimación del responsable civil en el proceso penal», *Justicia*, 1985, pp. 565 y ss.

—, «Es inconstitucional por producir indefensión (art. 24.1 CE) e ir contra la utilización de los medios de prueba pertinentes para su defensa (art. 24.2 CE) la exigencia al responsable civil de responsabilidad subsidiaria in re ipsa», *La Ley*, 1985, pp. 998 y ss.

MORALES PRATS, F., «Garantías penales y secreto sumarial», *La Ley*, 1985, pp. 1260 y ss.

SORIANO, R., «Hacia un jurado de escabinos para España», *Justicia*, 1985, pp. 27 y ss.

—, «El derecho a la justicia popular: el nuevo jurado español», *La Ley*, 1985, pp. 1024 y ss.

B) Extranjero

ADAMI, V., «Limiti dell'attività del Pubblico Ministero», *La Giustizia Penale*, 1985, III, pp. 244 y ss.

ALBAMONTE, A., «Pretore penale ed aumento delle competenze: dal ruolo di giudice minori a quello di giudice monocratico di primo grado. Prospettive a breve e medio termine», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 2309 y ss.

—, «La convalida dei sequestri penali e la competenza del pretore», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 2483 y ss.

ALLIERI, I., «Ruolo e funzioni del praticante procuratore nel giudice pretorile», *Cassazione Penale*, 1985, pp. 278 y ss.

ARSLANIÁN, L. C., «Sobreseimiento provisional y desprocesamiento», *Doctrina Penal*, 25, 1984, pp. 49 a 55.

ASCHIERO, D., «Alcuni problemi integrativi in tema di revoca della libertà controllata», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 1003 y ss.

BACCI, G., «Problemi applicativi e questioni di legittimità costituzionale nelle sanzioni sostitutive a richiesta dell'imputato», *Cassazione Penale*, 1985, pp. 1731 y ss.

BAIGÓN, D., «Las primeras leyes: Derogación de la autoamnistía (23, 040), *habeas corpus* para las condenas militares (23, 042) y reforma del Código de Justicia Militar (23, 049)», *Doctrina Penal*, 25, 1984, pp. 77 a 109.

BALDUCCI, P., «Sequestro per il procedimento penale e funzione di supplen-

- za del potere giudiziario (prime brevi note a margine di una decisione delle Sezioni Unite)», *Cassazione Penale*, 1985, pp. 1042 y ss.
- BALZAROTTI, M. L., «Annullamento e revoca dell'affidamento in prova di fronte alla Corte costituzionale», *Cassazione Penale*, 1985, pp. 1964 y ss.
- BARATTA, A., y SILVERNAGL, M., «La legislación de emergencia y el pensamiento jurídico garantista en el proceso penal», *Doctrina Penal*, 32, 1985, pp. 559 a 596.
- BARBERO SANTOS, M., «La defensa social, treinta años después», *Doctrina Penal*, 30, 1985, pp. 201 a 219.
- BARONE MANCUSI, G., «Polizia giudiziaria e processo penale», *La Giustizia Penale*, 1984, III, pp. 48 y ss.
- , «Impugnazione per i soli interessi civili, onere della notificazione ed *Cassazione Penale*, 1985, pp. 1995 y ss.
- BASILE, T., «Il ruolo della magistratura di sorveglianza nella riforma penitenciarica: qualche riflessione», *La Giustizia Penale*, 1985, I, pp. 219 y ss.
- BERTONI, R., «I sequestri di persona tra normativa vigente e prospettive di riforma», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 1029 y ss.
- , «Diffamazione a partito politico, diritto di querela e libertà de critica», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 1273 y ss.
- BISCARDI, G., «Osservazioni in tema di dichiarazione di falsità di documenti», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 1769 y ss.
- BOSCH, «Neues Strafrecht in Italien», *Juristenzeitung*, 1985, pp. 476 y ss.
- BOTTINO, A., «Declasamento del giudicato penale nell'art. 12 l. n. 516 del 1982», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 1566 y ss.
- CANZIO, G., «Giurisdizione penale e discrezionalità della pubblica amministrazione tra controllo ed interferenza», *La Giustizia Penale*, 1984, III, pp. 729 y ss.
- CARCANO, D., «Prime riflessioni sulla nuova legge relativa alla custodia cautelare», *La Giustizia Penale*, 1984, III, pp. 600 y ss.
- CESARIS, L., «Diritto alla salute dei detenuti e limiti delle garanzie giurisdizionali (a proposito di compatibilità delle condizioni di salute dell'imputato con il ricovero extracarcerario in stato detentivo)», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 2343 y ss.
- , «Sulla non concedibilità delle riduzioni di pena nel caso di condannati all'ergastolo», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 1047 y ss.
- CIAMPI, F., «Brevi note in tema di continuazione tra violazioni più gravi in corso di giudizio e violazioni più lievi oggetto di giudicato», *Cassazione Penale*, 1985, pp. 1109 y ss.
- CIANCI, S., «I terzi che intervengono nel processo penale», *La Giustizia Penale*, 1985, III, pp. 59 y ss.
- CICALA, M., «Sicurezza del lavoro e funzioni di polizia giudiziaria delle Unità Sanitarie Locali», *La Giustizia Penale*, 1984, III, pp. 115 y ss.
- COCO, G. S., «La fase predibattimentale nel disegno di legge n. 916 di delega per il codice di procedura penale», *La Giustizia Penale*, 1985, I, pp. 84 y ss.
- D'AQUINO, L., «Vecchi e nuovi orientamenti in tema di connessione nei giudizi di accusa per reati ministeriali», *La Giustizia Penale*, 1984, I, pp. 277 y siguientes.

- DANIOTTI, L., «Sui poteri del tribunale in tema di modifiche dell'imputazione», *Cassazione Penale*, 1985, pp. 1604 y ss.
- DE LEONE, U., «Le libertà fondamentali dell'uomo alla luce dell'ordinamento penalistico e parapenalistico italiano, nell'impegno della avvocatura», *La Giustizia Penale*, 1984, I, pp. 52 y ss.
- DE NIGRIS SINISCALCHI, M., «Considerazioni sui rapporti tra el procedimento penale per il delitto di associazione di tipo mafioso e il procedimento per l'applicazione delle misure di revenzione», *Cassazione Penale*, 1985, pp. 772 y ss.
- DELL'ANNO, P., «Ammissibilità dell'abolizione processuale nelle ipotesi contravvenzionali», *La Giustizia Penale*, 1984, II, pp. 733 y ss.
- DELL'ANNO, P., «I rapporti tra giudizio penale e giudizio tributario a seguito dell'abolizione della pregiudiziale tributaria», *La Giustizia Penale*, 1985, III, pp. 116 y ss.
- DINACCI, E., «Un dubbio che persiste: è davvero del procuratore della Repubblica il potere di convalidare i sequestri diposti potu propio dalla polizia giudiziaria di reati di competenza del pretore?», *Cassazione Penale*, 1985, pp. 1351 y ss.
- DINACCI, F. R., «La ricasazione del P.M.: un dubbio infondato», *La Giustizia Penale*, 1984, III, pp. 312 y ss.
- , «Contenuto e limiti del potere di riesame spettante ai c.d. tribunali della libertà», *La Giustizia Penale*, 1984, III, pp. 366 y ss.
- DINACCI, U., «Prospettive sull'avviso di procedimento verifica di una garanzia», *La Giustizia Penale*, 1984, III, pp. 395 y ss.
- , «Involpzione giudiziarie: l'annullamento del diritto al silenzio», *La Giustizia Penale*, 1984, III, pp. 395 y ss.
- , «Spunti sull'autonomia funzionale dei giudici», *La Giustizia Penale*, 1984, I, pp. 90 y ss.
- , «Dinamismo funzionale degli atti processuali penali e disfunzioni connesse all'inosservanza dell'art. 154 C.p.p.», *La Giustizia Penale*, 1985, III, pp. 362 y ss.
- DOMINIONI, O., «I motivi della coercizione cautelare», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 1553 y ss.
- FASSONE, E., «Sequestro, richiesta di riesame e legittimazione del difensore», *Cassazione Penale*, 1985, pp. 1887 y ss.
- , «In tema di libertà provvisoria all'imputato digiunatore», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 2001 y ss.
- , «Un caso senza rimedio di ignorantia iudicis?», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 595 y ss.
- , «Il sequestro degli elenchi dei tossicodipendenti: un potere da esercitare con moderazione», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 228 y ss.
- FATA, D., «Considerazioni in tema di motivazione dei provvedimenti sulla libertà provvisoria», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 2236 y ss.
- , «Considerazioni sul procedimento di appello in tema di libertà personale», *Cassazione Penale*, 1985, pp. 148 y ss.
- FAVINO, L., «Sull'incostituzionalità del divieto di giuramento del minore di quattordici anni ex art. 449 C.p.p.», *La Giustizia Penale*, 1984, III, pp. 39 y siguientes.

- FELICETTI, F., «Sul termine a ricorrere contro i mandati di cattura da parte del difensore del latitante», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 2353 y ss.
- , «Il tribunale della libertà e la giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di assistenza del difensore nei giudizi penali», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 1370 y ss.
- , «Tribunale della libertà, tribunali per i minorenni e tribunali militari», *Cassazione Penale*, 1985, pp. 1316 y ss.
- , «Sulla proponibilità dell'appello contro le sentenze di proscioglimento per amnistia», *Cassazione Penale*, 1985, pp. 2194 y ss.
- , «Il giuramento del testimoni nella giurisprudenza costituzionale, e il problema delle sentenze additive», *Cassazione Penale*, 1985, pp. 268 y ss.
- , «In tema di decisioni additive in materia penale», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 278 y ss.
- FERRARO, A., «Osservazioni sulla riserva mentale del promittente nella concussione», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 278 y ss.
- , «Sul dovere del tribunale della libertà di verificare la competenza per territorio dell'organo che ha disposto la cattura», *Cassazione Penale*, 1985, pp. 713 y ss.
- , «Osservazioni su alcune questioni relative all'art. 8 d.l.n. 625 del 1979 e all'art. 277-bis c.p.p.», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 1491 y ss.
- FERRUA, P., «Dichiarazioni spontanee dell'inciziato, nullità dell'interrogatorio di polizia e invalidità derivata», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 1981 y ss.
- FINI, G., «Ancora sulla competenza alla convalida del sequestro penale operato dalla polizia giudiziaria», *Cassazione Penale*, 1985, pp. 1789 y ss.
- , «La competenza alla convalida del sequestro penale operato dalla polizia giudiziaria», *La Giustizia Penale*, 1985, III, pp. 330 y ss.
- , «Segestro bancario ed autorità giudiziaria. Ordine di esibizione in via breve: limiti e garanzie con particolare riferimento alla richiesta di riesame ex art. 343-bis c.p.p.», *Cassazione Penale*, 1985, pp. 2298 y ss.
- FISCHER, H., «Strafverfahrensreform unter der Lupe», *Deutsche Richterzeitung*, 1985, pp. 30 y ss.
- FORTUNA, E., «Segreto dei giornalisti e segreto istruttorio nel processo accusatorio», *Cassazione Penale*, 1985, pp. 1740 y ss.
- , «La nuova legge-delega per il codice di procedura penale», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 2323 y ss.
- , «Modello ideale e modello reale nel sistema processuale penale italiano», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 2314 y ss.
- , «Un caso di deroga alle norme sulla connessione; il procedimento pretorile di cui all'art 98 l. 22 dicembre 1975 n. 685 per l'acertamento anticipato della non punibilità del consumatore di sostanze stupefacenti», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 997 y ss.
- , «Problemi e prospettive delle recenti riforme sul processo penale», *Cassazione Penale*, 1985, pp. 1480 y ss.
- , «Un nuovo e discutibile criterio per la determinazione della competenza territoriale: la scelta del querelante?», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 1289 y siguientes.
- FRACCHIA, G., y RIVELLO, P. P., «Osservazioni in ordine alla possibilità di

- accesso della donna alla magistratura militare», *La Giustizia Penale*, 1985, I, pp. 51 y ss.
- GAITO, A., «In tema di appellabilità del provvedimento di rigetto dell'istanza di revoca del mandato od ordine di cattura da parte dell'imputato latitante», *La Giustizia Penale*, 1984, III, pp. 41 y ss.
- GARAVELLI, M., «L'art. 592 c.p.p. e i limiti della legittimità dell'amnistia», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 823 y ss.
- , «Prime indicazioni giurisprudenziali in materia di riesame sulla libertà personale», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 371 y ss.
- , «Sulla pregiudicialità dell'amnistia», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 1450 y siguientes.
- GARCÍA MÉNDEZ, E., «Del control como delito, al control del delito: Notas para una política criminal en la Argentina democrática», *Doctrina Penal*, 31, 1985, pp. 379 a 389.
- GARDENAL, M., «Brevi riflessioni sulle dichiarazioni spontanee rese dall'imputato nella fase degli atti di polizia giudiziaria», *Cassazione Penale*, 1985, pp. 2071 y ss.
- GATTO, A., «Sull'intercettazione delle radiocomunicazioni di polizia», *Cassazione Penale*, 1985, pp. 2112 y ss.
- , «Il principio di fungibilità della detenzione nell'extradizione attiva», *Cassazione Penale*, 1985, pp. 1795 y ss.
- GAZZANIGA, E., «In tema di dissociazione del concorrente e liberazione della vittima nel sequestro estorsivo», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 1147 y ss.
- , «Sequestro di persona estorsiva aggravato dall'uccisione dell'ostaggio: Problemi sostanziali e processuali», *Cassazione Penale*, 1985, pp. 409 y ss.
- , «In tema di utilizzabilità processuale delle dichiarazioni della vittima nel sequestro estorsivo», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 606 y ss.
- GEBBIA, G., «Il Magistrato di Sorveglianza nell'Ordinamento Giudiziario con particolare riferimento ai rapporti con il Consiglio superiore della Magistratura», *La Giustizia Penale*, 1985, III, pp. 186 y ss.
- GHIARA, A., «Rimedi probatori alla separazione dei procedimenti connessi: acquisizione di atti e segreto istruttorio, interrogatorio libero», *La Giustizia Penale*, 1984, III, pp. 430 y ss.
- GIAMBRUNO, S., «Ancora sulla composizione del tribunale della libertà», *Cassazione Penale*, 1985, pp. 154 y ss.
- , «Sull'procedimento previsto call art. 77 l. n. 689 del 1981», *Cassazione Penale*, 1985, pp. 1622 y ss.
- , «Sull'applicabilità delle pene sostitutive nel giudizio di appello», *Cassazione Penale*, 1985, pp. 1850 y ss.
- , «Davvero regolare il tribunale della libertà composto col giudice autore del provvedimento da riesaminare?», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 2241 y siguientes.
- GIAMPIETRO, F., «Inquinamento dell'Arno e legge Merli: il sindacato del giudice penale sulle inadempienze delle pubbliche amministrazioni», *Cassazione Penale*, 1985, pp. 2154 y ss.
- , «La legge Merli innanzi alla Corte costituzionale: campionamento ed analisi degli scarichi in sede amministrativa e diritti della difesa», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 254 y ss.

- GIORDANO, R., «Misure alternative alla carcerazione preventiva nella legge 12 agosto 1982 n. 532», *La Giustizia Penale*, 1984, III, pp. 249 y ss.
- GIOSTRA, G., «Sull'asserita inopugnabilità del decreto che sospende l'esecuzione della semilibertà», *Cassazione Penale*, 1985, pp. 2108 y ss.
- , «Procedimento di conversione della semidetenzione e diritto di difesa», *Cassazione Penale*, 1985, pp. 1634 y ss.
- GREUPNER, M., «Das Nichtöffentlichkeitsgebot des § 48 Abs. 1 JGG unter besonderer Berücksichtigung der Zulassung von Schulklassen zum Jugendstrafverfahren», *Deutsche Richterzeitung*, 1985, pp. 389 y ss.
- GREVI, V., «Indagini preliminari ed incidente istruttorio nella progestazione del nuovo processo penale: dal pubblico ministero giudice al pubblico ministero parte», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 1839 y ss.
- , «Discrezionalità del giudice e diniego della libertà provvisoria (con provvedimento a motivazione libera?)», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 1184 y ss.
- GRILLO, C. M., «Frodi alimentari. Problematiche penalprocessualistiche in tema di accertamento», *La Giustizia Penale*, 1985, III, pp. 375 y ss.
- GROH, M., «Zum Recht des Strafverteidigers auf Einsichtnahme in staatsanwaltschaftliche Ermittlungsakten», *Deutsche Richterzeitung*, 1985, páginas 52 y ss.
- GROSSO, D., «Misure premiali, dichiarazioni dell'imputato e riflessi sull'acertamento processuale», *La Giustizia Penale*, 1984, III, pp. 514 y ss.
- GUARDATA, M., «Annullamento della sentenza per incompetenza territoriale ed effetto estensivo dell'impugnazione», *Cassazione Penale*, 1985, páginas 1579 y ss.
- HAHN, W., «Die Wiederentdeckung der Schöffen», *Deutsche Richterzeitung*, 1985, pp. 407 y ss.
- HAMACHER, P., «Zusammenarbeit der Prozeßbeteiligten staat Präklusion», *Deutsche Richterzeitung*, 1985, pp. 331 y ss.
- HEIL, G., «Praxisfern, Das BGH-Urteil zur Schöffenwahl», *Deutsche Richterzeitung*, 1985, pp. 119 y ss.
- HÜRTHAL, G., «Die Rechtsprechung des BGH in Verkehrsstrafsachen im Jahre 1984», *Deutsche Richterzeitung*, 1985, pp. 135 y ss.
- ILLUMINATI, G., «Preteso onere della prova in una questione di inutilizzabilità procesuale», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 353 y ss.
- , «La pericolosità dell'imputato nella motivazione dei provvedimenti sulla libertà personale», *Cassazione Penale*, 1985, pp. 2271 y ss.
- JUNKER, A., «Zur Verpflichtung des deutschen Richters, in der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen mitzuwirken», *Deutschen Richterzeitung*, 1985, pp. 161 y ss.
- KALB, L., «Sui limiti di adottabilità di provvedimenti inibitori ex art. 219 c.p.p.», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 1477 y ss.
- KERI, H.-J., «Stratsanwaltschaft und Polizei, über einen Versuch, die schriftliche Polizeivernehmung einzuführen», *Deutsche Richterzeitung*, 1985, pp. 1985, pp. 3 y ss.
- LA MONICA, M., «Legittimità e validità del titolo esecutivo penale: i poteri del giudice dell'esecuzione», *La Giustizia Penale*, 1984, III, pp. 674 y ss.
- LASLOCZKY, P., «Riflessioni in tema d'invalidità di atti istruttori stranieri», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 1755 y ss.

- LORCA NAVARRETE, A. M., «La prisión provisional de España y la crisis de una ley socialista», *Doctrina Penal*, 27, 1984, pp. 453 a 466.
- LUPACCHINI, O., «Connessione e pregiudizialità come limiti ai poteri di accertamento del giudice dibattimentale nei procedimenti direttissimi», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 2445 y ss.
- , y CHINI, T., «Modifiche alla disciplina dell'arresto obbligatorio e facoltativo in flagranza», *Critica Penale*, 1985, III y IV, pp. 18 y ss.
- MAIR, J. B. J., «La cesura del juicio penal», *Doctrina Penal*, 26, 1984, páginas 235 a 265.
- MALAMUD GOTI, J., «Derechos individuales y facultad de castigar (Un ensayo sobre la justificación de las sanciones contravencionales)», *Doctrina Penal*, 30, 1985, pp. 229 a 239.
- MAMMOLI, M. L., «Dichiarazioni spontanee come fatto storico e garanzie difensive dell'indiziato», *Cassazione Penale*, 1985, pp. 1173 y ss.
- MANCINI, G., «La responsabilità penale del professionista nella nuova normativa sulla repressione dell'illecito tributario», *La Giustizia Penale*, 1984, II, pp. 439 y ss.
- MANZIONE, D., «Vecchie e nuove prospettive nei rapporti tra reato politico ed estradizione», *Cassazione Penale*, 1985, pp. 218 y ss.
- MARTINES, M., «Natura negoziale della querela e principio dell'affidamento», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 2018 y ss.
- MARZADRI, E., «Poteri del parti e poteri del giudice nella determinazione della sanzione sostitutiva applicata su richiesta dell'imputato», *Cassazione Penale*, 1985, pp. 1628 y ss.
- MAZZANTI, M., «Nuove proposte per il processo penale», *La Giustizia Penale*, 1984, III, pp. 55 y ss.
- MELE, V., «P.m. legittimato a ricorrere contro il provvedimento del tribunale della libertà e natura giuridica del riesame», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 2468 y ss.
- MERONE, A., «Abolizione della pregiudiziale tributaria ed immediata perseguibilità dei reati di natura finanziaria ai sensi dell'art. 27 della legge 13 settembre 1982, n. 646», *La Giustizia Penale*, 1985, III, pp. 688 y ss.
- , «Prime riflessioni sulle modifiche di competenza per i reati», *Cassazione Penale*, 1985, pp. 1261 y ss.
- MEYER-GÖBNER, L., «Verfahrensverbindungen im Strafprozeß ohne Gesetzliche Grundlage?», *Deutsche Richterzeitung*, 1985, pp. 241 y ss.
- MONTEBRUCK, «Tatverdächtiger Zeuge und Aussagenotstand», *Juristenzeitung*, 1985, pp. 976 y ss.
- NACK, A., «Computereinsatz in Wirtschaftsstrafsachen», *Deutsche Richterzeitung*, 1985, pp. 425 y ss.
- NAPOLEONI, V., «Una chiosa su tribunale della libertà e difetto di motivazione del provvedimento riesaminato», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 1271 y siguientes.
- NAPPI, A., «Giurisdizione e libertà personale», *Cassazione Penale*, 1986, páginas 2133 y ss.
- , «Delitto di calunnia e diritto di difesa», *Cassazione Penale*, 1985, páginas 1082 y ss.

- NEPPI MODONA, G., «I meccanismi processuali differenziati», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 423 y ss.
- NOBILI, M., «L'accertamento del fatto nei processi contro la mafia e la nuova normativa del settembre 1982», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 1020 y siguientes.
- NÚÑEZ, R. C., «¿Competencia ordinaria o militar? (Causas Comp. n.º 40 y Bignone)», *Doctrina Penal*, 27, 1984, pp. 501 a 535.
- , «Un indebito privilegio procesal», *Doctrina Penal*, 24, 1983, pp. 687 a 691.
- ORLANDI, «Immunità parlamentare, atti preistruttori e investigazioni sul contenuto di una casetta di sicurezza», *Cassazione Penale*, 1985, pp. 915 y ss.
- , «Errore nella scelta del rito e conseguente invalidità dell'istruzione sommaria», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 615 y ss.
- PALMA, N. F., «La scarcerazione dell'imputato per mancato interrogatorio nel termine di cui all'art. 365 C.p.p. Vanificazione di una riforma nella giurisprudenza della corte regolatrice», *La Giustizia Penale*, 1985, III, pp. 513 y ss.
- PALMIERI, E., «Rapporti fra prove inutilizzabili e prove incostituzionali in materia di intercettazioni telefoniche», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 1482 y siguientes.
- PATANÈ, S., «La decorrenza del termine ex art. 401 C.p.p.», *La Giustizia Penale*, 1984, III, pp. 126 y ss.
- PENNISI, A., «Interesse ad impugnare della parte civile e poteri di decisione del giudice penale sull'azione civile», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 348 y ss.
- PETRINI, D., «La sospensione condizionale delle sanzioni sostitutive applicate su richiesta dell'imputato», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 314 y ss.
- PETRONI, M., «Sequestro penale di film e tribunale della libertà», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 2544 y ss.
- PIGHI, G., «Le cause di revoca delle pene sostitutive», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 1010 y ss.
- , «L'applicazione di sanzione sostitutive su richiesta dell'imputato nei reati puniti con pena congiunta», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 317 y ss.
- PIOLETTI, U., «Perquisizione, sequestro e tribunale della libertà», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 2487 y ss.
- PIRIONE, G., «L'anonimografia e l'identificazione di responsabili», *La Giustizia Penale*, 1985, I, pp. 285 y ss.
- , «Ident-kit e photo-fit. Sistemi di identificazione personale basati sulla descrizione fornita dai testimoni», *La Giustizia Penale*, 1984, I, pp. 29 y ss.
- PITTARO, P., «Rinovo del giudizio e ne bis in idem europeo (a proposito di una ratifica che si fa attendere)», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 790 y siguientes.
- POLVANI, M., «Brevi note sul termine annuale stabilito per l'istruzione sommaria», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 1703 y ss.
- PRITUZZELA, G., «Ancora sugli effetti della pronuncia di illegittimità costituzionale di norme processuali penali: un difficile compromesso tra gli indirizzi giurisprudenziali della Corte costituzionale e delle Cassazione», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 2438 y ss.
- RAMAJOLI, S., «Sono applicabili d'ufficio, nel giudizio d'appello e in sede di

- cassazione, le sanzioni sostitutive di pene detentive brevi?», *Cassazione Penale*, 1985, pp. 1398 y ss.
- , «Qualche riflessione sull'art. 225 bis C.p.p.», *La Giustizia Penale*, 1985, III, pp. 101 y ss.
- RANIERI, B., «Sulla competenza a determinare il cumulo delle pene concorrenti al fine dell'esecuzione», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 592 y ss.
- , «Sull'irrevocabilità della dichiarazione d'inammissibilità dell'impugnazione pronunciata dal giudice a quo», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 121 y siguientes.
- RICCHIETTO, G., «Sulla riabilitazione militare», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 563 y ss.
- , «L'istituzione dell'Ufficio autonomo del p.m. presso la corte di cassazione nelle modifiche all'ordinamento giudiziario militare di pace», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 42 y ss.
- RISTORI, R., «Divieto di pubblicazione di atti istruttori e titoli di cronache giornalistiche», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 1130 y ss.
- ROVETTA, A., «Disorientamenti giurisprudenziali in tema di omesso avvertimento della facoltà di non rispondere nel corso dell'interrogatorio dell'imputato», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 2450 y ss.
- RUSO, R., «Sulla notificazione al domicilio eletto mediante consegna al portiere», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 634 y ss.
- , «Questioni varie in tema di estradizione passiva», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 337 y ss.
- SAMMARCO, A., «Il giudizio direttissimo e la connessione nel processo penale per reati valutari», *La Giustizia Penale*, 1985, I, pp. 376 y ss.
- SCHNEIDER, W., «§ 462 a Abs. 2 Satz 2 StPO oder: Die Segensreich-Methode», *Deutsche Richterzeitung*, 1985, pp. 100 y ss.
- SCHROEDER, «Eine funktionelle Analyse der strafprozessualen Zwangsmittel», *Juristenzeitung*, 1985, pp. 1028 y ss.
- SEESING, H., «Sozialtherapie im Strafvollzug», *Deutsche Richterzeitung*, 1985, pp. 37 y ss.
- SELVAGGI, E., «I profili penali del condono edilizio: una navigazione difficile tra questioni di ordine sistematico e problemi pratici», *Cassazione Penale*, 1985, pp. 787 y ss.
- SEVERINI, G., «Commissione parlamentare d'inchiesta e tribunale della libertà», *Cassazione Penale*, 1985, pp. 34 y ss.
- SIMI, I., «Un opportuno chiarimento sulla motivazione dei mandati di cattura», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 146 y ss.
- SISTO, F. P., «La cattura ex art. 16 R.D. 16-3-1942 n. 267 fra Pubblico Ministro e Tribunale Fallimentare: considerazioni in merito ad un provvedimento del Tribunale di Poggia», *Critica Penale*, 1985, III y IV, pp. 3 y ss.
- SORRENTINO, F. V., «Gli art. 152 comma 1.º e 395 comma 1.º c.p.p. e la sentenza della Corte costituzionale 15 luglio 1985 n. 202», *Cassazione Penale*, 1985, pp. 1981 y ss.
- SOTTANI, S., «Qualche appunto in tema di motivazione dei mandati di cattura», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 1739 y ss.
- SPINKA, R. E., «La exención de declarar contra sí mismo y la capacidad para ser testigo», *Doctrina Penal*, 32, 1985, pp. 681 a 693.

- STRIANI, D., «Il principio di specialità nell'extradizione riconosciuto come causa di improcedibilità», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 1616 y ss.
- , «Diritti della difesa anche per l'extradando», *Cassazione Penale*, 1985, páginas 699 y ss.
- , «Osservazioni sull'interpretazione ed applicazione del principio di specialità nell'extradizione», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 112 y ss.
- STUCCILLI, M., «Sui criteri di ragguaglio per la sospensione condizionale delle pene pecuniarie», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 897 y ss.
- STURLA, M. T., «Provvedimenti sostanzialmente incidenti sulla libertà personale e ricorso in cassazione», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 1175 y ss.
- TAORMINA, C., «L'art. 392 bis C.p.p. tra realtà e prospettive», *La Giustizia Penale*, 1984, III, pp. 635 y ss.
- TASSI, A., «Rapporti tra azione di manutenzione e querela», *Cassazione Penale*, 1985, pp. 1614 y ss.
- , «Giudizio direttissimo e termini a difesa per il difensore sostituito», *Cassazione Penale*, 1985, pp. 135 y ss.
- , «In tema di giudizio direttissimo *ratione materiae*», *Cassazione Penale*, 1985, pp. 1143 y ss.
- , «Giudizio direttissimo o procedimento ordinario per il delitto di rapina tentata?», *Cassazione Penale*, 1985, pp. 941 y ss.
- , «Sull'omissione dell'avviso al difensore nel giudizio direttissimo», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 1472 y ss.
- TREVISON LUPACCHINI, T., «Luci e ombre nella tutela degli interessi individuali in campo estradizionale», *Critica Penale*, 1985, I y II, pp. 17 y ss.
- , «L'esercizio del diritto di querela nelle società di capitali», *Cassazione Penale*, 1985, pp. 2237 y ss.
- , «Il giudizio direttissimo come causa non codificata di nullità assoluta», *Cassazione Penale*, 1985, pp. 948 y ss.
- , «Può il giudice civile considerarse autorità competente a ricevere la querela?», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 953 y ss.
- VALIANTE, M., «La nuova delega per il codice di procedura penale. Prime osservazioni e proposte sul progetto», *La Giustizia Penale*, 1985, I, páginas 301 y ss.
- VIRGILI, B., «Un appunto sull'utilizzabilità come *notitia criminis* di intercettazioni telefoniche altrimenti inutilizzabili», *Cassazione Penale*, 1985, pp. 422 y ss.
- VARIOS AUTORES, «Mafia, camorra, sequestro di persona: estensione della legge delega per il codice di procedura penale», *Cassazione Penale, zia Penale*, 1984, I, pp. 293 y ss.
- ZAPPALA, E., «L'abolizione della figura del giudice istruttore nella nuova legge delega perf il codice di procedura penale», *Cassazione Penale*, 1985, pp. 1010 y ss.
- ZINI, F., «Le azioni civili per i danni provocati dal reato militare», *La Giustizia Penale*, 1984, III, pp. 317 y ss.

VI. DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL

A) España

- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «La nueva regulación de la competencia jurisdiccional internacional en materia civil (arts. 21 y 22 LOPJ)», *Justicia*, 1985, pp. 775 y ss.
- FIGUERUELO BURRIEZA, A., «Recurso de amparo frente a violaciones por actos de los poderes públicos. Comentario de jurisprudencia», *La Ley*, 1985, GÓMEZ DE LA ESCALERA, C. R., «El control judicial de la constitucionalidad de las leyes. La cuestión de inconstitucionalidad del art. 163 de la Constitución Española», *La Ley*, 1985, pp. 1065 y ss.
- LÓPEZ ANTÓN, F., «Ejecución en España de laudos arbitrales extranjeros (La aplicación del Convenio de Nueva York)», *La Ley*, 1985, pp. 1190 y ss.
- SORIANO, J. E., «El enjuiciamiento contencioso de la actividad parlamentaria no legislativa (a propósito de la STS Sala 4.ª de 24 abril 1984)», *La Ley*, 1985, pp. 1151 y ss.
- ZELLER, J., «La realización de créditos de acreedores extranjeros contra deudores domiciliados en la República Federal de Alemania», *Justicia*, 1985, pp. 381 y ss.

B) Extranjero

- FELICETTI, F., «In tema di sentenze *additive* e d'inammissibilità di questioni di legittimità costituzionale», *Cassazione Penale*, 1984, pp. 2107 y ss.
- GUARDATA, M., «Su una questione di legittimità costituzionale dell'art. 512 c.p.», *Cassazione Penale*, 1985, pp. 1497 y ss.

José de los S. MARTÍN OSTOS
Arturo ALVAREZ ALARCÓN

TERMINOS PERENTORIOS

1988 RIO DE JANEIRO (BRASIL): 23-28 mayo

XI JORNADAS DEL INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL

Organizadas por el «Centro de Estudios Pesquisa e Atualização de Direito» de Río de Janeiro y bajo la orientación técnica de los profesores miembros del Instituto, José Carlos Barbosa Moreira, Ada Pellegrini Grinover y Sergio Bermúdez, se han proyectado las próximas Jornadas conforme a los siguientes detalles:

TEMAS Y PONENTES:

Medios de aumentar la eficacia del servicio de Justicia

Relatores: Internacional: Prof. Roberto Berizonce (La Plata, Argentina).
Nacional: Prof. Sergio Bermúdez (Río de Janeiro, Brasil).

Protección procesal de los derechos fundamentales

Relatores: Internacional: Prof. José Ovalle Favela (México).
Nacional: Prof. Celso Agrícola Barbi (Belo Horizonte, Brasil).

Medidas cautelares innominadas

Relatores: Internacional: Prof. Aristides Rengel Romberg (Caracas, Venezuela).
Nacional: Prof. Egas Dirceu Moniz de Aragao (Curitiba, Brasil).

Interceptaciones telefónicas y grabaciones clandestinas en el proceso penal

Relatores: Internacional: Prof. Pedro Aragonese (Madrid, España).
Nacional: Prof. Ada Pellegrini Grinover (Sao Paulo, Brasil).

Conferencistas (temas a designar):

Prof. José Almagro Nosete (Madrid, España).
Prof. Luis Torello Giordano (Montevideo, Uruguay).
Prof. Alfredo Buzaid (Sao Paulo, Brasil).
Prof. José Carlos Barbosa Moreira (Río de Janeiro, Brasil).

Programa científico

Iniciación e inscripciones: Domingo 22. Lunes 23, Martes 24, Jueves 26 y Viernes 27: por la mañana, relatorios y debates; por la tarde, Debates y Conferencias. Miércoles 25: por la mañana, Mesa Redonda. Reunión del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

Programa social

Domingo 22, 19 horas: Cocktail de apertura. Miércoles 25, por la tarde: paseo turístico. Viernes 27, por la noche: Recepción de clausura.

Serán invitados a participar todos los miembros del Instituto. Los relatores generales internacionales prepararán un temario de sus ponencias que serán circulados a todos los miembros del Instituto que deseen presentar relatos nacionales.

Fecha última de entrega de trabajos: 31-1-1988.

Por demás datos dirigirse a esta *Secretaría* o a

ONURB COUTO BRUNO,
Director Presidente de CEPAD.
Avda. Almirante Barroso, 91, Grupo 204/205.
Río de Janeiro 20231. Brasil.

1988 BOLONIA 22-24 SEPTIEMBRE

Congreso Internacional extraordinario de Derecho procesal en ocasión del noveno centenario de la Universidad de Bolonia

L'ASSOCIAZIONE INTERNAZIONALE
DI DIRITTO PROCESSUALE
LA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
DELL'UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

annunciano il

Il bureau dell'Associazione internazionale di diritto processuale

Prof. Mauro Cappelletti, Firenze e Stanford
Prof. Vittorio Denti, Pavia
Prof. Marcel Storme, Gent
Prof. Walther J. Habscheid, Zürich

Comitato scientifico

Presidente

Prof. Fabio Rovarsi Monaco
Magnifico Rettore dell'Università di Bologna

Prof. Enrico Allorio
presidente dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile

Prof. Angelo Bonsignori
ordinario di diritto processuale civile, Bologna

Prof. Mauro Cappelletti
presidente dell'Associazione internazionale di diritto processuale

Prof. Federico Carpi
ordinario di diritto processuale civile, Bologna

Prof. Vincenzo Cavallari
ordinario di procedura penale, Ferrara

Prof. Giuseppe De Vergottini
ordinario di diritto costituzionale, Bologna

Prof. Paolo Mengozzi
ordinario di diritto internazionale, Bologna

Prof. Massimo Nobili
ordinario di procedura penale, Bologna

Prof. Enrico Pattaro
ordinario di filosofia del diritto, Bologna

Prof. Gerardo Santini
ordinario di diritto commerciale, Bologna

Prof. Mario Vellani
Magnifico Rettore dell'Università di Modena

Il comitato promotore

Prof. Roberto Bonini
preside della Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Bologna

Prof. Giuseppe Caputo
direttore dell'Istituto giuridico «A. Cicu» dell'Università di Bologna

Prof. Federico Carpi
direttore dell'Istituto di Applicazione Forense «E. Redenti» dell'Università di Bologna

Congresso internazionale
straordinario di diritto processuale
in occasione del nono centenario
dell'Università di Bologna

22-24 settembre 1988

**LA TUTELA GIURISDIZIONALE
DEI DIRITTI DELL'UOMO
A LIVELLO NAZIONALE
E INTERNAZIONALE**

Il Congresso sarà dedicato alla memoria
del prof. Tito Carnacini

Programma scientifico**Relatore generale**

Prof. FRANZ MATSCHER
ordinario dell'Università di Salzburg e giudice della Corte
europea dei diritti dell'uomo

a) Introduzione storica

Prof. GIOVANNI PUGLIESE
ordinario dell'Università «La Sapienza», Roma

b) Il livello nazionale

Diritti europei latini
Prof. LOUIS FAVOREU
ordinario dell'Università di Aix-en-Provence

Diritti europei germanici
Prof. HELMUT STEINBERGER
Juristische Fakultät, Mannheim, Giudice del
Bundesverfassungsgericht

Paesi di Common Law
Prof. BRIAN GARTH
Università dell'Indiana, Bloomington, School of Law

Paesi scandinavi
Prof. JACOB SUNDBERG
ordinario dell'Università di Stockholm

Paesi socialisti
Prof. Dr. PAVLE NIKOLIC
ordinario dell'Università di Beograd

America latina
Prof. HÉCTOR FIX ZAMUDIO
ordinario dell'Università autonoma del Messico, giudice
della Corte interamericana per i diritti dell'uomo

Estremo oriente
Prof. TAKE-SHI KOJIMA
Chu University, Tokio

c) Il livello internazionale

Corte europea dei diritti dell'uomo
Prof. JUAN ANTONIO CARILLO
giudice della Corte europea dei diritti dell'uomo,
ordinario dell'Università di Siviglia

Corte Interamericana per i diritti dell'uomo
Prof. HÉCTOR FIX ZAMUDIO

Corte di giustizia delle Comunità europee
Prof. G. FEDERICO MANCINI
Avvocato generale della Corte di giustizia,
ordinario dell'Università di Bologna

Nazioni unite
Prof. JOSEPH WILER
University of Michigan

Sono previste comunicazioni programmate ed interventi.
Chiunque abbia interesse, potrà inviare comunicazioni
scritte al relatore generale o ai relatori nazionali, nei
rispettivi settori, in francese, inglese o italiano.
Le relazioni e le comunicazioni che perverranno entro il 30
Aprile 1988 saranno pubblicate in una edizione provvisoria
degli atti da distribuirsi ai partecipanti al congresso.

Informazioni generali**Sede**

Il congresso si terrà nei giorni 22, 23 e 24 Settembre 1988 a
Bologna presso la Facoltà di giurisprudenza,
Palazzo Malvezzi - via Zamboni, 22
Tel. 051/23 31 37 - 23 71 84

Quota di iscrizione

Dollari USA 80.-

La quota comprende:

- il materiale congressuale
- gli atti provvisori
- i ricevimenti ufficiali
- il post congress tour

Lingue ufficiali

Le lingue ufficiali del congresso sono il francese, l'inglese e
l'italiano. Verrà effettuato il servizio di traduzione
simultanea.

Prenotazione alberghiera

La segreteria organizzativa effettuerà le prenotazioni sulla
base dei dati forniti con la scheda alberghiera allegata al
programma preliminare che verrà inviato in data successiva
solo a coloro che ritorneranno la scheda di adesione.

Segreteria scientifica

Prof. Federico Carpi
Istituto di Applicazione Forense «E. Redenti»
Via G. Petroni, 33 - I - 40126 Bologna, Italy
Tel. 051/27 69 23 - 22 76 52

Indirizzo privato:

Via G. Reni, 7
I - 40125 Bologna, Italy
Tel. 051/23 39 14 - 23 43 90

Segreteria organizzativa

O.S.C. Bologna
Via S. Stefano, 30
I - 40125 Bologna, Italy
Tel. 051/27 32 32 - 27 55 68
Telex 213479-511321 Balreit - Attn. OSC

VIII CONGRESO MUNDIAL DE DERECHO PROCESAL
(Utrecht, Holanda, 24-28 de agosto de 1987)

JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER

Con la celebración del Congreso de Utrecht se ha cerrado, en palabras de despedida del profesor Cappelletti, la trilogía de reuniones internacionales de procesalistas, inaugurada en Gante y continuada en Wurzburg, dedicadas al estudio de los grandes problemas que plantea hoy la Justicia, su acceso a ella, la tutela judicial efectiva, y la debida protección constitucional para garantizarla.

Comentado ya lo que significó el Congreso de Würzburg (v. *Justicia* 83, IV, pp. 1017 y ss.), y teniendo en cuenta que al de Gante, por edad, no pudimos asistir, hay que decir que en efecto, el de Utrecht, en aquella línea indicada, ha pretendido estudiar la problemática relativa a la efectividad de la Justicia, llevando como lema general el de «Justicia y eficiencia».

Durante cuatro días de intenso trabajo si se participaba a fondo en las sesiones propuestas, se han estudiado en este sentido los temas siguientes:

A) *Lunes, 24 de agosto*: Aparte del acto oficial de inauguración, presidido por el príncipe Claus de los Países Bajos, por la tarde se estudiaron cuatro temas:

- 1) **Causas y orígenes de los problemas actuales de la sobrecarga de la Administración de Justicia, siendo uno de los ponentes mundiales el catedrático de Alicante, profesor Gimeno Sendra.**
- 2) **Posibles soluciones de la sobrecarga en los Tribunales de Apelación.**

- 3) Mejoras en la litigiosidad a través de experiencias proporcionadas por el arbitraje.
- 4) Mejora de los procedimientos de ejecución, reconocimiento de sentencias extranjeras y laudos arbitrales.

B) *Martes, 25 de agosto:* Se dedicó al estudio en sesión plenaria de los cuatro temas anteriores, marchando por la tarde de excursión a la interesante y bella ciudad de Amsterdam, debiendo destacar el paseo en barco por sus canales, y criticar que la cena de invitación fuera en un restaurante chino.

C) *Miércoles, 26 de agosto:* En este día se estudiaron en sesiones de trabajo separadas los otros cuatro temas que restaban:

- 1) Mejora del proceso civil por medio de experiencias obtenidas del proceso administrativo.
- 2) Simplificación de la prueba.
- 3) Alternativas no formales dentro de los procesos ordinarios.
- 4) Uso y abuso de juicios sumarísimos.

D) *Jueves, 27 de agosto:* En sesión plenaria se trataron los anteriores temas, celebrándose por la tarde la sesión de clausura, y por la noche, un banquete en una granja típica holandesa.

E) *Viernes, 28 de agosto:* Tuvo lugar la excursión postconferencial, en la que se visitó un parque nacional y un museo, entre otras actividades.

Como novedad habría que destacar la celebración el miércoles por la tarde de una sesión plenaria dedicada al estudio de las posibilidades del uso de la informática en la Administración de Justicia, en la que diversos catedráticos de informática intentaron explicar al auditorio las maravillas que se pueden hacer con un ordenador.

En toda crónica de un Congreso debe de haber un apartado en el que, sin caer en personalismos, se reflejen diversas impresiones subjetivas obtenidas durante su celebración. Muy resumidamente, debemos de indicar las siguientes, con el fin, naturalmente, de que se mejore en próximos congresos y no de criticar negativamente:

1.ª) Ha resultado extraordinariamente caro. Los organizadores se han visto quizás en la obligación de hacerlo así, pero hasta el libro del Congreso hay que pagarlo si lo quieres, lo cual no había ocurrido hasta ahora, salvo error involuntario nuestro.

2.ª) Ha resultado un congreso frío, pues la organización no ha sido todo lo correcta que debería de haber sido. Prácticamente todos los congresistas pueden tener quejas: falta de información el domingo en

la estación de Utrecht, cambios de hotel, cambios de habitación, falta de traducción en las primeras sesiones de trabajo individuales, etc.

3.ª) Muy importante, no se envió el material del Congreso (Ponencias mundiales) con la suficiente antelación, por lo que todos los asistentes fuimos a las sesiones conociendo únicamente el título general de lo que se iba a tratar a continuación.

4.ª) Positivamente resaltaría, naturalmente, el concierto en la iglesia de Santa Gertrudis; la traducción española, sobre todo la del traductor, quien dio alegría con moderación al verter a nuestra lengua; la belleza de Holanda, particularmente de Utrecht; y con carácter general evidentemente el propio Congreso, sobre cuyo significado obviamente no hay que manifestarse aquí sino en las consultas y citas posteriores que de sus materiales hará la doctrina, que quizá pueden ser aprovechados también por los gobiernos y Parlamentos de los distintos países, además por supuesto de por la propia judicatura.

Ha servido también, y finalmente, para iniciar, mantener, renovar y cumplimentar relaciones internacionales, uno de los aspectos más importantes, a mi juicio, de este tipo de Congresos. Por parte española acudieron los profesores doctores Almagro Nosete, De la Oliva, De Miguel, Gimeno Sendra, Ramos Méndez y quien suscribe, además de los titulares Franco Arias y Lorca Navarrete, y las doctorandas malagueñas señoritas Senent y Molina. De América, reseñar a los doctores Vescovi, Morello, Berizonce, Nogueira, etc., etc., con quienes tantos ratos agradables pasamos.

ÍNDICE 1987

<i>Denodadamente en la brecha</i>	4
<i>Jaime Guasp Delgado</i>	5
<i>Enrico Tulio Liebman</i>	9
<i>Y sin embargo te quiero</i>	261
<i>Miguel Fenech Navarro</i>	263
<i>La movida está en la prensa</i>	517
<i>Alicia en el país de las maravillas</i>	773

EN ESTRADOS

<i>Muñoz Sabaté, Lluís, Un remedio para la justicia: el I.D.T.</i>	275
<i>Ramos Méndez, Francisco, ¡La justicia es un cachondeo!</i>	11
<i>Ramos Méndez, Francisco, Oigan todos: ¡La justicia está podrida!</i>	273
<i>Ramos Méndez, Francisco, Los grandes inventos del TBO: la retención policial</i>	519
<i>Serra, Esther, Yo juzgo, tu juzgas, él juzga... y los jueces</i>	533
<i>De los periódicos: Corrupción en la justicia</i>	267
<i>De los periódicos: Huelga la justicia</i>	531
<i>De los periódicos: Jueces y jueces</i>	537

AUDIENCIA PÚBLICA

<i>Almagro, José, In puris naturalibus</i>	539
<i>Almagro, José, El juez-mosquetero</i>	777
<i>Martín Ostos, José, El Caballo misterioso</i>	285
<i>Martín Ostos, José, El Libre acceso a la Administración de Justicia</i>	775
<i>Montón Redondo, Alberto, Y los alumnos dijeron</i>	277
<i>Ramos Méndez, Francisco, El beso de Azuaga</i>	545
<i>Ramos Méndez, Francisco, ¡Van a repartir jeringuillas y condones en las cárceles! ¡Ah, y también en los Sanfermines!</i>	547
<i>Ramos Méndez, Francisco, Sigue el cachondeo</i>	549
<i>In claris non fit appellatio</i>	15
<i>Las apelaciones caducan solas</i>	17
<i>Justicia o inquisición</i>	543

DACIONES DE CUENTA

<i>Almagro Nosete, José, Alternativas informales a los procesos civiles ordinarios</i>	551
<i>Barona Vilar, Silvia, La revisión penal</i>	849
<i>Franco Arias, Just, ¿Debe admitirse una segunda tercera de mejor derecho fundada en la cancelación de la anotación de embargo en favor del ejecutante que caducó por no solicitarse su prórroga?</i>	63
<i>Garbert Llobregat, José, Algunas cuestiones sobre la congruencia en el proceso administrativo ordinario</i>	883
<i>Gimeno Sendra, José V., Los procedimientos penales simplificados</i>	355
<i>Gimeno Sendra, José V., Causas históricas de la ineficacia de la justicia</i> ...	579
<i>Lorca Navarrete, Antonio M.ª, La posición del Estado en el proceso</i>	645
<i>Mascarell Navarro, María José, La carga de la prueba y la presunción de inocencia</i>	603
<i>Montero Aroca, Juan, El alarde del artículo 317,3 L.O.P.J.</i>	87
<i>Montero Aroca, Juan, Responsabilidad del Estado y tutela del ciudadano por los daños producidos con ocasión del ejercicio de la jurisdicción</i>	779
<i>Moreno Catena, Víctor, La fe pública y la publicidad en la Ley Orgánica del Poder Judicial</i>	73
<i>Ortells Ramos, Manuel, Eficacia probatoria del sumario en el juicio ante el jurado</i>	347
<i>Ortells Ramos, Manuel, La Ley de reforma urgente de la L.E.C. y la suspensión del proceso civil por acuerdo de las partes</i>	839
<i>Perrot, Roger, La efectividad de las resoluciones judiciales en el ámbito civil, mercantil y laboral</i>	315
<i>Ramos Méndez, Francisco, Adiós a la rebeldía táctica</i>	103
<i>Ramos Méndez, Francisco, ¿Legitimación de los peritos para instar el procedimiento de cuenta jurada de los arts. 8 y 12 L.E.C.?</i>	335
<i>Serra Domínguez, Manuel, Precisiones en torno a los conceptos de parte, capacidad procesal, representación y legitimación</i>	289
<i>Varela Castro, Luciano, Inmediación judicial: agonía de una fundamental garantía</i>	95
<i>Vázquez Sotelo, José Luis, Instituciones saneadoras del proceso civil español: «excepciones dilatorias» y «comparecencia previa»</i>	19

DESPACHO ORDINARIO

<i>La tramitación de la declinatoria</i>	125
<i>Sucesión procesal</i>	135
<i>Jurisprudencia procesal internacional, por Francisco Ramos Méndez</i>	145 y 653
<i>Eficacia del embargo frente a terceros, por Just Franco Arias</i>	377
<i>Los Tribunales han dicho</i>	383 y 905

COMISIONES ROGATORIAS

<i>Berizonce, Roberto O., La organización de la asistencia jurídica</i>	189
<i>Gutiérrez-Alviz y Conradi, Faustino - Pisani, M., Las relaciones entre la orga-</i>	

<i>nización judicial y el proceso penal</i>	953
PARA MEJOR PROVEER	
<i>Reseña legislativa procesal, por Manuel Lozano-Higuero Pinto</i>	217
<i>Anteproyecto de ley de arbitraje</i>	435
<i>Régimen procesal de la ley de 20 de marzo de 1986, sobre patentes y modelos de utilidad, por Alberto Montón Redondo</i>	717
<i>El Depósito para el recurso de casación laboral por la Abogacía del Estado, por Pedro Luis Serrera Contreras</i>	977
EXEQUATUR DE TÍTULOS PUBLICADOS	227, 459, 747 y 985
TÉRMINOS PERENTORIOS	239, 483, 757 y 1007
APUNTAMIENTOS	
<i>X Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, por F. R.</i>	251
<i>Jornadas sobre corrupción, por Manuel J. Dolz Lago</i>	497
<i>IV Jornadas Uruguayas de Derecho Procesal</i>	761
<i>Jornadas en homenaje al Dr. Augusto M. Morello</i>	762
<i>VIII Congreso Mundial de Derecho Procesal, por Juan-Luis Gómez Colomer</i>	1013