

# JUSTICIA 88

NUMERO III

**Director:**

**FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ**

**Consejo de Redacción:**

**JOSÉ ALMAGRO NOSETE**

**VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ**

**JOSÉ V. GIMENO SENDRA**

**JUAN L. GÓMEZ COLOMER**

**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**

*LB*

---

LIBRERIA BOSCH

- Ronda Universitat, 11

- BARCELONA

«JUSTICIA 88» se publica trimestralmente.

ADMINISTRACION (suscripciones), Librería Bosch, Ronda Universitat, 11, 08007 - Barcelona, Tel. (93) 317 53 08.

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

## INDICE

EL JUEZ DE CABECERA .....	517
EN ESTRADOS	
<i>La unidad del método científico</i> por José Luis Estévez .....	519
AUDIENCIA PÚBLICA	
<i>La ruleta de la justicia</i> por José Martín Ostos .....	533
<i>Condenas absolutorias</i> .....	537
<i>La autoridad de los jueces</i> por Luis Muñoz Sabaté .....	543
DACIONES EN CUENTA	
<i>«La casación y el derecho a los recursos» (notas para una nueva ordenación del sistema penal de recursos)</i> por Vicente Gimeno Sendra .....	547
<i>Algunas notas sobre la abstención del juez</i> por Victor Moreno Catena .....	561
<i>Cambio social, socialización y privatización de la justicia</i> por Manuel Lozano-Higuero Pinto .....	565
<i>La entrada en lugar cerrado</i> por Just Franco Arias .....	581
<i>Algunas reflexiones sobre la responsabilidad civil de jueces y magistrados</i> por M. <sup>a</sup> Angeles Rodríguez Alique .....	613
DESPACHO ORDINARIO	
<i>Jurisprudencia procesal internacional</i> por Silvia Barona Vilar y Carlos Esplugues Mota .....	627
<i>Competencia judicial internacional</i> .....	627
<i>Régimen del proceso con elementos extranjeros</i> .....	643
<i>Reconocimiento de sentencias y resoluciones extranjeras</i> .....	656
COMISIONES ROGATORIAS	
<i>La identificación de personas por parte de testigos y víctimas: medidas de imparcialidad</i> por Margarita Diges Junco y José J. Mira Solves .....	661
PARA MEJOR PROVEER	
<i>Breve comentario sobre el anteproyecto de ley de demarcación y de planta judicial (de 4 de septiembre de 1987)</i> por Juan-Luis Gómez Colomer .....	689
EXEQUATUR DE TÍTULOS PUBLICADOS .....	735
TÉRMINOS PERENTORIOS	
<i>Bolonia</i> .....	753
<i>Munich</i> .....	757
<i>Buenos Aires</i> .....	759
<i>Barcelona</i> .....	761

© 1988, Librería Bosch  
Ronda Universitat, 11 - 08007 Barcelona

Depósito legal: B. 19.117-87

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

## El Juez de cabecera

La incorporación de nuestro país a criterios modernos de organización aporta al acervo cultural ordinario nuevos parámetros de exigencias, medidas y puntos de referencia. La renta per capita, la población activa, el número de parados, el coste de la vida y otros muchos standards se han incorporado ya a nuestra vida cotidiana como si tal cosa. Lo mismo ha ocurrido con ciertos servicios. Al aumentar las necesidades de los ciudadanos y requerir su uso más frecuente, como teniéndolos a mano, han aparecido múltiples colegas del ángel de la guarda. La Administración pública, velando solícita por los intereses del ciudadano, se ha volcado en acompañarle casi al momento fugaz de sus vivencias, apostando por el servicio, aunque quedan muchos huecos que cubrir. El médico de familia, paciente curalotodo impagable, ha dado paso al médico de cabecera. La inspección fiscal permanente aboca a un inspector de cabecera. No sé si se puede decir que tenemos derecho a un policía de cabecera, pero sería de agradecer. Tampoco está claro si toda la población discente entra en el cupo de algún maestro, pero sería un objetivo prioritario. Ahora parece que le toca el turno a la justicia. Con la futura ley de planta se pretende poner a nuestro servicio un juez de cabecera. Se habla de un juez por cada veinte, treinta mil —qué se yo—, almas. Lo del porcentaje es lo de menos. Lo que importa es que efectivamente sea un juez de cabecera. Para que lo podamos ver, para que sepamos a quien acudir, para que se acaben las colas, para que haya una respuesta adecuada a las necesidades jurídicas del ciudadano.

Una sola preocupación: que la leva no se haga al buen tun tun. No sirve cualquiera. Y si no que se lo pregunten a los que todavía conservan la imagen del buen maestro de pueblo, del paciente médico de familia. Hace tiempo que se invierte poco en la imagen del buen juez.

Francisco Ramos

## LA UNIDAD DEL MÉTODO CIENTÍFICO

José LOIS ESTÉVEZ  
Catedrático de Epistemología Sociojurídica  
Facultad de Derecho  
Universidad de Santiago de Compostela

### I

Por escaso interés que dispensen nuestros Centros educativos a los temas epistemológicos, no creo que ningún universitario pueda ignorar los ingentes progresos que la Metodología científica ha realizado en nuestro tiempo. A la verdad, se ha hecho tan consciente de sí misma y se ha enriquecido con tantos medios instrumentales que su exposición completa —si fuese posible— demandaría un Tratado muy voluminoso, de bastantes centenares de páginas.

Sin embargo, si se me permite comenzar con una «salida» humorística que fije las claves de mi disertación, afirmaré *ab initio* que la teoría del método se puede reducir a tres lecciones, y si me apuran, a una sola, enormemente fácil de aprender pues cabe en una única palabra; pero difícilísima de practicar, porque, con terquedad impropia de seres racionales, no nos resignamos a creerla y la convertimos en una utopía inoperante.

La lección sintetizadora de toda nuestra Metodología se cifra en la proposición siguiente: El método es una criba sistemática, inspirada por la desconfianza más radical, para contrastar socialmente, sin ocluirlo, el afán de conjetura y fantaseo que impulsa íntimamente nuestro pensamiento.

Y la palabra-clave, el monótono tema sin variaciones que resume

toda nuestra materia, consiste en algo tan natural como refido con nuestra vanidad incurable: la «humildad».

¿Quieren ustedes persuadirse de que no estoy distorsionando los hechos por hacer alardes, sino que me limito a fedatar en acta de constancia lo que la experiencia demuestra? Pues permítanme ahora que para justificar mis asertos me valga de una fórmula mitad cabalística mitad paradójica.

## II

¿Cuál habrá sido la creencia de más perniciosos resultados para la Historia humana? Comprendo que semejante rompecabezas, encerrando un alto voltaje de subjetivismo, no será fácil de resolver. Pero, de todos modos, si le imponemos algunas condiciones de contexto y accedemos a él mediante preguntas bien calculadas, tal vez admita una respuesta relativamente plausible.

¿Cómo podremos explicar que haya necesitado el hombre varios millones de años para descubrir el uso científico del pensamiento?

La réplica a este interrogante no me parece demasiado ardua. Podemos obtenerla sólo con inquirir: ¿Hay uno siquiera entre nosotros que no se crea en perfecto dominio de sus potencias intelectuales? ¿Alguien pone en duda su aptitud innata para alcanzar por sí mismo la certeza? ¿Quién encuentra jamás taras congénitas en sus razonamientos y extrae así la lógica consecuencia de que necesita aprender a pensar? ¡Júzguese cada uno a sí propio y nadie querrá exigirme otros argumentos en confirmación de mi tesis! ¡Es tan fascinante el pensamiento y representa tanto en nuestra vida que no nos acomodamos a la idea de que el error sea para cada uno más probable que la verdad!

## III

Para exponer ahora la primera gran lección de Metodología, nada mejor que rememorar aquí la famosa polémica que a lo largo de muchos años mantuvo Sócrates con los sofistas. Estos últimos —recordémoslo— se sentían capaces de pontificar dogmáticamente sobre cualquier asunto. Reduciendo el saber a retórica, se comprometían a enseñar a sus discípulos con tal eficacia que consiguieran el «virtuosismo», el *dominio sobresaliente* en las más importantes actividades.

Dicho al modo actual: Los alumnos formados por ellos lograrían el más alto nivel de especialización en Artes y Ciencias. Que se trataba de una pretensión desmedida nos parece evidente hoy. Pero ellos eran, de hecho, los primeros expertos en las técnicas de la publicidad y conseguían lucrarse de su propaganda y de su docencia con un buen dinero. No en vano eran hombres sagaces, imaginativos, dueños del idioma en que se expresaban, amenos conversadores, oradores hábiles, maestros bien provistos de ingenio... Enseñaban en una polis que prometía a sus ciudadanos como emblemas representativos de su democracia nada menos que «isonomía», «isegoría» e «isocracia». Vale decir: igualdad jurídica, idénticas intervenciones en las Asambleas y participación política igualitaria.

Todo ciudadano ateniense tenía, pues, derecho a tomar la palabra en la *Ecclesia*, en las Asambleas del pueblo. En la práctica, sin embargo, muy pocos se sentían capacitados para levantarse y hablar. Unas veces por desconocimiento de la materia tratada; otras, por aturullarse o por sentirse intimidados por el público. Nadie se sorprende por esto, ya que el fenómeno no es exclusivo del ayer: subsiste en nuestros días. ¿O no ha sido siempre la persuasión por el discurso un Arte raro, una graciosa dádiva de las Musas? ¿Quién se imagina a un demagogo sin dotes oratorias?

Muchas gentes en Grecia deseaban, al igual que hoy, adquirir esa técnica sutil que confiere el dominio de la palabra; querían ser capaces de arrastrar a la multitud, de imponer su criterio a las masas. Pues bien, ahí estaba el gran imán, el secreto atractivo que hacía socialmente influyentes a los sofistas. Éstos, en el fondo, enseñaban a pensar en voz alta, a ponerse en condiciones de dialogar, a salir del paso con argumentos tópicos, fuera cual fuera el tema. Y ya que una cierta cultura general resultada útil para este propósito, los sofistas no podían pasarla por alto. Difundieron así conocimientos de valor indudable. Ahí estaba el mineral aurífero de su aportación, el germen positivo que atesoraba su mensaje.

Por eso, juzgando superficialmente, uno se podría preguntar: ¿Qué había de malo en las lecciones de los sofistas? ¿Por qué conservan hasta nuestro tiempo tan peyorativa connotación? En el mundo de entonces sólo un hombre se percató del peligro terrible que entrañaba para la humanidad la actitud sofística. Ese hombre fue Sócrates, el verdadero «padre» de la Filosofía. Él adivinó en aquella tendencia la propiciación de prácticas abortivas contra la auténtica investigación del conocimiento; comprendió que valía la pena, incluso al precio de

su vida, alertar las conciencias de los jóvenes para que no se resignaran a tamaña claudicación, el pecado de los filósofos contra el Espíritu y el único, por tanto, que no se les perdona.

Sí, la doctrina de los sofistas era corrosiva y deletérea, porque, encastillándose en su nominalismo idealista, se hacía por completo indiferente al error. El mero fantaseo, la espontánea divagación imaginativa, lo que se ha llamado después, por los mismísimos escolásticos, el «método natural» constituía, en el mejor de los casos, el único objetivo de su docencia...

El escepticismo de los sofistas respecto a la Ciencia y a la Filosofía era la consecuencia natural de la encrucijada desconcertante en que se encontraba el hombre griego tras las indagaciones del críptico Heráclito, del inmovible Parménides y del intuitivo Demócrito, que habían descalificado por primera vez con sus argumentos al sentido común y al saber vulgar para situarse en un universo metaempírico. Frente a los sofistas, que reducían al absurdo y ridiculizaban los resultados de la investigación precedente, aunque demostraban creer en la autosuficiencia de sus facultades personales para sentenciar en la disputa, Sócrates comprendió que la primera condición para cimentar un auténtico saber consistía en adquirir conciencia de la propia limitación, en percatarse de que todo saber científico necesitaba ser una empresa transpersonal, una obra de colaboración entre muchos o —según la definición que me he permitido formular, «un lenguaje inmune a los cambios de observador, por brindar las descripciones invariantes de los fenómenos». La investigación y el aprendizaje tenían que comenzar por la «docta ignorancia», por el humilde «sólo sé que no sé», porque únicamente se compromete a realizar averiguaciones quien se ha hecho cargo de que no sabe. Si el sentido común y el saber vulgar no estuvieran aquejados de una insuficiencia radical para dar de sí conocimientos consistentes, ¿hubiera tenido la humanidad que aguardar varios millones de años para saber lo que sabe actualmente, gracias a la Ciencia?

A mí no me parece traicionar la enseñanza socrática si la interpreto como «una epistemología generalizada». Pues, en efecto, si algo cabe deducir de la táctica interrogadora de Sócrates es que él abrigaba la convicción de poder siempre, mediante su mayéutica, conducir a sus interlocutores al callejón sin salida de las manifestaciones contradictorias. ¿Por qué? Porque el filósofo estaba persuadido previamente de que el sentido común, adoleciendo de una impotencia substancial para trascender las apariencias fenoménicas, podría siem-

pre ser cogido en su propia trampa. Sócrates había inferido la necesidad de universalizar los conceptos, tras descubrir que el carácter fragmentario de las impresiones sensoriales las enferma de esencial error y las convierte en un avispero de contradicciones.

Sócrates concibió el conocimiento como el resultado venidero de una contribución comunitaria que habría de producirse por el esfuerzo conjunto y el intercambio dialéctico de numerosos investigadores. Y, en tales condiciones, no sólo lo consideraba posible sino absolutamente necesario para la humanidad, porque en él se cifraba toda excelencia. Pues si mal y error eran la misma cosa, convencerse de que algo fuese verdadera *areté* equivaldría —supuesta la aplicabilidad universal del concepto— a experimentar íntimamente la necesidad de alcanzarla.

No sé si estaré equivocado al interpretar así las fuentes socráticas; pero me parece que el descubrimiento que anima su mayéutica se concreta en el «principio de exclusión», el denominador común de la que yo designo la «fase dialéctica del método». Explicaré en seguida cómo hay que entender estas expresiones; pero permítanme para ello, en aras de la mayor intuitividad y eficacia, que me sirva, como elemento clarificador, de un viejo mito.

## IV

¿Quién no conoce la leyenda sobre Teseo y el laberinto infranqueable, construido por Dédalo? Hubo un tiempo, milenios atrás, en que Creta era tal vez potencia hegemónica en el Mediterráneo. De su pasada grandeza rinden testimonio aún hoy los restos arqueológicos recuperados tras numerosas excavaciones. Sobre todo, las de Arturo Evans en Knossos, que al desenterrar el palacio gigantesco del rey Minos, con sus más de mil piezas utilizables, patentizó de nuevo la existencia de un germen histórico real legitimando la ulterior confabulación imaginativa. Creta sucumbió un día ante ejércitos invasores, probablemente procedentes del Ática. Y —como escribe Pendlebury—: «La escena final tuvo lugar en la habitación más dramática que jamás se haya excavado: la Sala del Trono. El estado de confusión en que se encontró era completo. Un gran recipiente de aceite estaba volcado en un rincón y sin duda se estaban usando las vasijas rituales cuando llegó el desastre. Parece como si el rey hubiera entrado allí precipitadamente, para realizar, demasiado tarde, alguna ceremonia con la es-

peranza de salvar a su pueblo. ¡Teseo y el Minotauro! ¿Tendría el rey puesta la máscara de un toro?»

La conjetura para explicar el acertijo legendario pugna incontenible por brotar de nuestra curiosidad: ¿Qué vieron los ojos de los antiguos observadores desde que fue barrido el imperio cretense?

No teman, por favor, que les haya transportado hasta el laberinto de Minos en inoportuna digresión que definitivamente los extravíe. ¡Es que no he sabido hallar forma más plástica de hacerles vivir personalmente, en una especie de reproducción simulatoria, el problema esencial contra el que se debate toda la Metodología! ¡Conviene que realicemos juntos ese experimento psicológico denominado «prueba del laberinto» para que, desconcertado cada uno en el torbellino caótico, aprenda en la práctica cómo colaborar en proporción a las propias dotes, para que la expedición humana que busca descifrar los perturbadores enigmas del universo logre con mayor rapidez doblegarlos al poder de la mente!

Entrar en el laberinto es, así, para nosotros de tanta importancia como lo fue para Teseo. Mas al igual que él, tendremos que adoptar las precauciones indispensables para evitar vueltas y revueltas en un errar sin fin. Cuando Teseo se aventuró en los desafiantes recovecos de aquella maraña de estancias y corredores indiscernibles, ¿cómo logró dar con la salida? La intuición de quien urdió el relato fabuloso supo atinar con perspicacia en la respuesta: ¡Teseo tendió el hilo de Ariadna para señalar su propio camino y poder luego desandararlo sin perderse a perpetuidad en interminables encrucijadas! ¿Dónde está y cuál es, sin embargo, el hilo de Ariadna del científico? ¿Es nuestro laberinto particular más, tan o menos inextricable que el de Minos?

Nosotros, por desgracia, como Crispín y Leandro en la primera escena de *Los intereses creados*, no nos topamos apresados en un único laberinto, por embrollado y tenebroso que resulte, sino ante dos opuestos, cuya identidad urge primero averiguar. Uno es limitado en extensión y finito en el tiempo. El otro da la impresión de que nos lo estén agrandando en estancias y en corredores con más prisa que la nuestra en recorrerlos, por lo que sólo un barrunto feliz o un golpe de buena fortuna nos hará posible la salida.

Miremos con atención en torno: ¿Dónde estamos?

Hay dos modos sustancialmente distintos de reaccionar ante los problemas que acucian al hombre. Uno, el de la fabulación o enfoque artístico. Otro, el de la representación fiel de los datos que metódicamen-

te se impone la Ciencia. Ambos tienen su justificación peculiar, sus reglas inherentes, su propia lógica.

El primer laberino de nuestro apólogo puede simbolizar muy bien el atisbo socrático sobre la esencia del método científico. Los problemas que la Ciencia está en condiciones de resolver son más o menos intrincados y complejos; pero versan siempre sobre *un número finito de posibilidades alternativas*. Las Bellas Artes, por el contrario, han de simbolizarse en el segundo laberinto, en una ruta de itinerarios inagotables, de tanteos en expansión, donde —como dirían los matemáticos— nos abrumba la densidad del continuo. Frente al saber artístico, desbordado por magnitudes transfinitas, y que, por ello, sólo puede ser gobernado por la intuición y por una lógica preferencial, de inspiraciones extracómputo; la Ciencia estudia fenómenos esencialmente reconducibles a un número entero de trayectos por recorrer. De ahí que le sea aplicable a sus problemas un tratamiento por exclusión; y que, contraseñando y desdeñando las opciones capciosas, desemboquemos indefectiblemente alguna vez en la única salida.

A estas alturas de la disertación, para clarificar y precisar las ideas, quizá convenga recapacitar sobre el oculto significado de nuestro alegórico modelo. Es decir, debemos reflexionar más en detalle sobre la táctica requerida para estar ciertos de salir, y con la mínima demora, del laberinto. La receta —pensándolo bien— resulta simple. Consiste, primero, en conjeturar cuál será la ruta más probable hacia la salida; segundo, en apurarla hasta cerciorarse de si fue, o no, correcta nuestra hipótesis; tercero, en señalarla sin ambigüedad para poder identificarla ya siempre y no incurrir de nuevo en el mismo error; cuarto, en reiniciar el procedimiento con otra conjetura, su comprobación y las precautorias contraseñas. Y, quinto, en llevar hasta el fin las pruebas eliminatorias de los itinerarios oclusos. Hecho todo esto, ¿no es evidente que se habrá llegado al exterior?

No me parece incurrir en un exceso de optimismo si doy en suponer que la mayoría de los lectores ha comprendido ya que tras nuestra inofensiva receta para salir del laberinto no hay otra cosa que una descripción quintaesenciada de toda investigación científica.

Para resumir más y mejor estas ideas, permítanme reafirmar que los ingredientes del método son, en substancia, según lo dicho: conjeturas, contraseñas, pruebas, vivencia del error y eficiencia del pensamiento.

Más tarde habremos de entrar en pormenores; ahora se hace perentorio adelantarse a contestar a una objeción que mis últimas palabras

seguramente despertaron en la conciencia de muchos. Yo acabo de hablar de una «descripción quintaesenciada de toda investigación científica». ¿Profeso, entonces —se me preguntará— una concepción unitaria, imperialista, del método? ¿Acaso soy partidario del monismo metódico y paso por alto las delicadas matizaciones pluralistas?

Sin desconocer que la Epistemología actual se inclina por el pluralismo metódico, debo mostrarle aquí mis reservas y los principales argumentos en que las fundamento.

Séame lícito antes, sin embargo, sintetizar los que aducen en defensa de su posición los paladines de una metodología pluralista.

Kant acuñó ya, y otros filósofos posteriores, sobre todo los fenomenólogos, la han repetido, hasta hacerla tópica, esta frase: *el método depende del objeto*. Es decir: cada clase de objetos postula, para un estudio eficaz, métodos acomodados a su naturaleza. Los «objetos ideales», por ejemplo, no siendo sensorialmente intuitivos, por carecer de realidad empírica, no podrán jamás sondearse del mismo modo que los «objetos naturales», que, estando ahí, a nuestro alcance material, los percibimos, manipulamos, analizamos y hacemos experimentos con ellos.

Por otra parte —se añade aún—, queriendo ser fieles a la realidad, ¿se podrá prescindir de los valores u «objetos culturales», que tan decisivamente influyen en nuestra vida? ¿Vamos a estudiar el bien, la belleza, la solidaridad, la utilidad, la justicia como si fueran cosas materiales o meras entelequias?

¿Qué me cabe replicar a tales alegaciones? Con muy poderosas credenciales para recusarlas, me limitaré a consignar alguna decisiva. Negaré, así, en primer lugar, que las Ciencias estudien «objetos». Sólo hablando con gran imprecisión tiene esa noción algún sentido. ¿Qué entenderemos por «objeto»? A lo que parece se busca tras esta palabra un sucedáneo de lo que representa el «ente» en Filosofía. Pero ¿confunden Ciencia y Filosofía su temática? Tomemos un objeto tal como «el hombre». ¿Cuál es su clave? Evidentemente forma entre los «objetos naturales». ¿Cuántas Ciencias, empero, se ocupan del hombre? Si su objeto es único, ¿qué las distingue y cómo?

Un cambio de planteamiento en el problema permite, también aquí, evadirse del laberinto. Adoptemos otra conjetura contrasignada y sometamos a prueba su *iteractividad*, para ver qué ocurre.

Supondremos, pues, que la Ciencia estudie relaciones, nunca «objetos», y comprobaremos si así quedamos libres del extravío.

Y, en efecto, por una parte, no hay confusión ya entre Ciencia y

Filosofía. Por otra, un mismo objeto, tal como el hombre, enjuiciado en diferentes relaciones, podrá, sin incongruencia, justificar la creación de multitud de saberes científicos. Por último: ¿Es indagar cosa diferente de relacionar? ¿Juzgar no es poner en comparación esto con aquello?

Confrontemos todavía las dos hipótesis ante un caso concreto. Preguntémosnos, por ejemplo, qué clase de objetos estudia la Física. ¿Nos sirve de algo responder que concierne a «objetos naturales»? ¿No nos hagamos ilusiones! ¿No estudia la Física cosas tales como «energía», «velocidad», «aceleración», «masa», etc.? ¿Y cómo las define? Como ustedes recordarán de su bachillerato, la definición es siempre una «formulita»:  $E = MC^2$ ; es decir, la energía es igual a la masa multiplicada por el cuadrado de la velocidad de la luz. La velocidad es la derivada del espacio respecto al tiempo, etc. En todas estas ocasiones, hablar de «objetos naturales» equivale a torturar las ideas. Si decimos, en cambio, que la Física estudia relaciones de coincidencia en el espacio-tiempo, podremos entender de veras el trabajo cumplido por el físico: determinación de coincidencias en escalas métricas, localizaciones topocronológicas de sucesos (como precisa Einstein).

Prescindiendo de otras pruebas similares a éstas, interesa meditar ahora un argumento de otra índole, con enorme valor persuasivo.

Lo que se trata de exponer aquí —comprendámoslo— es obviamente una teoría sobre el método. Y teoría significa «selección bien amañada de cualquier conglomerado de hechos, con expectativa fundada de representarlos, preverlos y permitir la subsanación de omisiones». Por tanto, si una receta metódica resulta más eficiente que otra, por contener más o mejor información, o por superarla en redimiento o en esmero, merecerá, sin duda, que le otorguemos la primacía.

Volviendo al paradigma del laberinto, resalta como evidente que no sólo importa verse libre de él, sino también lograrlo cuanto antes. Cualquier técnica, inventada para escapar, que consiga su intento, debe ser reputada idónea para su fin. Se convertirá, pues, en una teoría «confirmada» o, si se quiere, *verdadera*. Si hubiese, sin embargo, otra técnica competidora que obtuviese idéntico resultado con mayor rapidez, ¿quién le negaría la preferencia? ¿Por qué se la otorgamos? ¿Con frases que aparentemente difieren, daremos a entender una misma idea! ¡La técnica expuesta en último lugar tiene más rica información, es menos errónea o condensa con mayor eficiencia el pensamiento que la primera!

No sé si estaré sobreestimando mi propia concepción; pero me in-

clino a pensar que si explico más hechos con menos número de ideas, le estoy ganando una batalla al despilfarro intelectual. Si me arreglo con una sola normativa metodológica, ¿por qué no voy a cortar el nudo gordiano de la complicación con el bisturí simplificante de Occam?

Cada científico se sirve del método para solucionar los problemas que le preocupan. Y problema y laberinto son aquí una cosa. Procede entonces preguntar: ¿Cabe una fórmula general y uniforme para el planteamiento y resolución de todos los problemas científicos? ¿Pues cuál, si existe? ¡Ya he anticipado mi contestación afirmativa! También he dado a entender la limitación con que vale: Recuerden cómo distinguíamos entre los laberintos finitos y los laberintos infinitos.

Cuando nos tropezamos con un problema que se enfrenta a un campo de posibilidades incontables, el método científico no se puede emplear, porque la exclusión sistemática de alternativas queda radicalmente obstada. Si el problema, en cambio, admite reducción a un conjunto finito de pasos, será siempre resoluble procediendo por exclusión, si, respondiendo al reto, nuevos investigadores se aprestan a revelar a los que fallen.

Comprendo que al llegar aquí una multitud de preguntas o de protestas habrán surgido en la mente de muchos de ustedes. Procuraré replicar a las más usuales, que, por otra parte, son las que completan mi exposición. La primera inquiere, sin duda, en qué consiste, pues, esencialmente el método. Permítanme que eche mano para responderla a un resumen que hice en otro lugar. Decía entonces:

«Para dar a luz una teoría comprobada, sin más que una "sospecha" inicial, hay que seguir un proceso determinado en que se distinguen nítidamente tres fases, cada una con diversas operaciones y trámites. La primera fase, denominada *heurística*, porque trata de *encontrar*, parte de un inventario de los hechos; distingue los *significativos* de los *triviales*; idea fórmulas simplificativas y selectoras de aquéllos y conjetura otros hechos significativos, capaces de avalarlas o refutarlas. La segunda fase, que recibe el nombre de *dialéctica*, se caracteriza por poner en práctica el *principio de exclusión* mediante: 1.º) La *criba lógica* de las suposiciones ideadas; 2.º) su *escrutinio empírico* por revisión del inventario generalizado, y 3.º) la *extirpación de lo superfluo*, que haga mínimo el *índice de trivialización* de cada teoría. La tercera fase, o *didáctica*, se destina a la exposición más clara y simple de los resultados obtenidos. Una monografía científica correcta ejemplificará cabalmente todas las mencionadas operaciones metódicas.»

¿Me será lícito ahorrarme largas explicaciones? Sí, en mi opinión,

si ustedes siguen ahora los rastros que hayan dejado en su memoria mis razonamientos sobre el método. ¿Qué se hizo aquí mismo para rebatir las concepciones pluralistas? Algo similar a lo que con la sofística realizó Sócrates: Denunciar sus incoherencias lógicas o su incompatibilidad con hechos notorios de una experiencia depurada por la razón. Hemos añadido, además, por cuenta propia, una prueba de iteratividad y eficiencia, para legitimar la opción preferencial asumida luego. ¿No hemos puesto, por tanto, en práctica rigurosamente lo proclamado en la teoría?

La segunda pregunta que rondará el magín de los más perspicaces, propone otro tema del máximo interés: ¿El laberinto jurídico será finito o será infinito? ¿Podrá el Derecho alguna vez ser una Ciencia de verdad o tendrá que resignarse a los procedimientos intuitivos, propios de las Artes?

Hace muchos años que me preocupa esta cuestión. Y la traté detenidamente al reseñar una obra de Carnelutti que blandía casi desafiante su propio título: *El arte del Derecho*. Desde entonces han transcurrido unos seis lustros y mis argumentos, ya maduros, se han visto reforzados y confirmados con otros nuevos. Ahora no sólo puedo sostener que los problemas jurídicos son reductibles a campos finitos de posibilidad, sino también que se gobiernan por la lógica del sí o no, puesto que se resuelven en dicotomías. Contra lo que se dice de ordinario acerca de las inevitables lagunas en el Derecho, por una supuesta imposibilidad de prever desde las normas todos los casos litigiosos que puedan sobrevenir, creo haber demostrado sin resquicios, que semejante tópico afirma una falsedad y que no hacen falta sino unas pocas normas para brindar solución a cuantos procesos traiga la vida. ¿Les cuesta creerlo? Pues abordemos la demostración, que es sencilla.

Imaginemos que un artículo en nuestra Legislación procesal dijera lo siguiente: «Las deficiencias, ambigüedades o impresiones jurídicas serán interpretadas de forma tal que no perjudiquen sino a quien las hubiera ocasionado. En consecuencia, cuando se ejerciten acciones públicas, las incertidumbres se dirimirán aplicando el axioma de libertad; es decir "queda permitido todo cuanto no conste como expresamente prohibido". Si las acciones deducidas fuesen de carácter privado y la norma pactada se ofreciera como dudosa, el Juez sentenciará en favor de la parte que acierte el resultado de una tirada a cara o cruz.»

Soy el primero en reconocer que la decisión de litigios mediante un sorteo no puede considerarse satisfactoria. Esto no tiene nada que ver con el tema propuesto antes: La resolución anticipada de todos los

casos, que, evidentemente, se obtiene así. Y si la fórmula no complace, las hay mejores. Lo que importa es que ustedes se percante de las dicotomías subyacentes, que traducen una constante del Derecho: Distinguíamos, primero, el supuesto explícitamente previsto del que no lo fue; luego, indagábamos cuál de las partes en litigio (comprendido el Estado) era responsable de la inexactitud y dábamos una regla preferencial para zanjarla. Por último, si tampoco así quedaba solventada la duda, recurriamos a un expediente indefectible para solucionar aun los casos preteridos. Como la última dicotomía clasificaba exhaustivamente la realidad, ni un solo supuesto litigioso podía escapar a nuestro cribado.

No sé qué pensarán ustedes de todo esto. Quizá pregunten: ¿Por qué, si las cosas pueden ser tan sencillas, se complica tanto la Legislación? ¡La respuesta nos conecta ahora con el último asunto pendiente! ¡Las leyes se complican, porque, ligándose a supuestos históricos concretos, precisan tener en cuenta la *verdad*!

¿La verdad? ¿Pero qué verdad? ¿La histórica, la jurídica? ¿Son acaso posibles? ¿En qué consisten, si lo son? Bien; ya sé que el término *verdad* no está de moda. Y que debo legitimar su empleo mediante una definición operativa, válida. Pero vengo dispuesto, emulando a Teseo, a lidiar a este minotauro en su mismísima guarida. Para mí, cartas ante los ojos, la verdad no es otra cosa que «el respeto a las fuentes originarias de información, acreditado por la mínima disipación de los datos que proporcionan».

Como ustedes saben mucho mejor que yo, el historiador trabaja siempre sobre restos y tradiciones. El conjunto de unos y otros marca el término de su indagación, ya que no pueden sobrepasarse. La verdad consiste en la «realidad indeformada de los hechos»; pero los hechos, ¿dónde están? Desvanecidos en el pretérito, han trascendido la experiencia y ya no se dejan observar. Nos quedan de los mismos algunos vestigios indirectos y testimonios descriptivos. Y lo único que nos cabe hacer con ellos es dictaminar sobre la verosimilitud de cada fuente, tomada en general, y de cada noticia suministrada por ella, en particular. Podremos comparar entre sí restos y tradiciones, tratarlos con nuestros módulos de exclusión y explotarlos hasta lograr máximos de eficiencia. Más allá no podremos ir. Hombres somos y con limitados medios conocemos. Pero no basta también una verdad humana. Si la buscamos y la aceptamos con humildad, con método y anhelo persistente, lograremos, trabajando entre todos, una venturosa salida del laberinto.

¿Por qué (acaso me pregunten ustedes) «verdad humana»? Sencillamente, porque no es absoluta ni cabal, ni puede nunca sentirse segura de sí; mas satisface, pese a todo, las exigencias prácticas fundamentales de nuestra vida.

Sé muy bien —lo confieso— que me conduzco con excesiva parquedad, que dejo sólo insinuados temas de capital importancia... Pero ¿no estoy dando a entender aquí y allí que los hechos a evocar por la Ciencia, enredados entre muchos errores residuales, no se rinden al exorcismo?

Permítanme que el último esclarecimiento de estas ideas tome como marco la humilde parcela que cultivamos los juristas:

¿En qué consiste la verdad en nuestro saber y cómo se detectan los errores que la nublan y lastran? ¿Cuáles son nuestras *fuentes originarias de información*? ¡Nadie imagine que preguntas así hayan de quedar sin respuesta! Al contrario; la tienen fácil: Los momentos inaugurales del Derecho son cifra y clave de su verdad. ¡Toda ella depende de la fidelidad a sus orígenes! Siendo cualquier Derecho un proyecto, mientras no se actualice, necesita, por encima de todo, comenzar *de hecho*. ¡Y tendrá que deber *su validez a su historia*! «El primer acto introductorio del Derecho, la presuposición, convencional o impuesta —si después reconocida— que defiere bienes en función de cierto protagonismo jurídico, no valdrá nada mientras no se efectúe; pero, desde que conste *como un hecho*, tiene que constituir en adelante un obligado punto de referencia para todas las demás relaciones “jurídicas”. Como que la misma “juridicidad” habrá de consistir fundamentalmente en una determinada legitimidad *histórica*; es decir, en una continuidad sin rupturas en la titularidad protagonística [...]. En lo sucesivo, saber *quién tiene derecho* hará necesarias reiteradas indagaciones *de hecho*; [...] averiguar si se da, o no, una ininterrumpida concatenación de titularidades o un salto permitible a hechos generativos de otras nuevas».

Sea el Derecho «público» o «privado», habrá de presidir sus normas una estructura lógica inevitable; y las relaciones intersubjetivas necesitarán igualmente una ininterrumpida tradición histórica. Por eso, en el Derecho, Justicia es igual a verdad. Y la magnitud del error mide su entropía.

¿Quieren ustedes una prueba? Imaginemos un Derecho perfecto en el que fuera nula la arbitrariedad, porque nadie, absolutamente nadie, se desmandase: Ni el legislador, ni los jueces, ni el poder ejecutivo, ni los particulares. ¿No habría recibido y seguiría conservando

cada uno su «justa» dosis de libertad? ¡Sólo en presencia de la arbitrariedad y del error la libertad jurídica es sacrificada sin causa y resulta distribuida desigualmente! ¡Esperado efecto de un tanteo ametódico resignado al conocimiento vulgar donde sólo una exclusión científica conduce con certeza a la salida del laberinto!

## AUDIENCIA PUBLICA

### LA RULETA DE LA JUSTICIA

En la rica y populosa ciudad sureña de Jerez de la Frontera, hasta no hace muchos meses, la actividad judicial discurría tranquilamente, con la salvedad de las acostumbradas declaraciones periódicas de su primera autoridad municipal sobre distintos aspectos de la actualidad y su consiguiente eco en el mundo forense.

Casi terminado el pasado verano, este apacible sosiego se vio turbado por unos acontecimientos acaecidos en el Juzgado de primera instancia e instrucción número 2 de la localidad. El tema, de índole económica, saltó a la calle y, por tanto, poco tiempo después, a la prensa.

A nuestro juicio, siempre siguiendo el relato de los cronistas, aunque sea a grandes rasgos, la historia es digna de ser contada dentro de esta sección de la revista JUSTICIA.

Al parecer, la secretaría del citado órgano jurisdiccional estaba servida por una persona de la tierra. Un hombre, de 43 años de edad y natural de una próxima localidad, al que se califica como «formal y cumplidor de su trabajo», aunque, eso sí, algo aficionado al juego y a las apuestas fuertes en lotería, hasta tal punto que visitaba con cierta asiduidad un conocido Casino de juegos instalado en la no menos famosa bahía gaditana. Por cierto que los periodistas dan puntual información de que este fedatario judicial no hace mucho tiempo tuvo allí mismo «una buena racha».

Pues bien, se ve que la diosa fortuna no fue siempre tan propicia para nuestro personaje como éste hubiera deseado. Imaginamos que el vicio comenzó a dominarlo y que su patrimonio particular y su nómina de funcionario de la Administración de Justicia resultaron insuficientes para calmar la avidez de ese fuego.

Entonces sucedió lo que tenía que suceder, como diría un estoico

habitante de estos pagos. El formal y cumplidor Secretario judicial, que lo cortés no quita lo valiente, se acordó de la cuenta de consignaciones del Juzgado, a la que tenía acceso directo. Probablemente con una primera intención de apropiación temporal y con el firme propósito de reintegrar las cantidades prestadas tan pronto como le fuera posible, comenzó a disponer de parte de los fondos judiciales, hoy un poco, mañana más, pasado mañana algo más. El laberinto personal es fácil de comprender, no así el hecho de que esto tuviera lugar, así como la tardanza de su descubrimiento.

En la referida cuenta se ingresaban las cantidades destinadas a indemnizaciones, fianzas y costas procesales, entre otros conceptos. El Juzgado afectado mueve anualmente alrededor de cien millones de pesetas, de los que en un primer momento se acusó al citado funcionario de la apropiación de unos dieciocho millones, aunque, según algunas fuentes del propio Palacio de Justicia jerezano, la cantidad de traída podría elevarse a los cuarenta.

El modo de actuación era bien sencillo, a pesar de las manifestaciones vertidas en rueda de prensa por el Juez instructor del caso, en el sentido de que para la retirada de fondos de esta cuenta «es absolutamente indispensable dictar una resolución, firmada por el juez y el secretario, acordándolo; después, librar un talón nominativo a favor del interesado; y, finalmente, hacer constar por diligencia la entrega del talón al interesado, que firma». Ese será, pensamos, el modo regular establecido para sacar cantidades de la susodicha cuenta de consignaciones. Sin embargo, como se trataba de algo bien distinto, nuestro secretario obraba de otra manera. Se limitaba, según dicen, a librar talones al portador, que ingresaba después en una cuenta a su nombre, desde la que disponía del dinero. Otras fuentes informan que acudía a la sucursal bancaria en la que estaba la cuenta del Juzgado e iba sacando dinero, en distintas cantidades, abusando de su cargo. Aceptada una u otra versión, lo que parece seguro es que el infiel funcionario podía disponer libre y directamente de la cuenta de consignaciones del Juzgado, sin necesidad de contar con una segunda firma, u otro sistema de control, a la usanza en cualquier organismo público, empresa privada, asociación cultural o entidad que se precie de tener una mínima base de organización. Al respecto, hay que añadir que en los primeros momentos el director del Banco no quiso realizar declaración alguna, según afirmaba «acogiéndose al secreto profesional».

Así, durante casi medio año (desde el mes de abril hasta el de septiembre), el encargado de la custodia del dinero y de los documentos

de la ya mencionada oficina judicial jerezana llevó a cabo tan lucrativa operación, sin resultar —desgraciadamente para él— afortunado en el juego. Parece ser que, en el segundo de los meses citados, con motivo de tramitarse en dicho Juzgado la suspensión de pagos de una fábrica de muebles, se descubrió el asunto. El Juez comunicó al Secretario su cese inmediato y lo citó para el día siguiente. Se desconoce si el vicioso jugador aún tuvo tiempo de pasarse por el banco y hacer una última jugada; pero lo que sí se sabe es que no se presentó. De haberlo sospechado el juez, es de suponer que, lógicamente, hubiera ordenado su ingreso en prisión. Pero... ¿quién iba a pensar así de una persona tan formal y cumplidora de su trabajo?

Desde entonces se encuentra en paradero desconocido. Podría haber huido al extranjero; posiblemente, en un primer momento, a Portugal, comentan en la localidad. En este sentido, la policía ha recibido orden de busca y captura. También ha sido alertada la Interpol.

Este es, resumidamente, el relato de una historia, verídica como tantas otras y acaecida —al igual que tantas otras— en la Administración de Justicia española. Como dicen por la luminosa tierra del sur: quien quita la ocasión, quita el peligro.

JOSÉ MARTÍN OSTOS

## CONDENAS ABSOLUTORIAS

Las sentencias penales se podían clasificar tradicionalmente en dos categorías: las absolutorias y las de condena. Sin embargo, la sentencia que transcribimos a continuación, la ya famosa resolución del Magistrado-Juez Ruiz Polanco, se aparta de esta división y se sitúa en lo que cabe considerar una tercera categoría intermedia: la condena absolutoria.

Dictada en la Ciudad de Pamplona a veinticinco de enero de mil novecientos ochenta y ocho, por el Ilmo. Sr. D. Guillermo Ruiz Polanco, Magistrado-Juez del Juzgado de Instrucción núm. UNO de los de Pamplona y su partido, ante quien se ha visto en juicio oral y público el presente Procedimiento oral núm. 252 de 1987-B, seguido por presunto delito de injurias, contra C.A.C., nacida en Badajoz el 24 de julio de 1943, con D.N.I. núm. 237.012, representada por el Procurador de los Tribunales D. S.J.L.G. y defendida por la Letrado D.<sup>a</sup> C.A.A.; como acusación particular D. J.J.G.P., mayor de edad y vecino de Pamplona, representado por el Procurador de los Tribunales D. M.A. S.M. y defendido por el Letrado D. J.L.J.; y, el Ministerio Fiscal.

### HECHOS PROBADOS

En Pamplona y en hora indeterminada del día 19 de noviembre de 1987, C.A., mayor de edad y sin antecedentes penales, con ocasión de una «conferencia de prensa» celebrada en torno al procesamiento de varias personas decretado por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de Instrucción núm. TRES de los de esta capital por hechos presuntamen-

te constitutivos de delito de aborto, realizó las siguientes afirmaciones: a) «El Juez G., fue objeto de un expediente de incapacidad mental»; b) ... «quizá habría que aportar como dato nuevo a dicho expediente el auto de procesamiento para ver si refleja una mentalidad normal»; c) «en dicho auto se hacen afirmaciones que suponen una mentalidad demasiado retorcida para aplicar justicia»; d) «el auto dictado por el Juez G.P. significa una mala utilización de la ley...»; e) «se intenta buscar un determinado tipo de tribunal porque este mismo asunto en otro Juzgado no habría salido adelante».

### ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE HECHO

1.º El Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas calificó los hechos como constitutivos de una falta del artículo 570-5.º del Código Penal, siendo responsable en concepto de autora la inculpada C.A., para la que sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitó se le impusiera la pena de siete mil quinientas pesetas de multa con arresto subsidiario caso de impago, reprensión privada y costas.

2.º La acusación particular en sus conclusiones definitivas calificó los hechos como constitutivos de un delito de desacato injurioso del artículo 244 del Código Penal, siendo responsable en concepto de autora la inculpada C.A., para la que sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitó se le impusiera la pena de dos meses y un día de arresto mayor y multa de cien mil pesetas, con las accesorias pertinentes y costas del pronunciamiento, con reserva de acciones civiles que pudieran ejercitarse.

3.º La defensa de la acusada en igual trámite, calificó los hechos como no constitutivos de infracción penal alguna, solicitando la libre absolución con toda clase de pronunciamientos favorables.

### CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.º En contadas ocasiones es dada al Juzgador la oportunidad de acoger el sentir social, la concepción popular de las cosas, para alejarse un tanto de los estrechos márgenes de la dogmática jurídica, alejamiento permitido, de otra parte, por el relativismo histórico y circunstancial

que ha de presidir el examen de los hechos enjuiciados. Esta es una de tales ocasiones: un proceso en que mucho ha sido el ruido y pocas van a ser las nueces.

2.º El honor, como realidad íntima, subjetiva, en su acepción calderoniana de «patrimonio del alma», es un bien de naturaleza inaprehensible cuya defensa encomienda la ley con exclusividad al ofendido, salvo cuando los ataques al mismo trascienden al interés del Estado en la protección de los principios de autoridad y dignidad, en el sentido dado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1984: «... no hay disciplina social y política si los órganos a través de los cuales el Estado cumple sus fines no son respetados...».

3.º Por otra parte, es obvio el planteamiento en los presentes autos de la que ya se va haciendo vieja polémica en orden a la colocación en la escala de valores sociales de los derechos y ánimos de defensa y de crítica en su enfrentamiento con el honor de los ciudadanos y el del propio Estado, polémica que lleva en su entraña una difícil y espinosa cuestión de límites, en la que a veces, según el pensamiento encerrado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1982, puede primar el interés comunitario a través de una «indulgentemente o comprensiva valoración de la crítica» en la que quienes ejercen funciones públicas deben ver «una de las más sensibles servidumbres de su vocación».

4.º Pues bien, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez titular del Juzgado de Instrucción núm. TRES de esta Ciudad ha entendido, en el ejercicio legítimo de un derecho, que las expresiones consignadas en el relato de hechos probados son lesivas a su honor. Craso error. Su honor de Juez —función que ocupa cada minuto de su tiempo— es inatacable. Su honor es el honor de su Pueblo y el honor de su Rey; el honor del Pueblo a que sirve y el del Rey en cuyo nombre lo hace.

Y contra ese honor, cuya protección es imperativo legal y sentimental, nada pueden —absolutamente nada— la chabacanería, la inelegancia, el mal gusto, la persecución personal, la frivolidad o la ligereza de lengua; nada pueden ni podrán quienes confunden el legítimo ejercicio de la libertad de expresión con la expresión libremente irrespetuosa; nada puede la desafortunada y vergonzante polémica que pudo y debió ser evitada por quien o quienes han antepuesto a la deseable y necesaria nobleza de su proceder la conveniencia de publicar un expediente, diligencia o informe reservado, secreto o inquisitorial —, por lo mismo, nulo de pleno derecho— que deja indefenso a quien lo padece y cuya remisión a estos autos, con-

travinando lo resuelto en orden a la prueba, supone una gravísima injerencia en la función jurisdiccional.

Citemos aquí al Cuarto Poder: «el tercer chasco se lo llevó (C.A.) cuando el Juez no aceptó como prueba un informe remitido por el Consejo del Poder Judicial sobre el historial del Juez J.J.G.P. Si Izquierda Unida solicitó hace poco la eliminación de los antecedentes policiales de los homosexuales por entender que atentaba contra la intimidad de esas personas, ¿cómo pretendía la ilustre militante de Izquierda Unida aportar como prueba un informe que atenta directamente contra el honor y la intimidad de una persona y que, encima, no había sido pedido como prueba? ¿Quién del Consejo del Poder Judicial ha infringido el principio más elemental de ética al hacer público un informe reservado y sin consentimiento de la persona afectada?» (*Diario de Navarra*, página 41 de su núm. 26.967).

Citemos, finalmente, a un jurista: el ilustre —ilustrísimo— Letrado de la acusación particular en su informe oral: «No cabe presumir siquiera que si el Consejo General del Poder Judicial estima que en este Magistrado-Juez existe esa incapacidad, porque posee esos informes, lo mantendría en su puesto. Nada más pensar eso es una injuria contra el Poder Judicial».

Y nada pueden, en fin, las actitudes de aquellos que, frente a su presumida prudencia y a la presumible confianza que los Jueces merecen, tratan de provocar la confusión de los ciudadanos con asombrosa estulticia partidista, aun disfrazada —anecdótica y pobremente— de floridas expresiones.

5.º Por elementales razones de sistemática expositiva y de lógica jurídica, el Juzgador no va a indicar en cual de los precitados apartados pueden cobijarse las frases de la acusada; pero los precedentes argumentos, implícitos siempre —y en ocasiones brillantemente explicitados en los propios informes acusatorios del Ministerio Fiscal y de la acusación particular—, son los que han de valer para absolver a la misma, pues no ofendiendo quien quiere, sino quien puede, mal puede ofender quien, por lo dicho, no puede y que por otra parte, habiéndose expresado de un modo en cualquier caso irreflexivo, tanto más censurable cuanto ostenta la calidad de Abogada en ejercicio, alega excluido de raíz el *animus iniuriandi* y en la disquisición preferencial: derecho a la crítica-derecho al honor, entiende absolutamente prevalente el primero, aun interpretando en palmario subjetivismo determinada jurisprudencia constitucional; más concretamente, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de diciembre de

1986, citada repetidamente desde su fecha por quienes cometen excesos verbales y que tanto sirva para un roto como para un descosido.

6.º La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1984 ya mencionada, confirmatoria de condena a Un Procurador de los Tribunales que refiriéndose a un Juez en términos notablemente más graves que los aquí enjuiciados le imputaba «evidente parcialidad», «ánimo de persecución», «abuso de poder» y «prevaricación», así como ser perseguidor de delitos que «sólo existían en su mente», estimaba que la defensa de unos derechos no tuvo necesidad de acudir a tales expresiones, aceptando el «encomiable esfuerzo de la Sala de instancia por trivializar a efectos penales la crudeza de tales expresiones».

Pues bien; la presente sentencia puede hacer algo más que trivializar: puede —y debe— entender, en definitiva, que ni el concepto público de afrenta, ni el análisis del «estado, dignidad y circunstancias de ofendido y ofensor», ni del eventual perjuicio a la «fama, crédito o interés del agraviado» (artículo 458 del Código Penal), ni la redacción del artículo 1.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial: «La Justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados...», deben permitir a un Juez sentirse ofendido por expresiones como las que son objeto de las presentes diligencias, a título de delito ni de falta. Y ello, además, porque desde el pasado día 19 de noviembre de 1987 hasta el presente, la comprensión de los hechos iniciales y sus posteriores matizaciones hacen aparecer luminosamente clara la imposibilidad intelectual de tal ofensa. Y sin posibilidad intelectual es evidente que se desvanece la posibilidad jurídica.

Todo lo dicho viene a resumirse, pues, en una sola consideración: la sentencia, culminación del proceso y medio de satisfacer los derechos e intereses lesionados, no puede dar al acusador otra ni mejor satisfacción que la de proclamar que su honor personal y profesional no ha estado, ni está, ni estará en entredicho por causa de conductas como la enjuiciada.

Las frases pronunciadas por la acusada tan sólo son acreedoras de su propio desvalor y del mismo desprecio que ineficazmente trataron de arrojar.

7.º Finalmente, es procedente que este Juzgador haga una referencia, siquiera breve, a cierta insinuación de animadversión por parte de la acusada. Es de esperar que la misma, al hacerla, no temiera la utilización de la relación: Auto de Procesamiento-Prisión-Sentencia condenatoria y subsiguiente ingreso en prisión por aplicación del

apartado 2.º del artículo 11 de la Ley Orgánica 10/1980 en relación con la regla 6.ª del artículo 10 de la misma Ley. Es de esperar que no. Es de esperar que dicha insinuación haya tenido legítimos motivos y fines.

Por todo lo expuesto y vistos los preceptos y doctrina citados y demás de pertinente aplicación.

HE RESUELTO

Absolver y absuelvo a la acusada C.A.C. del delito y falta objeto de las acusaciones particular y pública, respectivamente, declarando las costas de oficio.

Así por esta mi sentencia de la que se llevará certificación a las diligencias, lo pronuncio, mando y firmo.

LA AUTORIDAD DE LOS JUECES \*

La reciente sentencia del juez Ruiz Polanco refiriéndose a «la chabacanería, la inelegancia, el mal gusto, la persecución personal, la frivolidad o la ligereza de lengua» de la abogado Almeida, o a su «asombrosa estulticia partidista», para acto seguido absolverla, no es una sentencia que debiera desatar mayores caudales de ira, sino todo lo contrario; es una sentencia que debiera invitarnos a la reflexión desapasionada sobre el caso.

El juez Ruiz Polanco, como juez, no tiene ninguna excusa. Debiera haberse aprendido una de las reglas que daba CICERÓN a los que administraban justicia: «es menester afabilidad y también superioridad de ánimo; no sea que por enfadarse con los que llegan intempestivamente o preguntan y suplican con poca discreción, se caiga en una odiosa e impertinente ridiculez, que nunca aprovecha, antes bien acarrea el odio de todos» (*Los Oficios XXV*). Al juez Ruiz Polanco se le ha ido de la pluma como a alguno que otro juez o fiscal se les va de la lengua, lo cual es lamentable, en la medida en que toda la inmensa fuerza moral que pudiera desprenderse de un oficio, al parecer tan selecto, se deflagra frente a la gravitación que suponen compromisos excesivamente estrechos, emocionales o sectarios.

Nada tengo que objetar en principio a las sentencias amonestativas. «El juez tiene mucho de predicador» decía HAYAKAWA. Una motivación explícita, escribe TUNC, es un elemento de moralización. «El juez inglés o americano fustiga a veces el comportamiento de una de las partes de una manera que disuade fuertemente toda práctica que pudiera suscitar su cólera.» (*La cour supreme ideale*, R. I. Dr. Comp. enero/marzo, 1978, p. 465).

\* Publicado en *Món Jurídico*, marzo de 1988, pp. 22 y 23.

Sentencias amonestativas las ha habido siempre, incluso entre nosotros, desde la que acusa a una parte de haber usado de una forma incivil su derecho a la resolución del contrato (Aud. T. Valencia, 10 de junio de 1967), a la que tacha de injusto y reprobable el acto de negar la firma del acepto (Aud. P. Avila, 1 de diciembre de 1971), pasando por la que califica un escrito como mero juego de palabras, irrespetuoso y desacertado (TS, 9 de octubre de 1972), o habla de la conducta deleznable del litigante en relación a sus deberes conyugales (Audiencia Provincial de Gerona, 29 de febrero de 1972) o acusa la falta de ética profesional de un abogado al haber inundado el pleito con recursos inútiles (Aud. T. Barcelona, 30 de junio de 1975). Otra más reciente no se recata de tildar de antisocial y antijurídica la conducta procesal de un litigante que ha provocado un retraso de más de 4 años en la solución del pleito (TS, 15 de julio de 1982). En definitiva, el mismo CICERÓN que aconseja afabilidad a los jueces no quiere terminar su párrafo sin añadir «pero esta mansedumbre y clemencia se han de moderar de modo que, por razón del empleo, se mantenga severidad, sin la cual no se puede absolutamente gobernar».

Lo que ocurre, sin embargo, es que esas amonestaciones, esa severidad en sentido ciceroniano, ese recurso a la autoridad, han sido generalmente más bien escasos. «Si en un Estado moderno —escribe Casamayor— se celebrasen ferias de autoridad como se celebran ferias de jamones, no se vería a los jueces ir a comprar mucho.» Por este camino podríamos llegar a la conclusión de que les falta a los jueces un aprendizaje en aquellas virtudes. Y que cuando pretenden ejercerlas caen en las exageraciones o ridiculeces del juez Ruiz Polanco o de la juez de Orjiva.

Pero existe también el otro lado de la moneda. Los jueces no precisan aprender a ser autoritarios porque no lo necesitan. Algo así como el «mi reino no es de este mundo». Lo cual pudiera resultar hasta cierto punto muy razonable si se dieran las condiciones que precisamente están fallando en nuestra sociedad. Porque lo preocupante es que paralelamente a esta falta de autoridad se viene produciendo por parte del cuerpo social un aprendizaje adverso: se está perdiendo respeto a los jueces. Lo cual conduce a un resultado que pudiera ser dramático para una democracia: el «desarme» de una institución básica y fundamental, que asienta su autoridad exclusivamente en la cultura. Porque, no lo olvidemos, la justicia es, por antonomasia, eminentemente un fenómeno cultural. De los pocos fenómenos culturales que quedan dentro de la estructura y la sinergia del poder. Su necesidad de prestigio no es

en ella ninguna cursilería, sino el único soporte de su autoridad, o al menos el soporte más operativo.

Por eso merecen también un poco de comprensión estos casos que podríamos denominar liminares; vienen a ser el exponente de una crispación larvada y generalizada. La reacción, por supuesto mal estructurada, de una conciencia que se apercibe y duele frente a ese «desarme».

Un desarme moral, o más bien psicológico, al cual ha contribuido en parte, pero no todo, la propia judicatura. Es así como se va cerrando el círculo. Si no hay prestigio no se puede tener autoridad, sin autoridad se producen situaciones inéditas que se pretenden solucionar torpemente mediante la «fuerza», generando de este modo nuevos estados de desprestigio que merman la autoridad y desculturalizan el sistema. Habrá naturalmente quien se alegre de tanta insensatez y desacierto. Pero es para echarse a llorar.

LL. MUÑOZ SABATÉ

**«LA CASACIÓN Y EL DERECHO A LOS RECURSOS»  
(NOTAS PARA UNA NUEVA ORDENACIÓN  
DEL SISTEMA PENAL DE RECURSOS)\***

VICENTE GIMENO SENDRA  
Catedrático de Derecho Procesal  
Universidad Autónoma de Madrid

**SUMARIO:**

I. Introducción. — II. El sistema vigente de recursos: A) Recurso de apelación; B) Recurso de casación; C) Recurso de amparo. — III. La segunda instancia penal. — IV. La casación penal: A) Motivos de admisión: a) Art. 849.2.º; b) Art. 851.1.º; c) Art. 851.4.º; B) Motivos de inadmisión; C) El procedimiento: a) Interposición y formalización del recurso; b) Posibilidad de suspensión de la vista; c) La ejecución de la sentencia de reenvío.

**I. INTRODUCCIÓN**

En materia de medios de impugnación contra las sentencias penales dos son los temas que preocupan a nuestra sociedad: de un lado, la *sobrecarga de trabajo* de la Sala Segunda de nuestro Tribunal Supremo que, en el año 1987, ha conocido de un total de 18.332 recursos de casación (en el año 1987 se ingresaron 7.316 recursos que se incorporaron a los 11.016 pendientes al término del año 1986), de los cuales tan sólo una ínfima parte (4.115 autos y sentencias) han podido ser solucionados en este último año y, de otro, la constitucionalización del

\* Conferencia pronunciada el día 16 de febrero de 1988 en el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

derecho a los recursos por obra de la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, quien lo ha entendido implícito en el «derecho a la tutela» y como consecuencia de la suscripción por España de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, de entre los que es obligado citar el art. 14.5 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el art. 2.1.º del Protocolo número 7 a la Convención de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales.<sup>1</sup>

En la necesidad, pues, de cohonestar el derecho fundamental a un «proceso con todas las garantías» (y, dentro de él, a un eficaz sistema de recursos) con el no menor derecho constitucional a un proceso «sin dilaciones indebidas», ha de basarse la principal preocupación del legislador a la hora de abordar la reforma de nuestro sistema penal de recursos. Pero, antes de apuntar cuáles pudieran ser estos criterios de reforma, conviene que delimitemos cuál es nuestro sistema vigente de recursos y si cumple o no con aquellas exigencias constitucionales.

## II. EL SISTEMA VIGENTE DE RECURSOS

Como es sabido, nuestro Ordenamiento en materia de recursos se caracteriza por la coexistencia del recurso de apelación, junto con el de casación y el constitucional de amparo:

### A) Recurso de apelación

De todos los medios de impugnación, el recurso de apelación, implícitamente contenido en los referidos artículos 14.5º P.D.C.P. y 2.1.º C.S.D.H., es, sin duda alguna, el que mayores garantías ofrece para las partes, debido fundamentalmente a su carácter de recurso *ordinario*: no necesita fundarse en causa legal preestablecida, y en él pueden aducirse la totalidad de los errores judiciales o vicios, materiales y formales, sufridos en la sentencia o en las actuaciones de la primera instancia.

1. Art. 14.5 PIDCP: «Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal Superior, conforme a lo prescrito en la Ley»; art. 2.1.º del Protocolo n.º 7 CSDH: «Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un Tribunal tiene el derecho a hacer examinar por una jurisdicción superior la declaración de culpabilidad o la condena».

Dentro de los dos sistemas de apelación, nuestra LECrim., al igual que la LEC, ha consagrado el de la apelación *restringida*, frente al sistema de apelación amplia o con posibilidad de introducción de hechos y actividad probatoria en la segunda instancia, instaurado por los Códigos Procesales napoleónicos y expandido a algunos países europeos, como es el caso de la RFA.

Nuestro legislador decimonónico entendió, por el contrario, y con muy buen criterio, que había de obligarse a las partes a introducir los hechos en la primera instancia, dejando la actividad probatoria en la segunda para los escasos supuestos del *ius novorum*.

Dicho criterio, por su notable grado de economía, merece ser conservado. Sin embargo, lo que puede parecer contradictorio y contrario al valor «justicia» es que, en nuestro Ordenamiento, el carácter garante del recurso de apelación sea inversamente proporcional a la gravedad de la pena; de este modo, para las sentencias recaídas en los juicios de faltas es procedente el recurso de apelación (art. 979) contra las sentencias recaídas en las diligencias preparatorias y en el procedimiento de la LO 10/1980 cabe interponer el mismo recurso, siempre y cuando se haya producido «indefensión» (arts. 792.2.º LECrim. y 11.1.ºc LO 10/1980) y *contra los delitos graves no existe apelación alguna*, siendo dicha inexistencia tan sólo parcialmente compensada con el motivo de casación del número 2.º del art. 849 («error en la apreciación de la prueba»).

Es decir, mientras que nuestro Ordenamiento Procesal Civil, a mayor «suma de gravamen» concede mayor posibilidad de recursos (y, de este modo, si el asunto litigioso supera los 5.000.000 de pesetas, se mantiene vigente el principio de la doble instancia y la casación), nuestro Ordenamiento Procesal Penal lo conserva de una manera inversa: a mayor pena, menores garantías en los recursos, puesto que para las superiores a los 6 años no está reconocido el recurso de apelación.

Esta situación procesal, en tanto que tutela con mayor intensidad el derecho a la propiedad que el derecho a la libertad, no sólo es materialmente injusta, sino que estimula la sobrecarga de trabajo de nuestro Tribunal Supremo, quien ve crecer el número de recursos por el cauce del art. 849.2.º o por la violación de la «presunción de inocencia», desvirtuando su función típicamente casacional.

### B) Recurso de casación

En efecto, la función de los Tribunales Supremos de los distintos Estados de la Europa continental y tras la Revolución Francesa, no consiste en controlar los enjuiciamientos que sobre el material probatorio han podido realizar los órganos de instancia, sino que su misión ha de reconducirse a la defensa del derecho objetivo mediante la aplicación de las normas ordinarias infringidas por los Tribunales de Instancia, asegurando la interpretación uniforme del Derecho material y procesal.

En nuestro sistema democrático puede afirmarse que la principal misión del Tribunal Supremo es asegurar la vigencia del principio de *igualdad*, consagrado por el art. 14 de la C.E., de tal suerte que, a través de la creación de su doctrina legal, todo ciudadano español ha de tener la certeza y seguridad de que la norma, material y procesal, será efectivamente aplicada por igual en todas y cada una de las Secciones de las distintas Audiencias Provinciales.

Pues bien, esta función típicamente casacional, consistente en obtener la *aplicación uniforme de la Ley*, no se posibilita a través de nuestro vigente sistema de recursos. Y no se cumple por defecto y por exceso: por defecto, por cuanto son muchas las sentencias emanadas de nuestras Audiencias Provinciales en segunda instancia que no pueden ser impugnadas ante nuestro Tribunal Supremo, lo que ocasiona no pocos criterios dispares en la «pequeña jurisprudencia»; y tampoco se posibilita por exceso, puesto que, como hemos tenido ocasión de examinar, nuestro Alto Tribunal, a modo de los Tribunales Supremos anglosajones, conoce de materias que, bien no debieran ser objeto de recurso alguno (vgr. el n.º 4 del art. 851, sobre el que después volveremos), bien no son estrictamente casacionales, sino propias del recurso de apelación (art. 849.2.º) e incluso del Tribunal Constitucional (me estoy refiriendo al nuevo motivo de casación, inaugurado por el número 4.º del art. 5 de la LOPJ, conforme al cual cabe interponer dicho recurso, fundamentándolo exclusivamente en «infracción de precepto constitucional»).

### C) Recurso de amparo

Tampoco la situación de volumen de trabajo de nuestro Tribunal Constitucional es más alentadora. Esta situación de sobrecarga es esti-

mulada también por el propio sistema de recursos, que posibilita, de un lado, la interposición de recursos de amparo contra las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales e, incluso, provenientes de los propios Juzgados de Instrucción (habiéndose observado en estos últimos años una proliferación de recursos de amparo en materia de juicios de faltas) y, de otro, permite la incorporación de no pocos recursos abusivos que, fundados exclusivamente en la supuesta infracción de la presunción de inocencia son desestimados por el Tribunal Supremo y automáticamente trasladados al Tribunal Constitucional.

La solución para el primer grupo de recursos podría paliarse si se concediera, al menos, y al igual como acontecía con anterioridad a la reforma operada por la Ley de 16 de julio de 1949, el recurso de casación por infracción de Ley contra tales sentencias y con ella la posibilidad de que el Tribunal Supremo pudiera restablecer el derecho fundamental vulnerado en cumplimiento del principio de subsidiariedad del art. 53.2.º de la CE.

Pero, en cuanto al problema ocasionado con el segundo grupo de recursos, parece antieconómico que dos instancias casacionales, ordinaria y constitucional, se ocupen simultáneamente de un recurso fundado exclusivamente en la infracción de precepto constitucional. Habida cuenta de que tales recursos son trasladados al TC, una vez desestimada la pretensión por TS, y de que no corresponde al TS crear la doctrina legal sobre la interpretación de las normas constitucionales, mejor sería establecer una mayor especialización entre ambos órdenes y permitir que el recurrente, en base a la infracción *única y exclusiva* de precepto constitucional pudiera interponer directamente el recurso de amparo ante el TC.

No es que el TS carezca de legitimación para la aplicación de las normas constitucionales, sino, antes al contrario, su legitimidad le proviene del mandato contenido en el art. 53.2 CE, pero es obligado reconocer que su función esencial estriba en crear su doctrina legal mediante la interpretación de las normas *ordinarias*, por lo que su doctrina constitucional debiera nacer con ocasión de la aplicación de normas constitucionales, que al propio tiempo lo fueran también ordinarias (así, por ejemplo, los motivos de casación del art. 850 que constituyen también violaciones del derecho de defensa o a un proceso con todas las garantías). Por esta razón, y previa la incorporación de aquellas garantías constitucionales que todavía no pudieran subsumirse en los distintos motivos de casación (tal y como acontece, p. ej., con la

infracción del principio de *publicidad*), debiera de derogarse el motivo de casación por infracción de «precepto constitucional», contenido en el art. 5.4.º de la LOPJ.

### III. LA SEGUNDA INSTANCIA PENAL

Ciertamente (y de conformidad con la doctrina establecida por el TC, plasmada entre otras en las sentencias 42/1982, de 5 de julio; 76/1982, de 14 de diciembre; 61/1983, de 11 de julio y 58/1987, de 19 de mayo) nuestro sistema procesal penal en materia de medios de impugnación no conculca necesariamente el derecho constitucional «a los recursos», toda vez que, tal y como establece el art. 14.5.º del PDCP, dicho derecho a trasladar el fallo y la pena al Tribunal Superior lo ha de ser «conforme a lo prescrito por la Ley», por lo que el recurrente no tiene un derecho a exigir la interposición de un recurso de una naturaleza o contenido determinado (STC 110/1985 y 88/1985), pero lo que tampoco cabe desconocer es que, con independencia de que dicho derecho puede estimarse vulnerado con la situación que plantean las autoridades «aforadas» al propio Tribunal Supremo (vid. STC 51/1985), de conformidad con lo establecido en nuestra Constitución, y excepción hecha de la competencia casacional del Tribunal Supremo, «las sucesivas instancias procesales se agotarán ante órganos judiciales radicados en el mismo territorio de la Comunidad Autónoma» (art. 52.1.º III CE). Al entrañar el motivo de casación contenido en el art. 849.2.º LECrim, una segunda instancia, resulta evidente que dicha competencia del Tribunal Supremo resulta en la actualidad ilegítima y debiera trasladarse al Tribunal Superior de Justicia de la correspondiente Comunidad Autónoma.

Por consiguiente, una política legislativa respetuosa con el mandato contenido en el art. 14.5.º PIDCP y con la descongestión de materias no casacionales, debiera consistir en instaurar la segunda instancia también para el conocimiento de los delitos graves. Su competencia podría atribuirse a las anunciadas «Salas de lo Penal» del Tribunal Superior de Justicia, cuya esfera de atribuciones realizada por el art. 73.3.º de la LOPJ (ceñida al conocimiento de las causas contra aforados y de los conflictos de competencia), aparece vacía de contenido.

Frente a este criterio *de lege ferenda* arguyen, sin embargo, sus detractores, que el principio de la única instancia es consustancial al proceso penal, informado por el principio de la «oralidad», resulta con-

traproducente para la importación del jurado y podría estimular las «dilaciones indebidas». Pero estas dos primeras afirmaciones, que durante el siglo XIX erigieron en dogma al principio de la única instancia, en el momento actual no debieran constituir objeción alguna, por cuanto la aparición de los medios de reproducción mecánica, magnetofonía y video, permite la protocolización exhaustiva del juicio oral y su reproducción ante el Tribunal *ad quem*; la evolución, por otra parte, del jurado anglosajón hacia nuevos modelos de jurado (escabinado y mixto) que posibilitan la motivación fáctica o razonamiento de la prueba en la sentencia, autorizan a considerar el dogma de la única instancia como un mito jurídico, que merece ser revisado, tal y como lo demuestra la circunstancia de que se haya instaurado el sistema del doble grado de jurisdicción en Códigos Procesales más modernos, tal y como es el caso del italiano (arts. 512 y ss. CPP).

De todas estas objeciones, la única que puede permanecer válida en el momento presente es la de que la importación de la segunda instancia constituiría un factor de dilación, habida cuenta de que nuestro país es manifiestamente deficitario en el número de Jueces y Magistrados. Al Estado incumbe, pues, la obligación de dotar a los distintos Tribunales Superiores de Justicia del número de Salas necesario para permitir que la segunda instancia penal no corriera, en cuanto al tiempo, la misma suerte que las apelaciones civiles. En cualquier caso, cabe recordar que nuestro sistema de apelación restringida impide procesalmente tales dilaciones, que podría acelerarse la tramitación de la apelación obligando al recurrente a concentrar sus motivos de impugnación en el mismo escrito de interposición y que podría instaurarse también una casación *per saltum*, que permitiera trasladar directamente el asunto al Tribunal Supremo, cuando el recurso hubiera de fundamentarse exclusivamente en la infracción de Ley material o procesal.

En cualquier caso, y mientras esta reforma no suceda, debiera instaurarse inmediatamente un recurso penal de casación en «interés de la Ley», a ejercitar exclusivamente por el Ministerio Fiscal, con el objeto de que el Tribunal Supremo pudiera unificar la jurisprudencia en los delitos menos graves, leves e incluso en las faltas.

### IV. LA CASACIÓN PENAL

A fin de agilizar, fortalecer el carácter casacional, acelerar la tramitación de los recursos y robustecer, en la medida de lo posible, el *ius*

*litigatoris*, debieran realizarse determinadas reformas en el recurso de casación, tanto en los motivos de admisión como en los de inadmisión y en el procedimiento.

#### A) *Motivos de admisión*

Las reformas en los motivos de admisión debieran orientarse, de un lado, a importar la doctrina del Tribunal Constitucional nacida, sobre todo, con ocasión de la aplicación de la «presunción de inocencia» y, de otro, a eliminar de este recurso extraordinario aquellos motivos que no sean estrictamente casacionales.

##### a) *Art. 849.2.º*

Ambas circunstancias concurren plenamente en el motivo, contemplado por el número 2.º del art. 849, el cual debiera ser derogado, si se instaurara la segunda instancia (por lo que, hasta que ello ocurra, debe permanecer como compensación a su inexistencia) y sustituido por otra norma, que permitiera al Tribunal Supremo elaborar una depurada doctrina sobre la *prueba prohibida*. Como redacción alternativa podría proponerse la siguiente: «Cuando el Tribunal hubiera fundado su sentencia en actos que no constituyan medio de prueba alguno o en pruebas obtenidas mediante infracción de preceptos constitucionales o a través de medios que la Ley no autoriza».

##### b) *Art. 851.1.º*

Del mismo modo, y a fin de dar cumplida respuesta a la obligación constitucional de motivar las sentencias (art. 120.3.º CE), con el objeto de que tanto el TC como el TS puedan apreciar si se ha producido o no una vulneración de la presunción de inocencia (vid. para las pruebas «indiciarias» las STC 174/1985, de 17 de diciembre, y 175/1985, de 17 de diciembre) y de que se pueda cumplir, en definitiva, con el principio de «proporcionalidad» (art. 18 CEDH) o satisfacer el derecho que todo ciudadano tiene a que se le expliquen las razones de su privación de libertad, debiera constreñirse a los Tribunales de Instancia a que plasmen en la declaración de hechos probados de la sentencia el razonamiento de la prueba o *iter* seguido por el Tribunal para obtener su convicción. Para ello sería suficiente que en el número 1.º del art. 851

se yuxtapusiera una frase que podría ser del siguiente tenor literal: «Cuanto en la sentencia ... no se razone la prueba ...»

Al propio tiempo, debiera reformarse el artículo 743 que tan sólo impone al Secretario la obligación de hacer constar en el acta del juicio oral «cuanto importante hubiere ocurrido». Antes al contrario, debiera el Secretario ser exhaustivo en la labor de hacer constar en el acta la totalidad de la ejecución de la prueba.

##### c) *Art. 851.4.º*

Mucho más radical debiera ser la reforma del número 4.º del artículo 851 («cuando se pene un delito más grave que el que haya sido objeto de la acusación, si el Tribunal no hubiere procedido previamente como determina el artículo 733»), por cuanto encierra una defectuosa configuración de la congruencia penal, que nada tiene que ver (y contrariamente a la opinión generalizada) con el sistema acusatorio y puede, sin embargo, conculcar en la práctica el derecho constitucional de defensa.

En efecto, la *ratio* histórica de este precepto no se relaciona con el sistema acusatorio, sino con la institución del Jurado y más concretamente con el temor del legislador decimonónico de que, de no limitar cuantitativamente la actividad decisora de la sección de derecho, pudiera el jurado pronunciar injustificados veredictos absolutorios, únicamente motivados por el temor de los Jueces legos a que, de pronunciar un veredicto de culpabilidad, pudiera el Tribunal posteriormente imponer una pena excesivamente rigurosa.

Para intentar evitar este prejuicio del jurado, la Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal de 1872 permitió, en su art. 659.2.º, a los jurados «declarar también la culpabilidad del procesado por un delito menos grave que el que hubiese sido objeto de la acusación» y, para desterrar el supuesto inverso y aquel temor del jurado (que, no obstante, era estimulado por ciertos tendenciosos informes de la defensa), el art. 804.3.º de la Ley Provisional consagró, como motivo específico de casación, «cuando se pene un delito más grave que el que haya sido objeto de la acusación».

La LECrim. vigente, de 1882, consecuente con la absoluta instauración de los Jueces técnicos, no pudo recoger la primera facultad del jurado. Sin embargo, no hizo otro tanto con el motivo de casación que, mecánicamente, pasó a impostarse en el actual art. 851.4.º. Por consiguiente, la trayectoria histórica del precepto nos demuestra que nada

tiene que ver con el sistema acusatorio, tal y como lo corrobora la circunstancia de que no tenga paralelo alguno en el Derecho comparado europeo.

Pero es que, además, tal y como ha tenido ocasión de evidenciar el Profesor CORTÉS DOMÍNGUEZ,<sup>2</sup> «la calificación por un delito menos grave no es, desde luego, inocua para el condenado, que se ve sometido a ella sin la posibilidad de opinar y manifestar lo que le conviniere; afirmar que porque se le condena por un delito menos grave se le favorece y que, por consiguiente, no hay indefensión, es tanto como afirmar que el acusado debe contentarse con lo que se le da sin tener oportunidad siquiera de discutirlo». Dicha norma, al igual que la doctrina de la «pena debida» o justificada de nuestro Tribunal Supremo, que es su corolario, infringe en nuestra opinión el derecho de defensa, por cuanto un cambio en la calificación jurídica, aunque lo sea para favorecer al acusado, si entraña la introducción de nuevos elementos de hecho, que exigen prueba, ha de producir indefensión.

Esta situación, sin duda alguna, ha inducido al Tribunal Constitucional a afirmar que, cuando el cambio de calificación en las conclusiones definitivas, produzca una modificación del *bien jurídico* tutelado por las distintas normas penales, se puede ocasionar indefensión (STC 134/1986, de 29 de octubre). Sin embargo, esta doctrina no resulta ser totalmente satisfactoria, por cuanto, al introducir como elemento de la congruencia el criterio del «bien jurídico» o, en definitiva, el de la *causa petendi*, se olvida que dicho criterio pasa a erigirse en elemento esencial del objeto del proceso penal. Ahora bien, la otra cara de la medalla de esta solución es que los efectos de la cosa juzgada se extenderán exclusivamente hacia la calificación jurídica sustentada en las conclusiones definitivas, por lo que, recayendo sentencia sobre esa calificación jurídica, tal y como puso de relieve GÓMEZ ORBANEJA, ninguna dificultad existirá en reabrir la causa por ese mismo hecho, sosteniendo la segunda vez una distinta calificación jurídica (v. gr. un cambio de calificación de un hecho, de tráfico de drogas a contrabando, generará indefensión, pero no impedirá que, recayendo sentencia sobre esa segunda calificación jurídica, pueda incoarse un nuevo procedimiento para perseguir el delito de tráfico de estupefacientes).

Por consiguiente, debiera sentarse la doctrina según la cual un cambio del título de condena tan sólo generará indefensión, en la me-

2. CORTÉS-GIMENO-MORENO-ALMAGRO, *Derecho Procesal. El proceso penal*, II.1.2 (en prensa).

didada en que la introducción de esa nueva calificación suponga la necesidad de afirmar distintas circunstancias fácticas, que exijan una ulterior actividad probatoria para esos nuevos elementos de hecho.

Tales razones aconsejan que la redacción del número 4.º del artículo 851 deba ser sustituida por otra, que podría ser del tenor siguiente: «Cuando se pene un hecho que no haya sido objeto de acusación o cuando la modificación de las calificaciones, hágase o no uso del artículo 733, introduzcan nuevos elementos fácticos que ocasionen indefensión».

## B) *Motivos de inadmisión*

Otra de las medidas, que se han apuntado, para descongestionar a la Sala Segunda del Tribunal Supremo consistiría en fortalecer los poderes de dicho Tribunal a la hora de inadmitir determinados recursos de casación, manifiestamente abusivos, e interpuestos a los solos efectos de dilatar la ejecución de la sentencia.

En este sentido, resulta ciertamente loable el motivo de inadmisión, propuesto por el Anteproyecto de reforma de la casación, elaborado por el Ministerio de Justicia, conforme al cual debería incorporarse al art. 885 una nueva causa de inadmisión, según la cual podría ser rechazado *a limine* un recurso de casación «cuando carezca manifiestamente de fundamento».

En realidad, no constituye el citado motivo una absoluta innovación del pre-legislador español, puesto que la casación francesa desde siempre ha conocido la referida causa de inadmisión; de este modo, por un Decreto de 4 de «germinario» del año II,<sup>3</sup> se facultó a la *Chambre de Requetes* a desestimar, en la fase de admisión, recursos de casación que adolecieran de una evidente falta de fundamentación y, en el momento actual, no son pocos los Códigos Procesales europeos que contienen dicho motivo, de entre los que cabría citar el artículo 607 del CPP francés, el artículo 524.3.º.IIº del CPP italiano, el párrafo 349.2.º de la StPO alemana o el art. 27.2.º del CEDH que confiere tales facultades a la propia Comisión Europea de Derechos Humanos.

También puede resultar plausible la segunda nueva causa de inadmisión, propuesta por el Anteproyecto gubernamental, conforme a la cual también podría rechazarse un recurso de casación «cuando el Tri-

3. CALAMANDREI, *Opere Giuridiche*, VI, Nápoles, 1976, p. 513.

bunal Supremo hubiese ya desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales». La única objeción que podría formularse a este nuevo motivo puede consistir en que podría relevarse contraproducente a los fines de la evolución de la propia doctrina del Alto Tribunal; sin embargo, esta objeción en la práctica no debiera serlo, puesto que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 889, será necesario que el acuerdo se adopte por unanimidad, por lo que bastaría en la práctica que un solo Magistrado fuera favorable a dicho cambio jurisprudencial para que, y de conformidad con la doctrina de la «Sala reunida», hubiera de reunirse el Pleno de la Sala Segunda para determinar si debe o no admitirse el recurso y modificar la jurisprudencia. Ello no obstante, no está de más que esta práctica forense de la «Sala reunida» se plasmara también en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal a modo de cuestión prejudicial y en consonancia con el Derecho comparado.<sup>4</sup>

### C) *El procedimiento*

También en la esfera del procedimiento podrían acometerse determinadas reformas, susceptibles de agilizar la tramitación de los recursos de casación. Dichas reformas podrían efectuarse tanto en la fase de interposición y formalización del recurso como en la de la vista oral y ejecución de las sentencias de recursos:

#### a) *Interposición y formalización del recurso*

Como es sabido, tres son los actos procesales que ha de formalizar el recurrente en la tramitación vigente de la casación: la preparación del recurso ante el Tribunal *a quo* y el emplazamiento y la formalización del recurso ante el Tribunal Supremo, si bien estos dos últimos actos están sometidos a un común plazo de 15 días.

La regulación vigente puede ocasionar una descordinación de las defensas, por cuanto los motivos aducidos por el letrado que formalice el escrito de preparación pueden no coincidir con los del abogado que formalice el recurso, todo ello dentro de un plazo de 15 días

4. Dicha cuestión prejudicial fue creada por la Ley prusiana de 1 de agosto de 1876 y ha sido recientemente perfeccionada en Austria mediante Ley de 19 de junio de 1968; CALAMANDREI, *Opere Giuridiche*, cit., VI, p. 550; FASCHING, *Evolución de las tendencias en el proceso civil moderno*, p. 401.

excesivamente corto, a la vez que obliga al Tribunal Supremo a un examen de determinados requisitos de admisibilidad que podrían ser evidenciados con anterioridad por el Tribunal *a quo*.

Por tales razones, podrían refundirse estos tres actos de postulación en dos, el escrito de interposición dentro de los 5 días posteriores a la publicación de la sentencia y el escrito de formalización del recurso que, al igual como acontece en la RFA (parágrafos 341 y 344 StPO) se deduce, dentro del plazo de un mes ante el Tribunal *a quo* y en el que el recurrente ha de concentrar la totalidad de sus alegaciones. De este modo, es el Tribunal *a quo* quien viene a examinar la práctica totalidad de los requisitos de admisibilidad del recurso (resolución recurrible, plazo de interposición, requisitos formales y determinación de los vicios procesales en el recurso por quebrantamiento de forma). Una vez admitido el recurso, se notificaría dicha resolución a las contrapartes a fin de que formularan sus alegaciones y con todo ello y los testimonios correspondientes el Tribunal *a quo* remitiría los autos al Tribunal Supremo, comenzando así la fase de admisión ante dicho Tribunal.<sup>5</sup>

#### b) *Posibilidad de suspensión de la vista*

Contempla el Anteproyecto gubernamental en un nuevo artículo 893 bis.a) la posibilidad de que la Sala pueda decidir sobre el fondo del recurso sin celebración de vista, salvo que ambas partes soliciten su celebración o la gravedad del delito o la trascendencia del asunto hiciera aconsejable la publicidad de los debates.

Teóricamente no debiera existir dificultad técnica alguna para la supresión de la oralidad en el recurso de casación, por cuanto dicho principio ha de estar vigente únicamente en la fase probatoria y en el recurso de casación, de lo que se trata es de revisar la aplicación del Derecho realizada por el Tribunal de Instancia. Pero, por otra parte, tampoco cabe desconocer que, en el proceso penal, el principio de publicidad reviste una dimensión política y constitucional (arts. 14.1.º PDCP y 6.1.º CEDH) y que es un derecho fundamental el que al acusado asiste a «hallarse presente en el proceso» (art. 14.3.º.d del PDCP; artículo 6.3.º.c del CEDH); por esta razón, no resulta nada casual que en otros ordenamientos se le confiera al acusado la posibilidad de

5. En el Ordenamiento alemán, sin embargo, es la Fiscalía quien remite los autos al Tribunal Supremo (§ 347.2.º).

asistir a las vistas del recurso de casación y de ejercitar su derecho a la última palabra (parágrafos 350-351 StPO) y por la misma debiera incorporarse al referido precepto la necesidad de realizar también la vista cuando el acusado personalmente lo solicitara y decidiera hacer uso de su derecho a estar presente en ella y ejercitar su última palabra.

### c) *La ejecución de la sentencia de reenvío*

Finalmente, podría aprovecharse la presente reforma de la casación para solucionar determinados problemas prácticos que ocurren con el reenvío de las sentencias emanadas en los recursos de casación por quebrantamiento de forma. Como es sabido, en tal supuesto, el art. 901 bis.a) establece que la Sala «ordenará la devolución de la causa al Tribunal de que proceda para que, reponiéndola al estado que tenía cuando se cometió la falta, la sustancie y termine con arreglo a Derecho». Es decir, es el mismo Tribunal que ha ocasionado el error o vicio procesal el que queda facultado para su subsanación, con lo que puede incurrir en la tentación de corregir tan sólo formalmente el vicio planteado, ocasionando una denegación del derecho a la tutela.

Para evitar, pues, el prejuzgamiento de dicha Sala, el ordenamiento alemán establece la necesidad de que sea otra Sección del Tribunal, distinta a la que emitió la sentencia impugnada, la que haya de ejecutar la sentencia de reenvío (parágrafo 354.2.º).

El problema que ocasionaría este procedimiento de ejecución en nuestro país es que todavía existen determinadas Audiencias Provinciales integradas exclusivamente por una Sección de lo Penal. Sin embargo, esta situación no debiera erigirse en obstáculo insalvable y, en aquellas Audiencias Provinciales que contaran con una pluralidad de Secciones, debiera encomendarse la ejecución de la sentencia a una Sección distinta de la que haya pronunciado la sentencia de instancia impugnada.

## ALGUNAS NOTAS SOBRE LA ABSTENCIÓN DEL JUEZ

VÍCTOR MORENO CATENA  
Catedrático de Derecho Procesal

Como es sabido, según la Ley orgánica del poder judicial, que regula actualmente la materia, el Juez en quien concurra alguna de las causas legalmente determinadas viene obligado a apartarse del conocimiento del proceso sin esperar a que se le recuse, con el objeto de preservar la imparcialidad en el ejercicio de su potestad juzgadora. En realidad, las actuales normas que disciplinan la abstención y recusación de jueces y magistrados (arts. 217 a 228 de la LOPJ) suponen una puesta al día de las anteriores regulaciones de la Ley provisional sobre organización del poder judicial de 1870 y de la Ley de enjuiciamiento civil. Si bien en la inteligencia y aplicación de tales preceptos pueden surgir distintos problemas, en estas líneas me voy a centrar básicamente en el relativo a la remisión de las actuaciones.

Según los artículos 221 y 222 de la LOPJ, dirigida la comunicación de abstención a la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia (o de la Audiencia Nacional cuando se trate de juez en Juzgado Central de instrucción), ésta puede considerar injustificada o justificada la resolución a través de la que el juez se abstenga; en el primer caso, le habrá de ordenar, en el plazo de cinco días, que continúe en el conocimiento del asunto sin perjuicio de imponerle una sanción disciplinaria ella misma, si considera que ha incurrido en falta grave, el Presidente del Tribunal si se trata de falta leve o la Comisión Disciplinaria o el Pleno del Consejo General del Poder Judicial si la falta fuese muy grave, debiendo en los dos casos anteriores elevar la sanción

a conocimiento del Consejo General del Poder Judicial para que se haga constar la sanción en el expediente personal del juez. Por el contrario, de considerar la Sala de Gobierno justificada la abstención, puede aprobarla expresa o tácitamente, con lo que el juez debe apartarse definitivamente del asunto y remitir las actuaciones al que deba sustituirle.

La remisión de las actuaciones debe llevar aparejado en todo caso, incluso cuando se trate de Juzgados con sede en la misma población, el traslado físico de los autos originales que se estuvieran sustanciando, al órgano jurisdiccional que haya de sustituirle legalmente (arts. 210 a 214 de la LOPJ), saliendo de la esfera del juez que hubo de acordar su propia abstención, y dándole entrada en el Juzgado que haya de resolver el proceso, con la numeración que le corresponda.

Las razones que abonan esta solución son varias: por un lado, el sentido literal del término remitir; es decir, enviar una cosa a determinada persona de otro lugar. De otra parte, el propio fundamento de la abstención, que al apartar al juez del conocimiento del proceso por considerarlo objetiva o subjetivamente sospechoso de parcialidad, no parece permitir que su tramitación en adelante siga encomendada al secretario y al restante personal auxiliar del mismo Juzgado, que deben continuar su actividad diaria bajo la superior dirección del juez abstenido y con acceso normal de éste a todo lo que se vaya actuando. Finalmente, por una razón de orden puramente práctico, por los problemas de funcionamiento interno que se crearían en la oficina judicial; en efecto, carece de toda justificación exigir al juez ante quien se debe tramitar el procedimiento en sustitución del abstenido, y mientras éste se encuentre en el desempeño de sus funciones, que se constituya en la sede del Juzgado donde en un principio se iniciaron las actuaciones, debiendo habilitarle un despacho y adscribiéndole el personal necesario para realizar cada acto procesal, situación que sin duda se agravaría de un modo notable de radicar los Juzgados en distintas poblaciones (en una especie de prórroga de jurisdicción para conocer únicamente del proceso en que la abstención se produjo).

La remisión de las actuaciones debe hacerse, pues, al Juzgado que deba sustituir al juez que se abstuvo por estar incurso en causa legal, como por demás venía siendo norma en la anterior regulación (arts. 436 de la Ley provisional sobre organización del poder judicial de 1870 y 197 de la LEC; ver, MANRESA, *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil*, tomo I, 3.ª ed., Madrid, 1910, p. 456).

Naturalmente, lo dicho supone que la competencia funcional, entre otras cosas para conocer de los recursos devolutivos, vendrá deter-

minada en razón del Juzgado que en definitiva debe resolver el proceso, del órgano jurisdiccional que sustituye al juez abstenido. Por la actual distribución de asuntos entre las Salas o Secciones de las Audiencias, y por los criterios que en el futuro adopten las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional, puede corresponder la competencia funcional a una Sala o Sección diferente según del Juzgado competente para la primera instancia.

Sin embargo, esta modificación de la competencia que primitivamente se determinó, no supone vulneración alguna del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, del derecho al juez natural, por cuanto es propiamente la ley la que fija de forma clara, precisa y general esta posible modificación en aras de garantizar la imparcialidad del juzgador; en efecto, habrá de ser la Sala de Gobierno, a propuesta de la Junta de Jueces donde haya varios del mismo orden jurisdiccional, quien determine la forma en que deban sustituirse, y quien establezca el orden de sustituciones y reparto o la prórroga de jurisdicción (artículos 152, 210, 211 y 214 de la LOPJ).

## **CAMBIO SOCIAL, SOCIALIZACIÓN Y PRIVATIZACIÓN DE LA JUSTICIA**

**MANUEL LOZANO-HIGUERO PINTO**  
Profesor Titular de Derecho Procesal  
Universidad de Cantabria

### **SUMARIO:**

I. Introducción. Transformación de la Justicia y movimientos socializadores y privatizadores. — II. El acceso a la Justicia como expresión de la idea socializadora. — III. Ubicación doctrinal del acceso a la Justicia. — IV. Tipología del acceso a la Justicia. — V. Cobertura legal del acceso a la Justicia y la aplicación de la idea privatizadora.

### **I. INTRODUCCIÓN. TRANSFORMACIÓN DE LA JUSTICIA Y MOVIMIENTOS SOCIALIZADORES Y PRIVATIZADORES**

Cuando en nuestros días se dice constantemente de crisis de la Justicia, de la necesidad de la reforma de su Administración, se expresa no sólo una realidad sociológica, sino una estructura jurídica inadecuada. A la primera atiende la observación acerca de los datos e implicaciones fácticas de la sociedad neocapitalista postindustrial, en que masificación, estructuración cada vez más acusada en clases y categorías sociales y económicas y, sobre todo, escisión marcada entre empresas productoras, vendedoras y distribuidoras de servicios cada día más poderosas en intensidad y extensión —mayor ámbito territorial de actuación; multinacionales— da lugar a que esta configuración socioeconómica se traduzca en definitiva, y en el plano apuntado, en una situación de desequilibrio en las relaciones entre productores *lato sensu*

(cada vez más reducidos en número, pero más potentes y con mayor posibilidad de incidencia desbordando los estrechos límites de la jurisdicción de los Estados) y consumidores (cada vez mayores en número, y más inermes ante la posición por momentos más relevante que va adquiriendo el productor). Ante esta situación evidente de «cambio social», y para atender a la nueva perspectiva que han adoptado los Estados que siguen la directriz del «Bienestar Social» (Welfarestate), Estado social y democrático de Derecho (art. 1-1 CE) se ha pretendido dar solución con una mayor intervención del Estado en la Administración de Justicia, y, de modo relevante, en el proceso. No sólo la cobertura nominal (Estado social), sino prescripciones específicas: art. 9-2 CE: «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud» (en igual sentido, art. 3-II Const. italiana) indican a primera vista que una solución adecuada puede ser la implícita en la argumentación anterior: una mayor socialización del proceso.<sup>1</sup> Conclusivamente, pues, podríamos decir: a un cambio social, con un desequilibrio claro en las relaciones socioeconómicas, ha de responder, en méritos de su fin y adjetivación, el Estado Social y Democrático de Derecho con soluciones específicas y la respuesta no puede estar en la cobertura procesal existente, más acentuada en nuestro país, generalmente cristalizada en estructuras procesales liberal-decimonónicas. Esto es casi totalmente cierto en el proceso civil y en el penal, por el contrario, y es evidente en el caso español, no sucede así en el proceso administrativo y en el laboral (aunque en éstos se deje sentir la conveniencia de algunas reformas, no de tanto alcance, o estructurales, como en cuanto a los dos primeros). Respecto al proceso constitucional, de más reciente factura (LO 2/1979, de 3 de octubre), parecerá a

1. En este sentido, y últimamente, C. A. NOGUEIRA, *Las transformaciones del proceso civil y la política procesal*, en *La Justicia entre dos épocas*, con MORELLO, HITTERS y BERIZONCE, La Plata, 1983, pp. 25-26 (en general, todo el volumen está volcado en la dirección de adecuar los instrumentos procesales a la época de cambio y es, por tanto, no sólo de gran calidad, sino de superlativo interés). También J. C. BARBOSA MOREIRA, *Tendencias contemporáneas do direito processual civil*, *Riv.Bras.Dir.Proc.*, n.º 42, 1984, esp. pp. 40 y ss.; más recientemente, *A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo*; en la misma revista, n.º 49, 1986, pp. 51 y ss. También nosotros nos hemos insertado en esa dirección; vid. LOZANO-HIGUERO, *Constitución y proceso: El principio de imposición de costas*, León, 1987, pp. 144 y 181 y ss.

primera vista que no serían necesarias reformas, precisamente por su cercanía en el tiempo. Sin embargo, no es así y para ello basta con el contemporáneo Proyecto de Ley de modificación del art. 50 de la LOTC, que cristaliza, en resumen, en que la Sección, por unanimidad de sus miembros, podrá acordar mediante providencia la inadmisión del recurso en determinados supuestos. Esta pretendida reforma no es, en nuestro concepto, parcial o de índole limitada, sino estructural y, en nuestro criterio, sumamente arriesgada y peligrosa. Si la respuesta, en lo procesal, no debe, como decíamos, encontrarse en los instrumentos procesales vigentes, tal como están configurados, pero, al mismo tiempo, tiene que buscarse un elenco de medios materiales socio-económico-jurídicos que arropen y den efectividad a la reforma, parece claro que implica, desde luego, una mayor intervención del Estado; en lo procesal una socialización más acentuada. Así pues, resulta que el cambio social de nuestra época que plantea un conjunto de cuestiones que ha de responder conveniente el Estado Social y democrático de Derecho, englobadas unas y otras bajo la rúbrica *acceso a la Justicia*, que es la etapa histórica en la lucha procesal por el Derecho que marca el último tercio de este siglo,<sup>2</sup> ha de ser atendido con instrumentos que impongan una mayor intervención del Estado. La ecuación, desde el Congreso Internacional de Derecho procesal de Florencia de 1971 (aunque puede encontrarse un antecedente en el Congreso Internacional de Derecho Comparado de Hamburgo, julio-agosto 1962, sobre el tema «El papel del Juez en la dirección del proceso civil»), hasta la actualidad, se ha desarrollado del modo siguiente: Cambio social-Acceso a la justicia-Socialización y más adecuada intervención estatal. Sin embargo, esa ecuación se ha roto por el último término, en que, a la socialización, se ha venido a añadir su antónimo: privatización.

Efectivamente, para replicar a esa situación de desequilibrio en las relaciones socio-económicas, el Estado de Bienestar había reaccionado tratando de configurar un mayor intervencionismo a fin de obviar ese desnivel, tutelando, con mecanismos compensatorios, a la parte más débil: primeramente los no pudientes (en los textos más antiguos: pobres), con instituciones como el beneficio de pobreza (basado en la idea de la *charitas*), luego el de asistencia legal (*legal aid*), después en el asesoramiento pre- y extrajudicial (*legal advice*), hasta alcanzar

2. Vid. CAPPELLETTI-GARTH, *El acceso a la Justicia. Movimiento mundial para la efectividad de los derechos. Informe General*, trad. Amaral, La Plata, 1983, pp. 18, 20, 21 y 38 esp.

las oficinas de asistencia jurídica (*neighborhood law centers*), incluso, en la última etapa evolutiva, integrar un incipiente sistema de «seguros sociales jurídicos» o, más propiamente, de «seguridad social de la justiciabilidad». Con estas fórmulas se transfundían a la Administración de Justicia, y especialmente al orbe del coste de la tutela jurisdiccional, los remedios que, en lo económico y social, iba aplicando el Estado. Empero, a raíz de la crisis de la revolución tecnológica motivada por el encarecimiento de las energías tradicionales, y la consecuente reconversión y crisis económica, con la búsqueda de energías *alternativas*, se plantearon soluciones alternativas al *modus operandi* del Estado en la economía. En general, puede decirse que esas soluciones se han traducido en un repliegue de la intervención del Estado, confiriendo un mayor ámbito de actuación, ya en forma de colaboración, ya de abandono o delegación a los privados, de actividades antes reservadas a la intervención estatal. Es el fenómeno de la «privatización» o liberalización, que no es sólo propio de economías o sistemas de corte occidental, sino que, de una u otra suerte, se hace planetario (véase la «perestroika» soviética y su reflejo en la economía, así como las vías de «liberalización» en la economía de la China popular). Pues bien, como apuntábamos más arriba, esa corriente privatizadora se ha proyectado en lo procesal rompiendo esa línea de socialización que fluía ininterrumpidamente en los diversos Congresos Internacionales de la disciplina, surgiendo incipientemente en el Congreso de Utrecht de agosto de 1987, VIII Mundial, que da entrada a las «Fórmulas alternativas de la Justicia estatal o tradicional»; como objeto de consideración congresual —aunque no fuere el tema central—, junto a otros que, clásicamente, han venido girando alrededor o bien han estado inmersos en el ingente caudal de cuestiones que suscita el acceso a la Justicia. Pero la vía ya está abierta. Si para buscar soluciones a la reforma y crisis de la economía se han experimentado soluciones alternativas, que pasan, en un componente importante, por la liberalización o privatización, para hallar soluciones a la crisis y «reforma» de la Administración de Justicia, problemas que, repetimos, pueden ser englobados bajo el epígrafe amplio de «Acceso a la Justicia», se empiezan a investigar soluciones que, en destacada medida, pasan por establecer «alternativas informales a la justicia tradicional». Anticipamos aquí que, a nuestro juicio, una solución a la crisis y reforma de la Justicia pasa por la promulgación de una «Ley de acceso», que, en forma de Ley de Bases (arts. 82 y 83 CE) aborde sistemática y coherentemente el conjunto de problemas que subyacen bajo tal denominación y que,

ulteriormente, de modo sucinto, expondremos. Empero, desde luego, nos inclinamos porque, en la misma, y según qué sectores se contengan, se combinen armónicamente, en lo posible, esos elementos o corrientes de socialización y privatización que han entreverado la reforma procesal. Para ello conviene hacer unas precisiones sobre el concepto, naturaleza y cuestiones que entraña el acceso, para mejor asentar la propuesta formulada.

## II. EL ACCESO A LA JUSTICIA COMO EXPRESIÓN DE LA IDEA SOCIALIZADORA

Qué deba entenderse por acceso no es cuestión pacífica. En primer lugar porque unos hablan de *acceso*, a secas, otros de *libre acceso* y, últimamente, de modo casi general, de *acceso efectivo* a la justicia.<sup>3</sup> El Diccionario de la Real Academia Española, en su 3.ª acepción, lo define como «entrada o paso».<sup>4</sup> Parece, pues, que, en sí, el acceso poco significa si no se le califica con adjetivos como libre o efectivo que den contenido y matiz a un concepto flexible y, en cierto sentido, poco preciso. El primero (libre acceso), a nuestro ver implica una mayor carga jurídica, incluso axiológica, pone acento en las etapas previas al nacimiento del proceso, por tanto se circunscribe en mayor grado al momento de la acción; libre acceso aquí equivaldría a libre ejercicio del derecho a la jurisdicción desprendido de obstáculos jurídicos y fácticos —*lato sensu*—. Acceso efectivo señala un momento posterior, presupone que el acceso sea expedito, libre; por tanto, aunque el adjetivo, axiológicamente, sea menos afortunado, desde una perspectiva empírica es más fructuoso. Cappelletti y Garth, aun no formulando una definición expresa señalan que: «Hay que reconocer que la expresión *acceso a la justicia* no es fácilmente definible, pero ella es útil para

3. De libre acceso ha venido hablando GUASP, desde la primera edición de su *Derecho procesal civil*, Madrid, 1956, a quien sigue ARAGONESSES, *Proceso y Derecho procesal*, Madrid, 1960. ALMAGRO, *El libre acceso como derecho a la Jurisdicción*, R.F.D. Univ. M., 1970, p. 96, también en *Garantías constitucionales del proceso civil*, en *Constitución y proceso*, Barcelona, 1984, p. 284. W. J. HABSCHIED, *Introduzione al diritto processuale civile comparato*, Rimini, 1985, pp. 146 y ss. De acceso, o derecho de acceso a la Justicia, MORENO CATENA, en *Derecho procesal*, I, vol. I, Valencia, 1987, p. 184; así como VESCOVI, *Teoría general del proceso*, Bogotá, 1984, p. 319. J. OVALLE, *Acceso a la Justicia en México*, en *Estudios de Derecho procesal*, México, 1981, pp. 67 y ss. De acceso efectivo, CAPPELLETTI-GARTH, *op. cit.*, p. 21; BERIZONCE, *Efectivo acceso a la Justicia*, prólogo de CAPPELLETTI, La Plata, 1987.

4. *Diccionario de la Real Academia Española*, 20 ed., Madrid, 1984, I, p. 13.

referirnos al principio fundamental de todo sistema jurídico: que el pueblo pueda ejercer sus derechos y/o solucionar sus conflictos por medio del Estado.

«En primer lugar, el sistema legal debe ser igualitariamente accesible a todos, y en segundo lugar, estar encaminado a que su funcionamiento sea individual y socialmente justo».<sup>5</sup>

Aproximativamente, pues, podemos dar una definición de acceso a la justicia:

«Es aquel concepto procesal<sup>6</sup> que engloba o condensa un conjunto de instituciones y principios procesales,<sup>7</sup> así como directrices político-sociales,<sup>8</sup> en cuya virtud la tutela jurisdiccional de los derechos de los justiciables debe ofrecerse y realizarse respecto a los mismos por el Estado en términos de la mayor asequibilidad e inteligibilidad económica, jurídica, cultural y social, de suerte que dicha tutela resulte rápida, expedita y efectiva, en lo posible, en sus vertientes económica y jurídica, especialmente en cuanto a sus resultados prácticos.»

Esta definición, de matiz predominantemente descriptivo, sin perjuicio de otros alcances, pretendemos desmenuzarla en las líneas que subsiguen.

### III. UBICACIÓN DOCTRINAL DEL ACCESO A LA JUSTICIA

Definido el acceso a la justicia, sobre tal base, nos ocupamos de su naturaleza. Aquí las cuestiones que surgen son abundantes. ¿Principio? ¿garantía? ¿derecho? ¿mero concepto socio-jurídico, sin repercusión autónoma en las categorías generales del Derecho y el proceso? ¿Qué posición ocupa, en definitiva, el acceso en el sistema de la tutela jurisdiccional?

Generalmente, pueden apreciarse al respecto dos posturas, una amplia y otra estricta. Para la primera, se trataría de un principio básico de justicia social, que desbordaría los estrictos ámbitos del derecho de

5. CAPPELLETTI-GARTH, *op. cit.*, p. 18.

6. Entendemos, pues, el ámbito de lo procesal, más amplio, neutro y omni-comprendido que el de lo jurisdiccional, siguiendo a ALMAGRO, *Derecho procesal*, con CORTÉS, GIMENO y MORENO, *op. cit.*, p. 24.

7. Por esta razón hemos utilizado el vocablo concepto, ya que, el acceso, en el sentido clásico de la voz «institución jurídica», embebe un conjunto de instituciones jurídicas —además de una serie de principios y garantías.

8. Se trata, pues, de un «movimiento», como expresa el subtítulo de la obra de CAPPELLETTI-GARTH, *cit.*

acción y defensa,<sup>9</sup> pero considerándole el principal derecho, el más importante de los derechos humanos, aún más, «el acceso no significa, únicamente, reconocer cada vez en mayor medida los derechos sociales fundamentales, sino que constituye la columna vertebral de todo el derecho procesal civil de hoy día. Su estudio presupone una ampliación y profundización del objeto y métodos de la moderna ciencia del derecho».<sup>10</sup> Sin embargo, la postura representada por Cappelletti-Garth, en la introducción al Proyecto de Florencia, en el plano dogmático, adolece de poca concreción, y la caracterización teórica que se deduce es contradictoria («principio fundamental de todo sistema jurídico» —p. 18—, «derecho social de acceso» —p. 21, nota 7— «el más importante de los derechos humanos» —p. 22—, etc.)

Guasp, por su parte, le reputa un principio normativo derivado de la naturaleza humana.<sup>11</sup> Estas posturas, como hemos indicado, tienen un alcance amplio y tienden, deliberada o indeliberadamente, a eludir los estrechos límites de la mera consideración del acceso como un derecho, sea del rango que fuere (natural, constitucional u ordinario).

En España, el art. 30 de la Ley Orgánica del Estado de 1966, establecía que todos los españoles tendrán libre acceso a los Tribunales. Este precepto fue glosado y magníficamente analizado por Almagro, quien puso acertadamente de relieve cómo se eludía en el precepto el término *derecho*; no obstante, la virtud y aportación valiosa de este autor fue construir sobre tan endeble base, mediante una aguda metamorfosis dogmática, la teoría del libre acceso como derecho a la jurisdicción; así la prosaica construcción de la LOE, fue transmutada en un derecho abstracto de accionar derivado de un existencial, un de-

9. Vid. CAPPELLETTI-GARTH, *op. cit.*, pp. 18 y 21 (nota 7), que se refieren a la tendencia a ubicar el «derecho social de acceso» fuera de los fundamentales derechos de acción y defensa, citando los arts. 3-II y 24-III de la Const. it. de 1948, y 6 de la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales (en igual sentido podíamos decir de la CE de 1978, arts. 9-2, 24-1, 119). En este punto, ALMAGRO entiende, con pesar, que no se ha constitucionalizado *nominatim*, explícitamente, el «libre acceso», vid. *Constitución y proceso*, *op. cit.*, pp. 92-97 y 248. La solución (parche) posterior de la LOPJ de 1985, art. 20, aunque en el apartado 2 relaciona los arts. 24 y 119 de la CE, es pobre sistemáticamente y, técnicamente, a los efectos que aquí interesan, es defectuosa.

10. CAPPELLETTI-GARTH, *op. cit.*, pp. 22-23.

11. GUASP, *Derecho procesal civil*, I, 1968, p. 52. En el mismo sentido, ARAGONESES entiende como una regla procesal de Derecho natural —principio de Derecho procesal civil— la norma que establece el libre acceso de los particulares a los Tribunales de Justicia, es decir, la posibilidad de que cualquiera pueda formular sus pretensiones ante los mismos, *op. cit.*, p. 434.

recho natural: el derecho de defensa jurídica de todos los derechos.<sup>12</sup>

En esta dicotomía: tesis estricta (derecho, aunque sea el fundamental de acción), tesis amplia (derecho, pero también principio, garantía, etc.), nosotros nos decantamos por la segunda y estimamos, en un sentido más ampliatorio, que se trata, valga el neologismo, de un *macroconcepto*. Efectivamente, en la rúbrica «acceso a la justicia», se comprende no sólo el ámbito estricto de un derecho natural, llámese derecho de acción, derecho a la tutela judicial efectiva o derecho a la jurisdicción —como nosotros preferimos— sino bastante más. Acertadamente el TC, S 115/1984, de 3 de diciembre, fdto. 1, señala: «derecho a la tutela judicial efectiva, cuyo primer contenido, en un orden lógico y cronológico, es el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso y, como ha declarado este TC, poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas».

La S 102/1984, de 12 de noviembre, fdto. 2, dispone:

«a) En cuanto al ámbito del derecho el Tribunal ha señalado que comprende el de acceso a la tutela judicial.»

De esta dirección del TC parece deducirse, no obstante la inequívoca ubicación del acceso en el derecho de acción, que el derecho de acción —jurisdicción o a la tutela judicial efectiva— es más amplio que el acceso.

Por contra, para nosotros, el acceso es más extenso que el mero —y esencial— derecho de acción, no sólo porque, aun insito a él, opera como presupuesto lógico, cronológico y sociológico al ejercicio de éste —piénsese, p. ej., en el problema del coste que actúa como presupuesto, condición y efecto de la tutela jurisdiccional.<sup>13</sup> De una y otra forma, en la actual situación, a nuestro juicio lo que no es factible es predicar la identidad entre acción y acceso. Con referencia al famoso trinomio sistemático (de Calamandrei) (acción, jurisdicción, proceso), lo cierto es que el acceso descarga la mayor parte de su peso o carga sobre el primer elemento del trípode (Alcalá-Zamora): la acción, pero afecta también esencialmente a los otros dos elementos; de modo conclusivo, atañe a principios y garantías que no sólo se pueden predicar de la acción, sino también de la jurisdicción y del proceso (la propia

estructura formal del procedimiento, así como movimientos tendentes a la economización y aceleración del procedimiento, entran de lleno en el ámbito de las cuestiones del acceso). No creemos que se trate de una garantía, en sentido estricto (en contra Habscheid), pues no constituye, a nuestro ver, una institución garantizadora, sino una institución que ha de garantizarse (de ahí el adjetivo efectivo).

Si por garantía entendemos «aquella institución que, añadida o integrada en el patrimonio jurídico de un sujeto o en otra institución, situación o relación jurídica, incrementa o refuerza su virtualidad jurídica o su efectividad social», convendremos en que lo garantizable es el acceso y su efectividad, y, al garantizarse el acceso, por medio de la realización de los principios y garantías que engloba, se garantizan y llevan a la práctica, adquiriendo virtualidad social y jurídica, las instituciones que entraña este supraconcepto. Dividiendo las garantías en fácticas (ej. art. 8 CE) y jurídicas (primarias —D penal, D administrativo—, primarias privilegiadas —D constitucional—; secundarias —D procesal—), entendemos mejor el carácter aglutinador del acceso.

En resumen, se trata de un concepto base, o marco, que aglutina diferentes instituciones, principios y las garantías atinentes a las mismas, todo al servicio de una ideología político-social que fluye del Estado del Bienestar y trata de obviar los desequilibrios económicos derivados del sistema neocapitalista.

#### IV. TIPOLOGÍA DEL ACCESO A LA JUSTICIA

Aunque ya intermitentemente se ha dicho de determinadas cuestiones que subyacen en el manto del acceso, conviene, con fines omnicomprendivos e informativos, realizar una enumeración descriptiva de las mismas. Normalmente suelen circunscribirse a un grupo sintético de problemas, siendo el alcance de éstos, en su singularidad, lo discutible; así: 1) sistema de ayuda legal; 2) accionabilidad y tutela de los intereses difusos o superindividuales; 3) el ombudsman; 4) formas de justicia alternativa. La justicia conciliatoria; 5) internacionalización de los derechos procesales.<sup>14</sup> En un apreciable esquema, Ovalle realiza la siguiente aproximación:

12. ALMAGRO, *El libre acceso*, op. cit., pp. 105 y ss.

13. Vid. LOZANO-HIGUERO, *Constitución y proceso: El principio*, op. cit., p. 36.

14. Cf. VESCOVI, *Teoría general*, op. cit., pp. 321 y ss., que agrupa estas cuestiones bajo el epígrafe: «Modernos factores y su influencia en la teoría general del proceso. La problemática actual del acceso a la justicia».

1. *Costos de la resolución de disputas dentro de la maquinaria judicial formal*
  - i) Las costas procesales
  - ii) Proporción entre costas y monto controvertido
  - iii) Costos de la resolución de controversias sin cuantía determinable.
  - iv) La distribución del ingreso
  - v) El gasto público en la maquinaria judicial formal
2. *Soluciones previstas para reducir los gastos de la resolución de las disputas dentro de la maquinaria judicial formal*
  - 2.A) Procedimientos especiales de los tribunales ordinarios
    - i) Procedimientos especiales para resolver pequeñas demandas
    - ii) Procedimientos especiales para resolver conflictos de trascendencia social
    - iii) Procedimientos para la resolución de reclamos por una suma líquida
  - 2.B) Creación de tribunales especiales dentro de la maquinaria judicial
  - 2.C) Mecanismos que reducen los costos mediante conciliaciones para ciertas categorías de disputas dentro de la maquinaria judicial
  - 2.D) Otros mecanismos dentro de la maquinaria judicial formal
3. *Soluciones para reducir los gastos ante órganos no judiciales*
  - 3.A) Mecanismos que prevén compulsivamente el reenvío de los conflictos a jurisdicciones patrocinadas oficialmente por el Estado
  - 3.B) Mecanismos no compulsivos en organismos oficiales
  - 3.C) Mecanismos que prevén el reenvío obligatorio a organismos privados
  - 3.D) Mecanismos que prevén el reenvío voluntario a organismos privados

4. *Soluciones previstas para reducir los gastos mediante modificaciones a la ley sustantiva*
5. *Resolución de disputas que comprenden grupos, colectividades e intereses generales*
  - 5.A) Procedimientos para acumular y resolver simultáneamente varias demandas individuales
  - 5.B) Procedimientos diseñados para resolver demandas individuales que benefician a una pluralidad de reclamantes potenciales
  - 5.C) Métodos de representación de colectividades e intereses generales en los foros juzgadores
  - 5.D) Métodos para proveer asesoría para los litigios de la demanda de grupos
6. *Asesoramiento jurídico*
  - 6.A) Ejercicio profesional de la abogacía
  - 6.B) Asistencia técnica y representación
  - 6.C) El defensor en el proceso penal
  - 6.D) Los sistemas de defensoría de oficio
    - i) La defensoría de oficio federal
    - ii) La defensoría de oficio local
  - 6.E) La procuraduría de la defensa del trabajo
    - i) La Procuraduría Federal de la Defensa del Trabajo
    - ii) La Procuraduría de la Defensa del Trabajo del Distrito Federal
  - 6.F) La Procuraduría Agraria
  - 6.G) Otras entidades de asesoramiento jurídico.<sup>15</sup>

Cappelletti y Garth, por su parte, establecen el siguiente catálogo:

Significado del derecho al efectivo acceso. Obstáculos a superar:

15. OVALLE, *Estudios, op. cit. Acceso a la Justicia en México*, pp. 67 y ss.

A) Las costas del juicio. 1. Generalidades. 2. Los juicios de menor cuantía. 3. Tiempo. B) Ventajas personales de las partes. 1. Situación económica. 2. Posibilidad de conocer el derecho y defenderlo en juicio. 3. Litigantes «ocasionales» y «habituales». C) Problemas específicos de los intereses difusos. D) Los obstáculos al acceso. Conclusión preliminar y factor complicante.

Aspectos prácticos de los problemas del acceso a la justicia:

A) Primera etapa: La asistencia jurídica a los pobres. 1. Sistema judicial. 2. Sistema de defensa oficial. 3. Sistemas mixtos. 4. La asistencia jurídica; su extensión y límites. B) Segunda etapa: La representación de los intereses difusos: 1. Tesis de la intervención del Estado. 2. Tesis del «procurador general privado». 3. Tesis de la «acción popular grupal». a) Primer aspecto de la reforma: La admisión de grupos. b) Segundo aspecto de la reforma: más allá de los grupos organizados. i) Las «acciones acumuladas», las «acciones de interés público» y los estudios jurídicos que se ocupan de éste. ii) La «asesoría pública». c) Solución pluralista o mixta. C) Tercera etapa: del acceso a la legitimación procesal hacia un concepto amplio del acceso a la justicia. Nuevo enfoque del acceso a la justicia.

Proyecciones del enfoque del acceso a la justicia:

A) Generalidades sobre la reforma de los procedimientos judiciales. B) Creación de medios alternativos para resolver los conflictos. 1. El arbitraje. 2. La conciliación. 3. Los incentivos económicos. C) Instituciones y procedimientos especiales: 1. Procedimientos especiales para juicios de menor cuantía. a) Generalización de la accesibilidad. b) Igualdad de las partes. c) Cambio de mentalidad de los juzgadores. d) Simplificación de las normas. e) Las reformas a los juicios de menor cuantía y el acceso a la justicia. Algunas conclusiones. 2. Tribunales vecinales o populares. 3. Tribunales especiales para las demandas de los consumidores. a) Sistemas más persuasivos que coercitivos. Solución intermedia. b) Intervención arbitral privada. c) Intervención estatal. 4. Órganos especializados para hacer valer otros nuevos derechos. a) Conflictos por contaminación ambiental. Los experimentos japoneses de 1970. b) Conflictos de locación. El Rentalsman canadiense. c) Conflictos de locación. El Tribunal de Viviendas de la ciudad de New York. c) Conflictos de derecho administrativo. La proliferación del Ombuds-

man. d) Conflictos individuales de trabajo. La reforma italiana de 1973. D) Cambios en los sistemas de prestación de los servicios jurídicos. 1. Admisión de los «cuasi-profesionales». 2. Desarrollo de los planes de prestación de los servicios jurídicos por medio de los sistemas mutual y de convenio. E) Simplificación del derecho.<sup>16</sup>

Habscheid cifra las implicaciones «procesales» (subrayado en el original) del acceso a la justicia: aceptación de la demanda por el Tribunal, la fijación de la audiencia, la realización de la discusión en contradictorio, el examen de los hechos y de los argumentos propuestos por las partes, en fin, la emisión de una sentencia; claro está que este autor se decanta por una visión amplia, en cuanto al ámbito, del concepto,<sup>17</sup> aquí trata, en esta enumeración, de los aspectos más marcadamente procesales.

A nuestro ver, puede hablarse de un catálogo de tópicos (en el sentido de Viehweg) integrantes del ámbito del acceso. Como *topoi* más destacados señalaríamos (la enumeración no es por orden de importancia): 1) *Inteligibilidad de los mecanismos de la tutela jurisdiccional* (formación cultural de los justiciables, cercanía y accesibilidad de las instituciones de asesoría extra- y precontenciosa); 2) *Accesibilidad económica* (ayuda legal); 3) *Accesibilidad jurídica* (inexistencia de «giurisdizione condizionata» (Trocker), procedimientos administrativos preliminares, jurisdicciones privadas (clubs, asociaciones, entidades, partidos políticos, Almagro); Cauciones y depósitos; 4) *Relaciones materiales objeto de tutela en que no se ha observado el equilibrio de las prestaciones* (ctatos. de adhesión con cláusulas, directa o indirectamente impuestas, que alteran el equilibrio material y procesal de las partes); 5) *accionabilidad y efectividad procesal de los intereses difusos*; 6) *Duración del proceso y aceleración del procedimiento*; 7) *Problemas de las pequeñas reclamaciones (small claims courts)*; 8) *Instrumentos alternativos de justicia (ADR —alternatives disputes resolutions procedures—, housing mechanisms, small claims mediations, justicia coexistencial, justicia penal negociada —plea bargaining, patteggiamento—).*

16. CAPPELLETTI-GARTH, *op. cit.*, pp. 13-14.

17. HABSCHIED, *Introduzione*, *op. cit.*, p. 146.

## V. COBERTURA LEGAL DEL ACCESO A LA JUSTICIA Y LA APLICACIÓN DE LA IDEA PRIVATIZADORA

Creemos, para concluir, que ni la ley de noviembre de 1984, de reforma de la LOC, ni la LOPJ de 1985, ni la ley de Supresión de Tasas de 24 de diciembre de 1986, aun bienintencionadas, han resuelto el problema, agudo y cada día más agudizado, de la crisis de la Justicia. Se trata de soluciones parciales y que, incluso, en la medida en que se apliquen en sus últimas consecuencias, podrían crear problemas mayores, —a.E., la comparecencia saneadora del menor cuantía (de personal y de tiempo), la reforma del art. 523 LEC (con la limitación de honorarios del apdo. IV a la 3.ª parte del total de la reclamación, que en reclamaciones de pequeña cuantía, pero de complejidad en su estudio y desarrollo, pueden motivar un efecto de desasistencia jurídica a veces), la conversión de los Juzgados de Distrito en los de 1.ª Instancia (Disp. Trans. 3.ª), rompiendo así una línea que parece ser la preponderante en el D.º comparado, en que incluso se han dictado leyes orgánicas y procesales (con creación de órganos jurisdiccionales específicos y procedimientos *ad hoc* para las reclamaciones menores), como la ley brasileña de 7 de noviembre de 1984.<sup>18</sup> Por ello proponemos la redacción de una ley de Bases que trate de abordar sistemáticamente los problemas del acceso, o por lo menos, los más necesitados de una reforma estructural, y que, en la actualidad, o no se han abordado, o bien se han acometido de forma tímida y deslavazada (ej. Ley de 24 de diciembre de 1986, art. 7-3 *in fine* —legitimación colectiva— LOPJ, creación de consultorías jurídicas gratuitas en determinados Colegios de Abogados). En todo caso se aprecia la necesidad de que abarque esos 8 puntos «calientes» que, a nuestro ver, más destacaban entre las cuestiones de acceso. En concreto, en materia de las pequeñas reclamaciones, y, en general, en todos los mecanismos alternativos de la justicia civil, se abre paso la necesidad de una justicia más individualizada, privatizada, negociada; en suma, el viento de la liberalización o privatización procesal sopla con intensidad, la respuesta no puede hacerse esperar.<sup>19</sup> Lo

18. Vid. *Juizado especial de pequeñas causas* (lei 7.244 de 7 novembre de 1984), ed. de Watanabe, Kauzo, São Paulo, 1985; con estudios de diversos especialistas acerca de esta Ley, e incluso referencias de Derecho Comparado (a.e. PIQUET CARNEIRO, *Análisis de la estructura y del funcionamiento del small claims court, de la ciudad de Nueva York*).

19. La solución de las ARD, con el nombre de «técnicas de diversión», también se conoce, y predica en el proceso penal, dando mayor juego al principio de

que aquí se ha intentado es sólo una modesta aproximación que ha tratado de poner el acento en la necesidad de acomodar el cambio jurídico-procesal al cambio social, para ello, y como ideas-directrices, actuar con una combinación de los elementos de *socialización*: en la intervención del juez en el proceso, respetando, en todo caso, los principios dispositivos de igualdad, y de audiencia en el proceso civil, aplicando el que Grasso ha denominado acertadamente *principio de colaboración*; y, sobre todo, asumiendo un papel destacado en la Reforma, la *privatización*, representada por una clara vocación y aplicación de instrumentos alternativos al proceso jurisdiccional (ADR), a imagen y semejanza de los que, desde 1976, se vienen proponiendo en EE.UU. (*Report Pound*), concretados en la *Dispute Resolution Act*, del presidente Carter, en 1980, con creación de los *Disputes Resolutions Centers*, y la labor conciliatoria, de mediación y arbitraje desarrollada por los *Neighborhood Justice Centers*, que, en nuestro criterio, pueden constituir un válido y eficaz mecanismo de drenaje de la litigiosidad procesal, para obviar el peligro de desbordamiento del cauce clásico de la Justicia estatal. En nuestro país, tales Centros podrían constituirse y desenvolverse, primordialmente, en los Colegios de Abogados y Procuradores, sin perjuicio de otras ubicaciones institucionales complementarias y especializadas en las que colaboraran los primeros (Cámaras de Comercio, Colegios profesionales, Agrupaciones sindicales, etc.). En conclusión, busquemos soluciones a la crisis, para ello ¿qué mejor que instituir una justicia más privatizada y humanizada, más cercana a los justiciables, asequible, ágil e informalizada, en que, en todo caso, se deben respetar los principios y garantías procesales de igualdad, audiencia y contradicción, y no se impongan, de ningún modo, las soluciones informales alternativas como obligatorias, vedando así el libre acceso a la Jurisdicción estatal, lo que, a nuestro ver, chocaría con el art. 24 CE?<sup>20</sup>

oportunidad, y con mecanismos como el monitorio penal y el *plea bargaining* (del que es un ejemplo europeo, *mutatis mutandis*, el proceso penal «premio» italiano, además del *patteggiamento* —art. 77 Ley 24 nov. 1981—), vid. GIMENO SENDRA, *Los procedimientos penales simplificados. (Principio de «oportunidad» y proceso penal monitorio)*, en *Bol. Inf. del Mrio. de Justicia*, n.º 1457, 5-VI-1987, pp. 3 y ss.; también G. LOZZI, *Patteggiamento*, en *Dizionario di Diritto e Procedura Penale*, de Vassalli, Milán, 1986, pp. 745 y ss. En general ALMAGRO, *Alternativas informales a los procesos civiles ordinarios*, *Justicia* 87, III, pp. 551 y ss., que contiene una adecuada y sistemática visión de las «alternativas», aunque el desarrollo del trabajo se cifa al proceso civil. Para el derecho material, F. DE CASTRO, *El arbitraje y la nueva «Lex mercatoria»*, A.D.C., 1979, octubre-diciembre, pp. 619 y ss.

20. Una aproximación divulgativa a «La crisis de la Justicia», en el diario

—sin perjuicio de que tales alternativas se impulsen y propicien desde el Estado y las instituciones privadas con incentivos económicos y sociales—, y procurando el respeto y observancia de los principios de independencia e imparcialidad que, garantías consustanciales a la Jurisdicción estatal, deben predicarse en lo posible de la función arbitral.

El País de 12 de enero de 1988, Suplemento «Temas de nuestra época», año II, n.º 12, que se intitula así precisamente (*La crisis de la Justicia*), bajo el epígrafe «Una historia interminable», el profesor LÓPEZ GARRIDO realiza una síntesis bastante acertada de las soluciones en el Derecho Comparado, desde el «management judicial» (aplicación de técnicas de gerencia empresarial a la llevanza y organización de la oficina judicial), pasando por la «tutela differenziata», hasta la justicia desinformalizada (ADR) como más conveniente a la justiciabilidad de los *underprivileged*, aunque contenga una crítica a la fórmula de las *class actions* (acciones de grupo o clase). Lo que parece importante destacar es que, en nuestro país, como se apuntó *supra* —n.º 1— se añade a la etiología de la crisis la discordancia estructural y desajuste entre las normas procesales de la CE (fundamentalmente art. 24) y las ordinarias, previas en el tiempo y obedientes a otra inspiración político-jurídica (a salvo de la LOTC, que, no obstante ser posterior, se desvía en algunos extremos de la CE, p. ej., en cuanto a la directriz de oralidad). Pensamos, sin embargo, que el espíritu de la CE ampara la posibilidad de las ADR, p. ej. en cuanto al arbitraje, ya que, aun no conteniendo la Ley suprema una referencia expresa como lo hizo la Constitución de 1812 (arts. 280-281) al mismo, en el aliento del art. 24, sí caben, ponderando generosamente la aparente colisión con el art. 117, dentro de la interpretación más favorable a la efectividad de la tutela judicial, en este punto, procesal, al no ser estrictamente judiciales, sí procesales, las instituciones de arbitraje. En todo caso, aun tratándose de cuestiones heterogéneas las englobadas bajo el rubro ACCESO EFECTIVO A LA JUSTICIA, se unificarían por su finalidad común: atender a la virtualidad de ese derecho a la tutela judicial efectiva y por su tratamiento normativo uniforme: Ley de Bases. Esta fórmula de delegación legislativa importa riesgos —p. ej., la impugnabilidad y control posterior por los Tribunales en supuestos *ultra vires*, vid., al respecto, GARRIDO FALLA, *Comentarios a la CE*, 2.ª ed., Madrid, 1985, p. 1234—, pero es, creemos, la más adecuada en hipótesis de un texto normativo amplio y de complejidad técnica objetiva, como acaece en el caso que nos ocupa respecto al conjunto de cuestiones implicadas y enumeradas necesitadas de efectividad en el acceso a la Jurisdicción, que requiere un delicado trabajo de desarrollo, por especialistas, de los principios y criterios contenidos en la Ley de Bases del Acceso, sobre todo en cuanto que, estando fijado el contenido esencial del derecho a la Jurisdicción en el art. 24 CE, el desarrollo implicaría más bien aspectos organizativos y aplicaciones concretas de los principios básicos de la tutela judicial efectiva, ya señalados en el precepto citado y delineados ulteriormente por el Tribunal Constitucional.

## LA ENTRADA EN LUGAR CERRADO

JUST FRANCO ARIAS  
Profesor Titular de Derecho Procesal  
Universidad de Barcelona

### SUMARIO:

I. Introducción. — II. La inviolabilidad del domicilio. — III. Excepciones a la inviolabilidad del domicilio: A) El consentimiento del titular del domicilio; B) La existencia de una resolución judicial autorizando la entrada; C) La entrada en domicilio en los casos de flagrante delito; D) La entrada en los supuestos de delitos relacionados con la actividad de bandas armadas o de elementos terroristas o rebeldes. — IV. La «entrada en lugar cerrado» que no sea domicilio. — V. Lugares especialmente protegidos por la Ley: A) Los palacios reales; B) Las embajadas y consulados; C) Los buques extranjeros; D) Las Cámaras legislativas; E) Los lugares de culto. — VI. Responsabilidad que produce la entrada ilegítima: A) Responsabilidad penal; B) Responsabilidad civil; C) Responsabilidad disciplinaria.

### I. INTRODUCCIÓN

La inviolabilidad del domicilio está garantizada por la Constitución, su artículo 18,2 así lo declara.<sup>1</sup> También en el mismo artículo se esta-

1. También por las que son sus normas integradoras, art. 12 Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, art. 17 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 y art. 8 Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950.

La propia Constitución declara que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10, 2).

blecen los principales supuestos en que es posible quebrar la inviolabilidad. Estas circunstancias son las tres siguientes: 1) cuando el titular del domicilio preste su consentimiento; 2) cuando se obtenga una resolución judicial que autorice la entrada; y 3) en los casos de flagrante delito, en los que no hace falta ni el consentimiento ni la obtención de resolución judicial que autorice a penetrar en el domicilio.

El artículo 18,2 CE vincula tanto a los particulares como a los poderes públicos, toda autoridad deberá respetar la inviolabilidad del domicilio y sólo podrá eludir la prohibición de entrar en un domicilio en aquellos casos en que esté legalmente permitido. Pese a que no es el único al que atañe la inviolabilidad del domicilio,<sup>2</sup> el ámbito procesal penal es uno de los más afectados por la inviolabilidad. No es por tanto de extrañar que el principal desarrollo del derecho a la inviolabilidad del domicilio y especialmente de las circunstancias que permiten excepcionar este derecho se encuentren también en este ámbito, concretamente en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 545 y ss.).

No deja de ser curioso que el desarrollo de un derecho fundamental se encuentre en una norma preconstitucional<sup>3</sup> y además en una norma tan alejada en el tiempo de la actual Constitución como es la Ley de Enjuiciamiento Criminal que data de 1882. Sin embargo, fácilmente se comprende que la Ley de Enjuiciamiento Criminal ya se ocupara de la inviolabilidad del domicilio si tenemos en cuenta que la Constitución vigente en el momento de su promulgación, la Constitución de 1876, también declaraba al domicilio inviolable.

2. La Administración, en el ejercicio de su facultad de autotutela (art. 102 Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958), necesita, en ocasiones, penetrar en el domicilio de algún ciudadano, por ejemplo para el embargo de sus bienes. En esos casos, también deberá obtenerse el consentimiento del afectado o la oportuna autorización judicial. En este sentido, *vid.* el art. 103 del Reglamento General de Recaudación, Decreto de 14 de noviembre de 1968, y la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de febrero de 1984.

3. GÁLVEZ MONTES, en su comentario al art. 81 CE, en *Comentarios a las Leyes Políticas*, dirigidos por Alzaga Villaamil, Madrid, 1985, tomo VII, pp. 68-69, pone de manifiesto el problema que plantea la falta de disposiciones transitorias en la Constitución precisamente en relación con las leyes anteriores a la Constitución reguladoras de materias que deben ser objeto de ley orgánica. Estima que las leyes anteriores valen como tales leyes, ya que si la modalidad de las leyes orgánicas era desconocida con anterioridad a la Constitución, no podía exigirse que dichas leyes ostentaran un carácter que antes no existía. Precisa, finalmente, que la Constitución puede haber implicado la derogación de alguna de estas disposiciones, pero ello no por el rango de la norma en cuestión, sino por la circunstancia de haberse regulado en aquéllas la materia con criterios diferentes a los mantenidos por nuestra Constitución.

Con todo, lo cierto es que desde 1882 han cambiado mucho las cosas y, hoy en día, no puede hacerse la misma lectura de las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre la entrada en lugar cerrado que la que se hiciera en el momento de su promulgación. Es preciso interpretarlas de manera acorde con el nuevo marco jurídico que las rodea, y muy especialmente de acuerdo con lo ordenado en la Constitución.

La intención de este trabajo es precisamente revisar el contenido de los artículos 545 y ss. LECrim. a la luz del nuevo marco jurídico en el que se desenvuelven estos artículos y en especial a tenor de lo dispuesto en la Constitución de 1978.

Los artículos 545 y ss. LECrim. pertenecen al Título VIII del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Pero en este Título no se regulan exclusivamente aquellas diligencias que inciden sobre la inviolabilidad del domicilio sino que también se recoge la intervención de las comunicaciones. La intervención de las comunicaciones no será objeto de estudio en este trabajo ya que se trata de una materia perfectamente diferenciable de la que nos ocupa y cuyos artículos deben interpretarse de conformidad con lo dispuesto en el número tercero del artículo 18 CE.

De los artículos del Título VIII que se ocupan de la inviolabilidad del domicilio, artículos 545 a 578, aún cabe distinguir dos diligencias distintas: la entrada (arts. 545 a 568) y el registro (arts. 569 a 578).<sup>4</sup> El más frecuente motivo de entrada en un domicilio es su registro. Pero entrada y registro son diligencias distintas. La entrada puede obedecer a otros fines distintos al registro (v. gr. se produce la entrada para acceder a otras dependencias distintas del domicilio donde se encuentra el imputado que debe ser detenido), y aun en el caso de que la entrada tenga por objeto efectuar un registro, es posible distinguir la actividad inicial de entrada de las que le siguen inmediatamente que integran el registro. La actividad referente a la entrada se agota una vez se ha conseguido penetrar en el lugar donde se pretende realizar el registro y es a partir de ese momento cuando se inicia el registro que tiene por objeto el conocimiento del delito, la recogida de los instrumentos y efectos del cuerpo del delito o la detención del imputado. Finalmente, cabe distinguir entrada y registro por su diferente inciden-

4. Sobre esta distinción, *vid.* GIMENO SENDRA, en el capítulo dedicado a la entrada y el registro de la obra colectiva de ALMAGRO, CORTÉS, GIMENO y MORENO, *Derecho procesal*, t. II, vol. 1.º, pp. 323 y ss.

cia sobre el derecho a la inviolabilidad del domicilio. La entrada es lo que provoca la violación del domicilio; el registro supone un incremento en el grado de violación del domicilio que ya se ha producido con la entrada.

Pese a la relación que existe entre entrada y registro, el registro tiene suficiente entidad y autonomía para ser estudiado con independencia de la entrada. En el presente estudio no se abordará el registro sino en aquellos puntos en que sea imprescindible su referencia para comprender las diligencias de «entrada en lugar cerrado» que son el objeto principal del mismo.

El estudio de la «entrada en lugar cerrado» se va a dividir en cinco apartados. Primero, se intentará determinar qué es lo que debe entenderse cuando se habla de la inviolabilidad del domicilio, cuál es su alcance, qué lugares están protegidos bajo la noción de domicilio y qué actividades quedan prohibidas por considerarse que su realización violaría el domicilio; lo cual constituye un paso previo necesario al análisis de las excepciones a la inviolabilidad del domicilio. A continuación, ocupará nuestra atención el estudio de la forma en que la Ley de Enjuiciamiento Criminal desarrolla la Constitución, en cuanto a los supuestos en que está permitido penetrar en un domicilio ajeno. En tercer lugar, se indagará sobre si la «entrada en lugar cerrado» que no sea domicilio está sometida a algún requisito y, en su caso, cuales son éstos. El penúltimo apartado queda reservado al estudio de la entrada en aquellos lugares especialmente protegidos por la Ley de Enjuiciamiento Criminal (v. g. palacios reales, embajadas, etc.). Y finalmente se abordará la cuestión de la responsabilidad en que se incurre cuando se procede ilegalmente a la entrada.

## II. LA INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO

Para estudiar la «entrada en lugar cerrado» hay que empezar por determinar qué es lo que hay que entender por inviolabilidad del domicilio, es decir, qué lugares se consideran inviolables y qué actuaciones determinan la violación de un domicilio. Sólo una vez determinadas estas nociones tiene sentido preguntarse por las excepciones a la inviolabilidad del domicilio.

Por lo que respecta a la actividad prohibida, nos orientan los artículos 18,2 CE y 545 LECrim. El artículo 545 LECrim. establece que la actividad prohibida es la entrada, y el artículo 18 CE a la entrada

añade el registro. El registro, como ya se ha señalado, no es objeto de este trabajo, por lo que hay que centrarse en la entrada que es, por otra parte, la actividad que, en sentido estricto, origina inicialmente la violación del domicilio.

No plantea excesivas dificultades la interpretación del término «entrar»; consiste simplemente en penetrar o introducirse en algún lugar, en el caso que nos ocupa concretamente en un domicilio. Debe entenderse prohibida la entrada en el sentido más amplio que pueda darse a este término. Confirma esta interpretación la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de febrero de 1984: el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello, a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella. Interpretada en este sentido, la regla de la inviolabilidad del domicilio es de contenido amplio e impone una extensa serie de garantías y de facultades, en las que se comprenden las de vedar toda clase de invasiones, *incluidas las que puedan realizarse sin penetración directa por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos*.<sup>5</sup>

En cuanto al lugar que queda protegido, tanto la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 545) como la Constitución (art. 18) coinciden en señalar que es el domicilio. El concepto jurídico privado (art. 40 CC) o jurídico administrativo de domicilio no nos sirve, sin embargo, en este caso. A los efectos del artículo 18,2 CE, la noción de domicilio debe interpretarse de forma mucho más amplia.<sup>6</sup> De la regulación de nuestro Código Penal (arts. 490 a 492 bis) y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 554), cabe pensar que por domicilio debe entenderse todo aquel lugar cerrado que se destina principalmente a la morada o habitación de cualquier español o residente en España.<sup>7</sup>

5. En el mismo sentido, *vid.* DE ALFONSO BOZZO, *Sobre la inviolabilidad del domicilio*, *RJCat.*, 1985, p. 171. También RAMOS MÉNDEZ, *El proceso penal*, Barcelona, 1988, p. 220. En sentido contrario, Jorge BARREIRO, *El allanamiento de morada*, Madrid, 1987, p. 60, al pronunciarse sobre la protección penal que el delito de allanamiento ofrece al domicilio, considera que para incurrir en el delito de allanamiento es preciso la presencia física o corporal en el interior del espacio que constituye la morada ajena, sin que pueda apreciarse como conducta típica el asomarse por una puerta o ventana o las intromisiones que puedan efectuarse por medios técnicos desde el exterior.

6. En este sentido, *vid.* la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de febrero de 1984.

7. También apoyan esta interpretación nuestros precedentes constitucionales.

Sin embargo, frente a la interpretación anterior que deja fuera de la noción de domicilio aquellos lugares donde se llevan a cabo actividades extradomésticas (por ejemplo un despacho profesional), se levanta, cada vez con mayor fuerza, la corriente que considera que la inviolabilidad del domicilio no cubre sólo la morada o habitación en sentido estricto, sino también aquellos otros lugares en que se desarrolla alguna manifestación de la vida privada.<sup>8</sup>

A primera vista, esta segunda interpretación puede parecer que extiende excesivamente el ámbito de aplicación del artículo 18,2 CE, pero existen suficientes argumentos para defender su aplicación. En primer lugar, encuentra apoyo en la propia normativa penal encargada de la defensa del domicilio. La protección penal a la inviolabilidad del domicilio hay que buscarla, principalmente, en los artículos 490 a 492 bis que regulan el delito de allanamiento de morada y, como indican SUÁREZ MONTES y JORGE BARREIRO,<sup>9</sup> la doctrina dominante española se inclina por considerar morada todo aquel espacio separado del mundo exterior, en condiciones tales que quede patente la voluntad de los moradores de excluir de él a los terceros, siendo indiferente que se destine a la actividad típica de la vida doméstica, como a aquellas otras actividades que, aun sin tener este carácter, se ejerciten en una esfera espacial exclusiva del sujeto privado, normalmente vedada al acceso de terceros (v. g. el trabajo).<sup>10</sup> Y, en segundo lugar, el Tribunal

les; los recoge SEMPERE RODRÍGUEZ en su comentario al art. 18 CE, en *Comentarios a las Leyes Políticas*, dirigidos por Alzaga Villaamil, Madrid, 1984, tomo II, página 441.

8. En este sentido, *vid.* SEMPERE, en su comentario al art. 18 CE, en *Comentarios...*, cit., II, pp. 441-442; GARCÍA MACHO, *La inviolabilidad de domicilio*, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1982, 32, p. 857. También BASILE, *Los «valores superiores», los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas*, en *La Constitución española de 1978*. Estudio sistemático dirigido por los profs. Predieri y García de Enterría, Madrid, 1981, pp. 301 y 302, señala que aunque la voluntad del legislador constitucional parece haber sido limitar la inviolabilidad a la vivienda o morada privada, ésta es sólo una de las interpretaciones posibles y nada impide entender por domicilio todo espacio cerrado necesario para el desarrollo de la autonomía de la persona, en actividades domésticas y extradomésticas.

9. SUÁREZ MONTES, *El delito de allanamiento de morada*, RGLJ, 1968, p. 870. JORGE BARREIRO, *El allanamiento de morada*, Madrid, 1987, p. 49.

10. Corroborada esta interpretación lo que dispone el art. 492 CP, que excluye del allanamiento de morada los «café, tabernas, posadas y demás casas públicas mientras estuvieren abiertas», pero no una vez cerradas al público. JORGE BARREIRO, *El allanamiento de morada*, cit., p. 49, señala, sin embargo, que un importante sector de nuestra jurisprudencia estima que la morada debe quedar limitada al lugar más o menos habitable reservado para la residencia, des-

Constitucional, en su Sentencia de 17 de octubre de 1985, no circunscribe el derecho a la inviolabilidad del domicilio a la personas físicas, sino que lo extiende también a las personas jurídicas,<sup>11</sup> con lo cual no parece de recibo que respecto a las personas físicas quedara excluido de la protección constitucional el lugar de trabajo y en general cualquier otro lugar en que se realizarán actividades extradomésticas, mientras que por el contrario tales lugares, como no puede ser de otro modo por la propia naturaleza de las personas jurídicas, quedaran protegidos respecto a las personas jurídicas.<sup>12</sup>

*canso y satisfacción de las condiciones de vida doméstica de la persona*. En este sentido menciona JORGE BARREIRO, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1958 y 8 de mayo de 1970, que se pronuncian sobre el concepto de morada a los efectos de la circunstancia 16.ª del art. 10 CP, pero que, según este autor, en este aspecto tiene la misma estructura objetiva que en el supuesto de allanamiento. Añade JORGE BARREIRO, finalmente, que la polémica acerca de la inclusión o no de los espacios destinados a la actividad profesional no se suscitara si, como ocurre en otros países —como la República Federal de Alemania, Austria y Portugal—, reconociese expresamente nuestra legislación penal que los locales destinados al ejercicio de una profesión o industria integran la parte objetiva del tipo de injusto del delito de allanamiento.

En cuanto al art. 191 CP, que contempla el delito de entrada ilegal de un funcionario público en un domicilio y que es la otra norma penal que junto a los arts. 490 y ss. se ocupa de la protección del domicilio, RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, Madrid, 1980, p. 763, considera que el concepto de domicilio, respecto a este delito, viene definido por la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 554 y 557). De seguirse esta interpretación no queda protegido por el art. 191 CP sino la morada o habitación en sentido estricto. Por el contrario, CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal*, Barcelona, 1978, tomo III, p. 347, considera que en este precepto hay que darle al término domicilio un contenido análogo al que se le atribuye respecto al allanamiento de morada, y entiende que comprende tanto la casa habitación como el despacho y oficina en el que la persona ejerce su actividad profesional.

11. En el mismo sentido, *vid.* GARCÍA MACHO, *La inviolabilidad de domicilio*, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1982, 32, p. 857.

12. El Auto del Tribunal Constitucional de 17 de abril de 1985 niega a las personas jurídicas el derecho a la intimidad. En el mismo sentido, *vid.* VIDAL MARTÍNEZ, *Manifestaciones del derecho a la intimidad personal y familiar*, RGD, 1980, p. 1184. También, SERRANO ALBERCA, en su comentario al art. 18 CE, en GARRIDO FALLA y otros, *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1985, p. 353. ROMERO COLOMA, *Derecho a la intimidad, a la información y proceso penal*, Madrid, 1987, p. 96. La Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de octubre de 1985 no corrige esta doctrina sino que, en contra de lo que es la interpretación usual, considera que el derecho a la inviolabilidad del domicilio no es una simple manifestación del derecho a la intimidad sino que se trata de derechos distintos.

Sobre la relación entre el derecho a la intimidad y el domicilio inviolable, *vid.* la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de noviembre de 1984. También, SERRANO ALBERCA, en su comentario al art. 18 CE, cit., p. 366. BASILE, *Los «valores superiores»...*, cit., pp. 301-302. SEMPERE, en su comentario al art. 18 CE, en *Comentarios...*, cit., pp. 440 y ss. Estos dos últimos autores ya apuntan la posi-

Sea cual sea la noción de domicilio por la que se opte de las dos que se han apuntado, es conveniente precisar que el domicilio queda protegido sea cual sea el lugar que se escoja para establecerlo, aunque no sea un edificio, siempre que el lugar escogido reúna unas condiciones mínimas que permitan desarrollar una vida privada.<sup>13</sup> Tampoco disminuye la protección si el domicilio se fija con carácter temporal en un lugar determinado, siempre que quede de manifiesto la voluntad de los moradores de desarrollar en ese lugar su vida privada con exclusión de los terceros.<sup>14</sup> El artículo 557 LECrim. establece que las tabernas, casas de comidas, posadas y fondas no se reputarán como domicilio de los que se encuentren o residan en ellas accidental o temporalmente, y que únicamente lo serán de los taberneros, hosteleros, posaderos y fondistas que se hallen a su frente y habiten allí con sus familias en la parte del edificio a este servicio destinada. Si se acepta que es irrelevante el lugar y el tiempo durante el que se fije el domicilio en un lugar determinado, siempre que una persona desarrolle en el mismo, de forma efectiva, su vida privada, debe ponerse en tela de juicio la constitucionalidad del artículo 557 LECrim., por lo menos, por lo que respecta a las habitaciones cedidas a los clientes de tales establecimientos para su uso exclusivo (v. g. habitaciones de los hoteles).<sup>15</sup>

Para terminar, cabe preguntarse si el lugar del domicilio ha de ser poseído en virtud de algún título legítimo (propiedad, arrendamiento, usufructo, precario, etc.) para gozar de la protección constitucional. Estimo que no es necesario. Todo domicilio está protegido por la Cons-

bilidad de que el derecho a la inviolabilidad del domicilio va más allá del derecho a la intimidad y protege la vida privada en sentido general.

13. En el mismo sentido, GIMENO, *Derecho procesal*, cit., II, 1.º p. 327, considera que puede situarse el domicilio inviolable en lugares tales como una «roulotte» o una tienda de campaña. También JORGE BARREIRO, *El allanamiento de morada*, cit., p. 48, al pronunciarse sobre el concepto de morada respecto al delito de allanamiento de morada. Por su parte, el art. 554 LECrim. señala expresamente que puede reputarse domicilio, a los efectos de su inviolabilidad, el fijado en un buque.

14. Las «segundas residencias» en las que se vive de forma temporal periódicamente (v.g. los fines de semana o las vacaciones) también deben considerarse inviolables. En el mismo sentido, GARCÍA MACHO, *La inviolabilidad...*, cit., p. 857. Respecto a estas viviendas, estimo que la inviolabilidad se extiende también a aquellos períodos en los que el titular de la misma no la ocupa y en tanto no quede de manifiesto su voluntad de dejar de utilizarla como residencia.

15. A los efectos del Código Penal, las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1958 y 8 de mayo de 1970 consideran como morada los departamentos o habitaciones de hoteles y pensiones destinados al alojamiento de los huéspedes.

titución sin que en ella se haga distinción alguna en este sentido y, por tanto, para que pueda ser violado es preciso que se den alguna de las circunstancias que la propia Constitución recoge (consentimiento, autorización judicial o supuestos de flagrante delito).<sup>16</sup>

### III. EXCEPCIONES A LA INVIOABILIDAD DEL DOMICILIO

En el apartado anterior se ha intentado determinar qué es lo que hay que entender por inviolabilidad del domicilio como paso previo al estudio de aquellos casos en que está legalmente permitida la entrada en un domicilio ajeno. Los casos en que esto es posible son los tres siguientes: 1) cuando el titular del domicilio preste su consentimiento; 2) cuando una resolución judicial autorice la entrada; y 3) en los supuestos de flagrante delito, en cuyo caso no hace falta el consentimiento del titular ni la autorización judicial para entrar en un domicilio de otra persona (art. 18,2 CE).<sup>17</sup>

Aparte las tres excepciones a la inviolabilidad del domicilio que se acaban de mencionar, también reconoce la Constitución la posibilidad de suspender este derecho cuando las investigaciones sobre actividades criminales se desarrollen en circunstancias excepcionales tales como una vez declarado el estado de excepción o de sitio, o cuando se trate de investigaciones relacionadas con la actividad de bandas armadas o elementos terroristas (art. 55 CE).

16. Naturalmente, si resulta que la ocupación de un determinado lugar constituye delito (v.g. allanamiento de morada o usurpación), para evitar que siga consumándose puede procederse a entrar, incluso, sin necesidad de previa autorización judicial, en virtud de la autorización legal que otorga la Constitución en los casos de flagrante delito. En sentido contrario, respecto al delito de allanamiento de morada, vid. JORGE BARREIRO, *El allanamiento de morada*, cit., p. 50, que estima preciso que el disfrute de la morada sea al amparo de un título legítimo para gozar de la correspondiente protección penal, ya que el Derecho no puede tutelar situaciones antijurídicas.

17. BAJO FERNÁNDEZ, *Protección del honor y de la intimidad*, en *Comentarios a la Legislación Penal*, dirigidos por Cobo del Rosal, Madrid, tomo I, p. 106, señala que si bien es cierto que el art. 18 CE sólo admite tres excepciones al principio de inviolabilidad, esto no significa que sea ilícita toda entrada en domicilio ajeno no concurriendo ninguna de esas tres circunstancias. El constituyente por razones de economía no hizo referencia expresa a las causas de justificación (v.g. legítima defensa o estado de necesidad), por entender que las causas de justificación encierran una «lógica y una fundamentación tales que no es necesario reconocerlas expresamente a nivel constitucional para confirmar su eficacia».

Como se ha podido apreciar en el apartado anterior, la Constitución y la Ley de Enjuiciamiento Criminal recogen de forma muy parecida el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Pero la coincidencia entre la normativa de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Constitución no acaba aquí, también se extiende a la ordenación de las excepciones a la inviolabilidad del domicilio.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando se ocupa de «la entrada en lugar cerrado», precisamente lo que hace es desarrollar, respecto al ámbito procesal penal, la normativa constitucional concretando los casos en que cabe la entrada y la forma en que ésta debe llevarse a cabo.<sup>18</sup>

Veamos cuál es el desarrollo constitucional que nos ofrece la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

#### A) El consentimiento del titular del domicilio

El consentimiento del titular es suficiente para que pueda producirse una entrada legítima. Según el art. 551 LECrim., es suficiente con requerir al titular del domicilio y si no hay oposición expresa se entiende otorgado el consentimiento.<sup>19</sup> El artículo 551 LECrim. señala concretamente que se entenderá que se presta el consentimiento si una vez efectuado el requerimiento se realizan los actos necesarios de entrada y, en su caso, registro sin que se invoque por el titular del domicilio la inviolabilidad que reconoce al domicilio el artículo 18 de la Constitución. Pese a la redacción de este artículo no creo que sea preciso que el titular del domicilio se ampare expresamente en el precepto Constitucional y es suficiente con que simplemente se oponga sin más. Es más, aunque es deber de todos el conocimiento de las leyes, pues a tenor del artículo 6 CC su ignorancia no excusa de su incumplimiento, dada la transcendencia que supone siempre renunciar a un derecho fundamental sería oportuno que al efectuarse el requerimiento se in-

18. Después de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, tan sólo la suspensión de la inviolabilidad del domicilio en caso de declararse el estado de excepción o de sitio queda fuera de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Las normas que regulan esta excepción a la inviolabilidad del domicilio son el art. 55 y 116 CE y la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre.

19. BAJO, *Protección del honor...*, cit., I, p. 107, considera que el art. 18 CE se refiere exclusivamente al consentimiento expreso sin que quepa el presunto. En sentido contrario, vid. DE ALFONSO, *Sobre la inviolabilidad...*, cit., p. 460. También la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de febrero de 1984.

formara al titular del domicilio de su derecho a impedir la entrada.<sup>20</sup>

El requerimiento debe dirigirse al titular del domicilio. Por titular debe entenderse aquella persona que efectivamente desarrolla su vida privada dentro del lugar en el que se pretende entrar. Si el sujeto que vive efectivamente en el lugar en el que se pretende penetrar no coincide con quien ostenta la titularidad jurídica sobre el bien (poseedor de hecho/propietario), debe primar la decisión del primero en cuanto lo que se defiende en este caso no es la propiedad u otro derecho real sino el derecho a que se respete la vida privada.<sup>21</sup>

El requerimiento podrá ser oral o escrito, lo fundamental es que se haga de tal forma que quede patente que el titular del domicilio ha comprendido perfectamente el objeto del requerimiento y que si decide otorgar su consentimiento lo hace libremente y con pleno conocimiento de causa. No puede considerarse que exista consentimiento si no hay un pleno conocimiento del titular del domicilio del objeto del requerimiento; no puede considerarse que existe consentimiento tácito aunque no exista oposición expresa del ocupante de la vivienda cuando es patente que no se ha enterado de lo que se le estaba solicitando (v. g. entrega de requerimiento por escrito a un sujeto analfabeto o requerimiento en español a un extranjero que desconoce nuestra lengua).

Debe dejarse un plazo suficiente entre el requerimiento y el inicio de la actividad de entrada que permita decidir y oponerse, en su caso, al titular del domicilio. No es suficiente con su mera entrega pasando inmediatamente a irrumpir en el domicilio sin dejar materialmente tiempo al titular del domicilio a leer y comprender exactamente lo que está sucediendo; en ese caso, lo normal es que una vez comprendido el alcance de la situación, si decide oponerse, ya sea demasiado tarde para evitar la violación de su domicilio.

El consentimiento tácito es suficiente, la falta de oposición a la entrada se interpreta como consentimiento. Precisamente por el alcance que cabe atribuir a la falta de oposición, es necesario exigir que el requerimiento se haga personalmente al titular del domicilio al objeto de que quede garantizado que conoce la pretensión de entrar en su domicilio.<sup>22</sup>

20. GARCÍA MACHO, *La inviolabilidad...*, cit., p. 862, estima que no puede considerarse que el consentimiento es válido si el titular desconoce que tiene derecho de prohibir la entrada al funcionario.

21. En el mismo sentido, vid. GIMENO, *Derecho procesal*, cit., II, 1.º, p. 326. También BAJO, *Protección del honor...*, cit., I, p. 107.

22. No es aceptable que se realice mediante cédula entregada a un vecino

Naturalmente el consentimiento sólo es válido si lo otorga persona plenamente capaz. Cuando la diligencia de entrada afecte a menores e incapaces, el requerimiento debe dirigirse a sus representantes legales, que son también los encargados de prestar el consentimiento.

El consentimiento para que sea válido debe prestarse libremente sin que medie engaño, intimidación o presión de cualquier tipo.<sup>23</sup>

En el caso de que el mismo lugar sea domicilio de diferentes personas es preciso el consentimiento de todas ellas para obtener un consentimiento suficiente.<sup>24</sup> Todos los que tengan su domicilio en el lugar donde se pretende entrar deben ser requeridos individual y personalmente, al objeto de que puedan oponerse si lo estiman oportuno, y si alguno de ellos lo hace no podrá llevarse a cabo la entrada. El caso más frecuente será el del domicilio conyugal; sin embargo, en este caso, excepcionalmente, dada la estrecha relación que, normalmente, existe entre los miembros de una familia, estimo que es suficiente el consentimiento otorgado por aquellos miembros de la familia (cónyuges o hijos mayores de edad que residan en el domicilio conyugal) que se encuentren en el domicilio en el momento de llevar a cabo el requerimiento.

Cuando la excepción a la inviolabilidad del domicilio se fundamenta en el consentimiento de su titular, hay que considerar que la entrada y actos que puedan realizarse dentro del domicilio sólo alcanzan hasta donde se haya consentido y que, en cualquier momento, el titular del domicilio puede revocar o reducir el consentimiento inicialmente prestado. Esta interpretación parece la adecuada a tenor de que la legitimidad de la entrada se apoya, en este caso, únicamente en el permiso que voluntariamente concede el titular del domicilio y no se fundamenta en ninguna otra causa.

para que a su vez la entregue al titular, ni por correo, ni por cualquier otro medio que no garantice plenamente que antes de llevar a cabo la entrada el titular del domicilio ha llegado a conocer el requerimiento y ha tenido la posibilidad de oponerse.

23. DE ALFONSO BOZZO, *Sobre la inviolabilidad...*, cit., pp. 460-461, se pregunta hasta qué punto, en supuestos como el caso del «peinado» del barrio del Pilar ocurrido en Madrid en abril de 1983, la cooperación ciudadana no se debió en gran parte a «la ignorancia por los ciudadanos de sus propios derechos constitucionales, como se comentó periodísticamente en su día, o quizás en el convencimiento logrado por vía de hecho, o tal vez por la influencia en la opinión pública de los «mass media», que llevaban varios días dando a conocer la acción de la policía que intentaba el descubrimiento de unos sospechosos de retención de una personalidad muy conocida en la vida pública española».

24. En el mismo sentido, *vid. BAJO, Protección del honor...*, cit., I, p. 107.

## B) La existencia de una resolución judicial autorizando la entrada

La existencia de una resolución judicial que autorice la entrada es otra de las circunstancias que permite romper la inviolabilidad de un domicilio ajeno. El artículo 558 LECrim. especifica qué tipo de resolución debe emplear el Juez para ordenar la entrada: un auto. Este auto deberá ser siempre fundado (art. 248,2 LOPJ y 558 LECrim.). En el mismo deberá justificarse la razón que motiva la entrada. Únicamente puede el Juez ordenar la entrada cuando hubiere indicios de encontrarse allí el imputado que debe ser detenido o efectos o instrumentos relacionados con el delito que puedan servir para su descubrimiento o comprobación (art. 546 y 550 LECrim.).<sup>25</sup>

El auto ordenando la entrada debe expresar también el edificio o lugar concreto en que se haya de verificar la entrada, si puede tener lugar tan sólo de día o si puede realizarse también de noche y la autoridad encargada de practicarlo (art. 558 LECrim.).

El auto de entrada debe ser dictado por el Juez, no tiene el Secretario competencia para proponer tales autos en cuanto son «limitativos de derecho» (art. 290 LOPJ).<sup>26</sup> Para garantizar que el auto ordenando la

25. EL GRUPO DE ESTUDIOS DE SECRETARIOS JUDICIALES DE BARCELONA, *Algunas consideraciones en torno a la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado*, *RJCat.*, 1974, p. 916, estima que para que se ordene la entrada es preciso que los indicios de criminalidad que existan tengan el mismo carácter de racionalidad que la propia ley procesal penal exige para poder adoptar otra de las importantes medidas del proceso, el Auto de procesamiento.

Apunta acertadamente MUÑOZ ROJAS, *Acerca de los «registros» efectuados durante el proceso penal*, *PRETOR*, 1977, p. 393, que la entrada puede solicitarse por el imputado o el procesado y debe ser ordenada por el juez, también, cuando hubiere indicios de encontrarse en el lugar medios de prueba exculpativos.

26. En el mismo sentido, GIMENO, *Derecho procesal*, cit., II, 1.º, p. 324, añade que tampoco es suficiente la orden del Ministerio Fiscal. Coincido con este autor en cuanto a la negación de capacidad al Ministerio Fiscal para ordenar la entrada en un domicilio. Aparte de las dudas que me suscita que puedan considerarse las decisiones del Ministerio Fiscal como resoluciones judiciales, que es el único tipo de resolución apta para excepcionar la inviolabilidad del domicilio según la Constitución (la propia LOPJ, Libro V, incluye al MF entre las personas e instituciones que «cooperan» y «auxilian» la Administración de Justicia y no entre el personal que la integra). En el propio Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (Ley 50/1981, de 30 de diciembre), aunque se le faculta para que realice u ordene aquellas diligencias necesarias para el esclarecimiento de los hechos denunciados o que aparezcan en los atestados, se establece entre otros límites que no podrá llevar a cabo aquellas actuaciones que sean limitativas de derechos (art. 5, 2), entre las que evidentemente se encuentra la que nos ocupa.

entrada no se dicta de forma irreflexiva sino tras un meditado análisis de las circunstancias que concurren en cada caso, el artículo primero de la Real Orden de 13 de marzo de 1895 dispone de los resultandos y considerandos donde se han de exponer los motivos que en cada caso determinan los autos de «registro de morada», consten siempre en las actuaciones con «letra manuscrita», no tolerándose «el uso de fórmulas estampadas que sustituyan el razonamiento peculiar inexcusable en cada caso».

Si la entrada es una diligencia más de una causa que se está incoando judicialmente, el Juez competente para ordenarla es el mismo que conoce del sumario. Si las Fuerzas de Seguridad del Estado necesitan proceder a la entrada en un domicilio para desarrollar sus investigaciones y aún no se ha incoado causa alguna, deben acudir al Juez que, según la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 14 y ss.), es competente para conocer de la instrucción del delito que se investiga.<sup>27</sup>

El auto autorizando la entrada debe notificarse al titular del domicilio inmediatamente después de ser dictado, a lo más tardar dentro de las veinticuatro horas de haberse dictado (art. 550 LECrim.). A la notificación puede seguir inmediatamente la penetración en el domicilio, aunque de no ser preciso por la urgencia del caso o por exigirlo el objeto que da lugar a la entrada (v. g. si se trata de detener al imputado la sorpresa es, normalmente, esencial), lo correcto es que la notificación anteceda a la entrada y que se establezca un plazo suficiente entre la notificación y el día en que debe realizarse la misma que permita al titular del domicilio oponerse a través de los recursos procedentes.

La notificación será personal, pero si no puede ser encontrado el titular del domicilio se hará a la persona encargada en su ausencia del cuidado y custodia del domicilio y si no hay ningún encargado o no se le encuentra en el momento de realizarse la notificación, se le hará la notificación a aquel sujeto mayor de edad que se pueda encontrar en el domicilio; a estos efectos se preferirá a los individuos de la familia del titular de la vivienda (art. 566, 1 y 2 LECrim.). Si no se

27. El GRUPO DE ESTUDIOS DE SECRETARIOS JUDICIALES DE BARCELONA, *Algunos comentarios...*, cit., p. 915, señala que si con motivo de una investigación policial se solicita la autorización judicial para entrar en un domicilio, el Juez sólo concederá esta autorización si queda patente la posible existencia de un delito, en cuyo caso, lo primero que debe hacer el órgano judicial es abrir las correspondientes diligencias previas o sumario, para proceder a la comprobación del delito, y dentro de tales actuaciones penales es donde habrá de dictarse el mandamiento que solicita la Policía.

puede encontrar persona mayor de edad se entregará la cédula al pariente o criado, mayor de catorce años, que se halle en la habitación, y si tampoco lo hay se entregará a uno de los vecinos más próximos (art. 172 LECrim.). Si no hay nadie en el domicilio, aparte de entregarse la cédula de notificación a un vecino, es preciso que de este hecho den su testimonio dos vecinos, los cuales también firmarán en la diligencia que se extenderá de la práctica de la notificación (art. 566,3 LECrim.).

El órgano judicial que ha ordenado la entrada puede realizarla por sí mismo, pero también puede encomendar la entrada a la policía judicial (art. 563,1 LECrim.). Si el lugar donde deba practicarse la entrada se encuentra en el territorio del propio Juez que la ordena, puede comisionar al Juez de Distrito del territorio en que se encuentre el edificio o lugar cerrado para que realice en su lugar la diligencia de entrada (art. 563,1 LECrim.). Cuando el lugar en el que se deba entrar estuviere fuera del territorio del Juez que ordena esta diligencia, encomendará la práctica de las operaciones al Juez de su propia categoría del territorio en que aquél radique (art. 563,2 LECrim.). Sin embargo, podrá practicar por sí mismo la entrada el Juez que la ordena, aunque el lugar se encuentre fuera del territorio de su jurisdicción, cuando ese lugar se hallare próximo al sitio donde se encuentre el Juez y ello resultare conveniente para el fin que motiva la práctica de esta diligencia; en este caso, deberá dar inmediata noticia al Juez competente de la realización de las operaciones de entrada (arts. 275 LOPJ y 323 LECrim.).<sup>28</sup>

La Ley de Enjuiciamiento Criminal no especifica cómo debe realizarse la entrada; sin embargo, de los artículos 552 y 569 que se refieren preferentemente al registro, cabe entender que la entrada debe realizarse procurando no perjudicar ni importunar al interesado más de lo necesario, y que se deben adoptar todo género de precauciones para no comprometer su reputación (art. 552 LECrim.). Se hará en presencia del interesado o de la persona que legítimamente le represente. Si aquél no fuera habido o no quisiere concurrir ni nombrar representante, se practicará en presencia de un individuo de su familia mayor de edad, y si tampoco lo hubiere en el domicilio, se hará a presencia de dos testigos, vecinos de la misma localidad. Aparte de los testigos que se acaba de mencionar que suplen la presencia del titular del domicilio,

28. Para evitar pérdidas de tiempo innecesarias siempre que el Juez que ordena la entrada se encontrase próximo al lugar donde se ha de entrar debería practicar por sí mismo la diligencia de entrada sin acudir al auxilio judicial.

en todo caso intervendrán dos testigos más que presenciaron también la diligencia de entrada.<sup>29</sup> Al efectuarse la entrada debe también estar presente el Secretario Judicial que se encargará de levantar acta de la diligencia de entrada. Esta acta la firmarán todos los concurrentes (artículo 569 LECrim.).

Naturalmente, para practicar la entrada, si es preciso, se empleará el auxilio de la fuerza (art. 568 LECrim.). Desde el momento en que el Juez acuerde la entrada podrá adoptar todas las medidas de vigilancia que estime oportunas al objeto de evitar la fuga del sujeto que se pretende detener o la sustracción de los objetos cuya aprensión motivan la entrada y, en su caso, el registro (art. 567 LECrim.).

### C) La entrada en domicilio en los casos de flagrante delito

Según el art. 18,2 de la Constitución, la última de las circunstancias que permiten penetrar en un domicilio ajeno es «en caso de flagrante delito». En estos casos la entrada puede producirse sin necesidad de que medie consentimiento del titular ni resolución judicial autorizándola.

El delito flagrante es aquel que se estuviere cometiendo o se acabara inmediatamente de cometer cuando el delincuente es sorprendido (párrafo primero del art. 779,1 LECrim.). También se considera delincuente *in fraganti* aquel a quien se sorprenda inmediatamente después de cometido el delito con efectos o instrumentos que infunden la sospecha «vehemente» de su participación en el delito (párrafo tercero del artículo 779,1 LECrim.). El delito no pierde este carácter aunque el delincuente huya y deba ser perseguido. Pierde el delito, sin embargo, el carácter de flagrante si el delincuente, durante la persecución, logra ponerse fuera del inmediato alcance de los que le persigan (párrafo segundo del art. 779,1 LECrim.).

Evitar la consumación de aquellos delitos que son descubiertos mientras se están cometiendo y lograr la detención de aquellos delincuentes que son sorprendidos durante la comisión de un delito o inmediatamente después de haberlos cometido son las razones que han mo-

29. En el mismo sentido, el GRUPO DE ESTUDIOS DE SECRETARIOS JUDICIALES DE BARCELONA, *Algunos comentarios en torno a la diligencia de entrada...*, cit., páginas 917 a 919, estima que en las diligencias de entrada y registro es precisa la intervención del Secretario y se lamentan de que, no obstante la claridad de la ley, sea práctica frecuente el prescindir del Secretario al llevar a efecto tales diligencias.

tivado la inclusión en la Constitución de una autorización legal para la violación del domicilio en caso de delitos flagrantes. Solamente cuando la entrada responda a alguna de estas dos finalidades debe considerarse que es suficiente con la autorización legal.<sup>30</sup>

La entrada, en estos casos, deberá realizarse en el lugar en que se está llevando a cabo el delito o en el que se refugia u oculta el delincuente durante su persecución; frecuentemente, estos lugares serán el domicilio de la víctima o de terceros totalmente ajenos al hecho delictivo. En razón precisamente de que la entrada se deberá realizar frecuentemente en perjuicio de sujetos a los que no cabe imputar el delito, es por lo que debe exigirse un elevado grado de certeza sobre el hecho de la comisión del delito o sobre la ocultación del delincuente en un lugar determinado para que la entrada pueda considerarse autorizada por la ley.<sup>31</sup>

El artículo 553 LECrim., cuando se refiere a los sujetos facultados para penetrar en un domicilio en caso de flagrante delito, únicamente menciona a los Agentes de policía. Ciertamente la policía es la que normalmente se enfrenta con los delitos flagrantes y con la disyuntiva de tener que tomar la decisión inmediata de irrumpir o no en un lugar cerrado. Sin embargo, no sólo la policía puede ampararse en la autorización de entrada que recoge la Constitución en caso de delito flagrante sino que también pueden hacerlo los particulares, cuando penetren en un domicilio ajeno al objeto de evitar la consumación de un delito. En este sentido, desarrollando la autorización constitucional, el artículo 491 CP excluye del delito de allanamiento de morada a los particulares que entran en morada ajena para prestar un servicio a la justicia.

30. BAJO, *Protección del honor...*, cit., I, pp. 108-109, señala acertadamente que cuando la Constitución se refiere al «flagrante delito» se refiere exclusivamente a la infracción criminal castigada con pena grave, según la distinción del art. 6 CP, por lo que deben excluirse los casos de comisión de simples faltas.

31. En los casos de flagrante delito, de no ser contraproducente para la propia finalidad de la diligencia y de permitirlo la urgencia del caso, se debe comunicar al titular del domicilio que se va a penetrar en él.

GIMENO SENDRA, *Derecho procesal*, cit., II, 1.º, p. 328, estima que si el interesado se opone a la práctica de la diligencia de entrada, los funcionarios de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado habrán de redactar el oportuno atestado o «relación verbal circunstanciada» (art. 294 LECrim.) en el que minuciosamente se habrá de describir la pertinencia de la medida o su procedencia de conformidad con lo dispuesto en el art. 553. De esta forma, el control último sobre la pertinencia de violar un domicilio queda en manos del Juez. En el mismo sentido, *vid.* el art. 17 Ley Orgánica de 1 de junio de 1981 sobre los estados de alarma, excepción y sitio y el art. 16 Ley Orgánica de 26 de diciembre de 1984 sobre bandas armadas y elementos terroristas.

El artículo 553 LECrim. también autoriza a los agentes de policía para que puedan «proceder de propia autoridad al registro de un lugar habitado cuando haya mandamiento de prisión contra una persona y traten de llevar a efecto su captura»; cabría preguntarse si en este punto la Ley de Enjuiciamiento Criminal no va más allá de lo que permite la Constitución. La respuesta correcta, a mi entender, debe ser la negativa, porque debe considerarse que tanto el mandamiento de prisión como la resolución que ha dado lugar a su expedición, implícitamente conllevan el mandato y la autorización para penetrar, en caso necesario, en un domicilio; en cuyo caso, la entrada queda justificada por la existencia de una autorización judicial previa. Además, si el sujeto que debe ser detenido está incurso en el tipo del artículo 334 CP que regula el delito de quebrantamiento de condena y de evasión de presos, como este delito no deja de consumarse hasta que se produce el ingreso o el reingreso en prisión, estamos ante un delito flagrante y por tanto estaría permitida la entrada, incluso, aunque no se obtuviera la previa autorización judicial.

D) *La entrada en los supuestos de delitos relacionados con la actividad de bandas armadas o de elementos terroristas o rebeldes*

Aparte de los casos de flagrante delito o de ejecución de un mandamiento de prisión, la reciente reforma del artículo 553 LECrim. (Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo), ha introducido, en este artículo, un tercer supuesto en el que la policía puede proceder por propia autoridad a la entrada en un domicilio. Según la actual redacción del artículo 553 LECrim., la policía, en casos de excepcional o urgente necesidad, para detener a presuntos responsables de delitos relacionados con las actividades de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, puede penetrar en el sitio donde se oculten o refugien estos sujetos, sea cual sea este lugar.<sup>32</sup>

32. Pese a que el art. 553 LECrim. faculta a la policía para entrar, por su propia autoridad, en cualquier lugar, cuando se cumplan las condiciones que este artículo establece, hay que entender que no podrá entrar en aquellos lugares especialmente protegidos por la ley (v.g. Palacios que ocupan las Cámaras Legislativas, Palacios Reales, embajadas, etc.) si no obtiene el previo consentimiento de los sujetos que tienen a su cargo tales lugares (sobre el particular, *vid. infra*). En caso contrario, se llegaría al absurdo de que mientras la autoridad judicial

La apoyatura constitucional de esta excepción a la inviolabilidad del domicilio no se encuentra en el artículo 18 CE. Es en el artículo 55,2 CE donde se encuentra su fundamento. El artículo 55,2 CE permite que por ley orgánica se determine la forma y casos en los que pueden ser suspendidos algunos de los derechos fundamentales, entre los que se encuentra el de la inviolabilidad del domicilio, cuando esto sea preciso para la realización de investigaciones relacionadas con actuaciones de bandas armadas o elementos terroristas.

La norma que hasta hace poco se ocupaba de desarrollar el número segundo del artículo 55 CE era la denominada ley antiterrorista (Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre). Sin embargo, esta norma ha sido derogada. Las Leyes Orgánicas 3 y 4 de 1988, ambas de fecha 25 de mayo, han reformado el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal introduciendo la nueva normativa antiterrorista en estas leyes.

Por lo que respecta a la entrada en domicilio destaca, entre las novedades que presenta la nueva ordenación, que sólo se permite la entrada en casos de *excepcional o urgente necesidad*. A diferencia de la normativa anterior, la ley sólo faculta a la policía para entrar en un domicilio, bajo su propia autoridad, para detener a presuntos responsables de este tipo de delitos, en casos excepcionales en los que solicitar la autorización judicial ponga en peligro el buen fin de la operación policial. En cualquier caso, incluso cuando la policía actúe bajo su propia autoridad, estará sometida a control judicial, si bien en estos casos el control es *a posteriori*. En los casos de entrada en un domicilio por la policía procediendo de propia autoridad (delito flagrante, mandamiento de prisión o detención de presuntos responsables de delitos relacionados con la actividad de bandas armadas o elementos terroristas), una vez efectuada la entrada la policía debe dar cuenta inmediata al Juez competente,<sup>33</sup> indicando las causas que la motivaron y los resultados obtenidos, con especial referencia a las detenciones que se hubieran practicado e indicando las personas que hayan intervenido y los incidentes ocurridos (art. 553,2 LECrim.).

necesita siempre el consentimiento previo para poder penetrar en tales lugares, la policía, en los supuestos que contempla el art. 553 LECrim., podría prescindir del mismo y entrar sin más al amparo de su propia autoridad.

33. Los Juzgados Centrales de Instrucción y la Audiencia Nacional continúan conociendo de la instrucción y enjuiciamiento de las causas por delitos cometidos por personas integradas en bandas armadas o relacionadas con elementos terroristas o rebeldes (Disposición Transitoria de la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo).

Del artículo 55,2 CE se desprende que la suspensión de derechos fundamentales por motivo de las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas sólo puede ser aplicada de forma individual, es decir, a una persona o a un grupo reducido de personas. Por lo tanto, aunque el artículo 553 LECrim. no recoge de forma expresa esta limitación, cabe entender que ni el artículo 55 CE, ni el artículo 553 LECrim. que lo desarrolla, amparan las entradas y registros que puedan practicarse de forma indiscriminada sobre un amplio colectivo como ocurre en los supuestos de *peinados* que afecten a toda una población o a un barrio determinado de la misma.

#### IV. LA ENTRADA EN LUGAR CERRADO QUE NO SEA DOMICILIO

La entrada en todos aquellos lugares que no constituyan un domicilio se halla sometida a menos restricciones que las que se han mencionado hasta ahora.<sup>34</sup> En tales lugares las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado podrán entrar apoyándose en su propia autoridad cuando su función de investigación y persecución de los delitos lo haga necesario. También la Autoridad Judicial puede ordenar la entrada «de día o de noche», cuando hay indicios de encontrarse allí una persona que deba ser detenida o efectos o instrumentos que puedan servir para el descubrimiento o comprobación de un delito (art. 546 LECrim.).

La noción de domicilio inviolable ya ha sido objeto de estudio, y al mismo tiempo que se definía su contenido también se estaban determinando, por exclusión, todos aquellos lugares que no pueden considerarse protegidos por el artículo 18,2 CE. Sin embargo, hay que retomar, aunque sea brevemente, esta cuestión ya que el artículo 547 LECrim. nos ofrece una relación de los lugares que deben considerarse como públicos, es decir, de los que no cabe considerar como domicilio, lo que obliga a contrastar hasta qué punto esta relación se acomoda a la noción de domicilio que se ha determinado anteriormente, o lo que es lo mismo, hasta qué punto esta relación se acomoda a la noción de domicilio inviolable que recoge la Constitución.

El art. 547 LECrim., en primer lugar, califica de lugares públicos los que estuvieran destinados a cualquier servicio, militar o civil del Estado, de la Provincia o del Municipio, y añade «aunque habiten allí

los encargados de dicho servicio o los de conservación y custodia del edificio o lugar». Creo que, respecto a estos lugares, es preciso distinguir las dependencias destinadas al servicio oficial de aquellas otras partes del edificio destinadas a vivienda. La parte del edificio que esté destinada a vivienda goza de la inviolabilidad que la Constitución reconoce a todo domicilio. Lo mismo cabe afirmar respecto a los buques del Estado a los que hace referencia específica el número cuarto del art. 547. No puede considerarse como lugares públicos aquella parte de estos buques que sea el domicilio de una persona.

En segundo lugar, califica el art. 547 LECrim. como lugares públicos los edificios o lugares destinados a cualquier «establecimiento de reunión o recreo». Sin embargo, si se considera domicilio todo aquel lugar en que se ejercita la vida privada, no cabrá considerar como lugares públicos aquellos lugares de «reunión o recreo» a los que no pueda acceder libremente cualquiera, sino que su disfrute esté reservado a un limitado conjunto de sujetos (v. g. el edificio de un club cuya entrada quede restringida a los socios).

Finalmente, incluye el artículo 547 LECrim. en la categoría de lugares públicos todos aquellos otros lugares que no constituyan un domicilio, y nos remite al artículo 554 LECrim. en cuanto a los lugares que deben ser considerados como tales. El artículo 554 LECrim. considera como domicilio todos aquellos lugares que sirvan de habitación a cualquier español o residente en España, y a la definición anterior añade la mención de dos lugares concretos a los que considera domicilio y por tanto inviolables: los palacios reales y los buques nacionales mercantes. Sobre si debe considerarse como domicilio únicamente la morada o debe extenderse a cualquier lugar en que se desarrolle la vida privada, me remito a lo que se ha expuesto supra al analizar la noción de domicilio inviolable. Pero creo de interés realizar dos breves apuntes sobre aquellos lugares concretos que el artículo 554 LECrim. califica de domicilio, es decir, los palacios reales y los buques nacionales mercantes. Respecto a los buques cabe decir que, pese a que el artículo 554 considera domicilio todos los buques nacionales mercantes, sin hacer distinción alguna, no se debe considerar como domicilio sino aquellos buques que en realidad lo sean (no puede considerarse como tal, por ejemplo, un buque deshabitado). Y por lo que se refiere a los palacios reales, quiero apuntar que deben considerarse inviolables únicamente aquellos que efectivamente constituyan domicilio del monarca, ya sea el habitual o los que utilice como «segundas residencias» en las que habita periódicamente de forma temporal.

34. En sentido contrario, *vid.* RAMOS MÉNDEZ, *El proceso penal*, cit., p. 221.

En cuanto a la entrada en lugar cerrado que no sea domicilio, nos queda por ver, por último, la forma de practicar la entrada en estos casos. Todas las personas y entidades públicas y privadas tienen la obligación de colaborar con la Autoridad encargada de realizarla (artículo 17 LOPJ y 4 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad). La Autoridad que realice la diligencia de entrada debe procurar, por su parte, evitar los perjuicios y molestias innecesarios a los que se vean afectados por la medida (art. 552 LECrim. y 5,2 LOFCS).

Si la entrada debe efectuarse en un edificio destinado a cualquier servicio oficial, es preciso solicitar previamente la autorización al Jefe del que el servicio dependa en la misma población (art. 564 LECrim.). Pero si éste deniega la autorización o simplemente no contesta en el término que se ha fijado en el oficio, no por ello se deja de realizar la diligencia, sino que se procede a realizarla en todo caso.<sup>35</sup> En estos supuestos, es suficiente con comunicar la resolución en que se disponga la entrada al encargado de la conservación o custodia del edificio o lugar en que se hubiere de entrar, pudiendo pasar inmediatamente a practicar la diligencia. En los demás casos en que se deba entrar en lugares que no sean domicilio (v. g. cuando se trate de un «establecimiento de reunión o recreo» tales como un restaurante o un teatro), es suficiente con comunicar que se va a proceder a entrar a la persona que se halle al frente del establecimiento o esté encargada del lugar en que se vaya a entrar (art. 565 LECrim.).

## V. LUGARES ESPECIALMENTE PROTEGIDOS POR LA LEY

Como se ha visto hasta ahora, el domicilio recibe una protección especial por parte del Ordenamiento jurídico. Pero no todo domicilio se halla igualmente protegido; la inviolabilidad de ciertos domicilios e

35. En el mismo sentido, *vid.* el art. 641 CJM.

Si se trata de buques del Estado, la comunicación se dirige a sus Comandantes.

En casos de urgencia la comunicación puede ser verbal. En el mismo sentido, *vid.* el art. 641 CJM. Cuando se trate de un supuesto de flagrante delito, dada la urgencia con que debe procederse a entrar si se quiere tener éxito, no creo preciso solicitar la licencia previa al Jefe del servicio, salvo que las concretas circunstancias del caso lo permitan sin menoscabo del objeto que da lugar a la entrada.

incluso la de determinados lugares que ni tan siquiera pueden calificarse como tales (v. g. los Palacios que ocupan las Cámaras Legislativas), reciben por la ley una protección especial que excede de la que de ordinario goza el domicilio. En los Palacios Reales, embajadas, consulados, buques extranjeros, Cámaras Legislativas y lugares de culto, como regla general, no podrá entrarse si no se obtiene el previo consentimiento de los sujetos que tienen a su cargo tales lugares. Veamos con mayor detenimiento la especial protección que otorga la ley a cada uno de los lugares mencionados.

### A) *Los Palacios Reales*

Para entrar en el Palacio en que se halle residiendo el Monarca, es preciso solicitar «real licencia por conducto del Mayordomo Mayor de Su Majestad» (art. 555 LECrim.). Actualmente, entiendo que la licencia debe solicitarse por conducto del Jefe de la Casa de S. M. el Rey (artículo 3 Real Decreto 434/1988, de 6 de mayo, por el que se reestructura la Casa de S. M. el Rey). En los Sitios Reales en que no se hallare el Monarca al tiempo de la entrada, será necesaria licencia del Jefe o empleado del servicio de Su Majestad que tuviere a su cargo la custodia del lugar, o la del que haga sus veces en el momento que se solicitare, si el principal encargado estuviera ausente (art. 556 LECrim.).<sup>36</sup>

### B) *Las embajadas y consulados*

Los locales de las misiones diplomáticas son inviolables. Para la entrada en las embajadas es precisa la autorización del Jefe de la misión (arts. 559 y 560 LECrim. y art. 22 Convenio sobre Relaciones Diplomáticas firmado en Viena el día 18 de abril de 1961, ratificado por España por Instrumento de 21 de noviembre de 1967, BOE de 24 de enero de 1968).

La parte de los locales consulares que se utilicen para el trabajo de la oficina consular también gozan de inviolabilidad y no podrá penetrarse en los mismos si no es con el consentimiento del Jefe de la oficina consular, o de la persona que él designe, o del Jefe de la misión

36. En el mismo sentido, *vid.* el art. 645 del Código de Justicia Militar (Ley de 17 de julio de 1945).

diplomática del Estado que ha establecido la oficina consular (art. 31, 2 Convenio de Viena sobre relaciones consulares de 24 de abril de 1963 al que se adhirió España por Instrumento de 3 de febrero de 1970, BOE de 6 de marzo de 1970). En cuanto al domicilio de los Cónsules, a diferencia de la residencia particular de los Agentes diplomáticos (art. 30 Convenio de 18 de abril de 1961), no gozan de inviolabilidad. El artículo 562 LECrim. únicamente establece la obligación de pasarles previamente «recado de atención», que estimo se debe entender cumplido con la comunicación de que va a procederse a la entrada que, en todo caso, acompaña o precede a la propia entrada (v. g. notificación del auto en que se ordena la entrada).

### C) *Los buques extranjeros*

Según el art. 56 LECrim. no se puede entrar en los buques mercantes extranjeros sin la previa autorización de su capitán o, si éste la deniega, sin la del Cónsul de la nación a la que pertenezca el buque. Si el buque es de guerra, la falta de autorización del Comandante del mismo puede suplirse por la del Embajador de la nación a que pertenezca (art. 561 LECrim.).<sup>37</sup>

Las limitaciones que establece la Ley de Enjuiciamiento Criminal en cuanto a la entrada en un buque están justificadas cuando se trata de un buque de guerra o, en general, de buques públicos pertenecientes a otros Estados en cuanto estas naves gozan de una especial protección del Derecho Internacional, debiéndose respetar en un alto grado su independencia respecto al Estado local al que pertenecen las aguas en que se puedan encontrar, pudiéndose llegar a afirmar que gozan de extraterritorialidad.<sup>38</sup> No tienen, sin embargo, la misma justificación las restricciones que se establecen respecto a los buques mercantes extranjeros. Los buques privados se consideran como parte del territorio de la nación de su bandera únicamente cuando se hallan en alta mar. Pero

37. GIMENO, *Derecho procesal*, cit., II, 1.º, p. 327, considera que, no obstante el casuismo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no pudo contemplar la entrada en aeronaves o en automóviles a los que hay que extender analógicamente el objeto de esta diligencia. El Código de Justicia Militar (arts. 640 y 648) establece el mismo régimen tanto respecto a la entrada en buques como en aeronaves extranjeras.

38. En este sentido, *vid.* ECHEVARRÍA RIVERA, *El transporte marítimo*, Pamplona, 1973, p. 192.

la norma general es que la autoridad del Estado ribereño se extienda a ellos mientras se encuentren en sus aguas.<sup>39</sup> De hecho, la Ley de Enjuiciamiento Criminal se puede considerar modificada en este punto por lo dispuesto en el Convenio de Ginebra de 29 de abril de 1958 sobre el mar territorial y zona contigua, del que España es parte desde el 25 de febrero de 1971, que determina cuándo debe ser ejercitada la jurisdicción penal del Estado ribereño y, en caso de ejercitarla, la forma como debe actuar la autoridad que la ejercita. El artículo 19 del Convenio excluye la actuación del Estado ribereño cuando la infracción penal se haya cometido antes de que el buque entre en su mar territorial, si el buque procede de un puerto extranjero y se encuentra únicamente de paso por el mar territorial, sin entrar en las aguas interiores. Tampoco debe ejercitar su jurisdicción penal el Estado ribereño cuando la infracción se haya cometido a bordo del buque durante su paso por las aguas territoriales, salvo en aquellos casos en que la infracción tiene consecuencias para el Estado ribereño, el Capitán o el Cónsul del Estado cuyo pabellón enarbola el buque han pedido la intervención de las autoridades locales, es necesaria la intervención para la represión del tráfico ilícito de estupefacientes o cuando el buque que pase por el mar territorial proceda de las aguas interiores (v. g. de un puerto perteneciente al Estado ribereño). En el caso de que el Estado ribereño ejercite su jurisdicción penal, el Convenio no exige en ningún caso la previa autorización del Capitán o de las autoridades Consulares del Estado cuya bandera enarbole el buque para adoptar las medidas necesarias; es suficiente, antes de tomar cualquier medida, con el aviso previo al cónsul, facilitando el contacto entre dicha autoridad y la tripulación del buque. Es más, en caso de urgencia, el aviso se dará mientras se adopten las medidas pertinentes.

39. En este sentido, por ejemplo, ALBORS MÉNDEZ, *El embargo preventivo de buques españoles al amparo del Convenio de Bruselas de 10 de mayo de 1952*, Tapia, 1987, marzo-abril, p. 41, señala que, lejos de lo que generalmente se cree, la finalidad del Convenio de Bruselas de 1952 sobre el embargo de buques era la limitación de los supuestos de embargo al objeto de uniformar la normativa de los distintos países. Si España no se hubiera adherido a este Convenio, el embargo preventivo de buques extranjeros seguiría sometido al régimen general del embargo preventivo contenido en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

D) *Las Cámaras Legislativas*

En el Palacio de cualquiera de las Cámaras Legislativas no podrá entrarse si no es con la previa autorización de sus respectivos Presidentes (art. 548 LECrim.).

E) *Los lugares de culto*

Los templos y demás lugares religiosos no gozan de inviolabilidad; para poder efectuar la entrada basta, como ocurre con el domicilio de los Cónsules, con pasar «recado de atención» a las personas a cuyo cargo estuvieren (art. 549 LECrim.). El Concordato con la Santa Sede de 27 de agosto de 1953 (ratificado por Instrumento de 26 de octubre de 1953) dejó sin efecto este artículo de la LECrim., por lo que respecta a la Iglesia Católica, en cuanto establecía en su art. 22 la inviolabilidad de las Iglesias y demás lugares sagrados, así como de los Palacios y Curias Episcopales, de los Seminarios, de las casas y despachos parroquiales y rectorales y de las casas religiosas canónicamente establecidas; y especificaba en este sentido en su número segundo que, salvo en caso de urgente necesidad, la fuerza pública no podía entrar en los citados edificios, para el ejercicio de sus funciones, sin el consentimiento de la Autoridad eclesiástica competente. Sin embargo, el Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos de 3 de enero de 1979 (ratificado por Instrumento de 4 de diciembre del mismo año) que revisa algunos de los preceptos del Concordato de 1953, si bien mantiene la declaración de inviolabilidad de los «lugares de culto», establece que esos lugares «tienen garantizada su inviolabilidad con arreglo a las Leyes» (art. 1,5), con lo cual se plantea la duda de si siguen manteniendo el mismo nivel de inviolabilidad que se establecía en el Concordato de 1953 o por el contrario ha vuelto a recobrar su vigencia el artículo 549 LECrim. y al igual que en los restantes templos y lugares sagrados de otras religiones distintas a la Católica es suficiente para poder efectuar la entrada con «pasar recado de atención a las personas a cuyo cargo estuvieren».<sup>40</sup>

40. El art. 492 bis CP considera delito el quebrantamiento de la inviolabilidad de los lugares sagrados, edificios religiosos u otros inmuebles protegidos por dicho privilegio por ley especial o convenio internacional debidamente rati-

## VI. RESPONSABILIDAD QUE PRODUCE LA ENTRADA ILEGÍTIMA

La entrada en un domicilio ajeno no debe producirse sino en los casos permitidos legalmente y en la forma en que se dispone por la ley. Cualquier otra entrada debe reputarse ilegítima y, en la medida que la entrada ilegal supone la infracción de la norma jurídica que se encuentra en la cúspide de nuestro ordenamiento, la Constitución, no es de extrañar que la entrada ilegal pueda dar lugar al nacimiento de responsabilidades civiles, penales y disciplinarias.

Aunque ello suponga apartarse un tanto de la esfera estrictamente procesal, por su estrecha relación con la materia que se estudia es preciso hacer una breve referencia a la responsabilidad en que se puede incurrir cuando se procede a realizar una entrada ilegítima.

A) *Responsabilidad penal*

Para proteger la inviolabilidad del domicilio el Código Penal tipifica los delitos de allanamiento de morada (arts. 490 a 492 bis) y el de violación ilegal del domicilio por funcionario público (art. 191,1). El primero de ellos protege al domicilio de las actuaciones ilegítimas de los particulares y el segundo de las realizadas por funcionarios públicos.<sup>41</sup>

Respecto a la forma en que se ha regulado la responsabilidad penal en que puede incurrir el funcionario cuando actúe en el ejercicio de su función, se aprecian, sin embargo, ciertas deficiencias. El delito de violación ilegal de domicilio por funcionario público protege exclusivamente el domicilio de los súbditos españoles, por lo que no comete este delito el funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la ley, entra en el domicilio de un extranjero (art. 11 CP). La exclusión de la protección penal del domicilio del extranjero frente a

ficado, pero únicamente protege estos lugares en la medida que la «ley especial o convenio internacional» los declaren inviolables. Por lo tanto, el art. 492 bis CP debe ser integrado en cada caso con la ley o el convenio que declara la inviolabilidad y no puede extender su protección más allá de lo que lo hace la «ley especial o convenio internacional».

41. El párrafo segundo del art. 492 bis también se refiere al allanamiento perpetrado por funcionario. JORGE BARREIRO, *El allanamiento de morada*, cit., p. 93, considera que este precepto se encuentra mal ubicado.

las entradas indebidas de los funcionarios públicos carece de justificación en cuanto la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal asimila, a todos los efectos, el domicilio del nacional con el del extranjero.<sup>42</sup> También es injustificada la exclusión que se hace en el mismo precepto respecto a la autoridad judicial; según el art. 191,1 CP solamente pueden incurrir en el delito que tipifica los funcionarios públicos que no sean autoridad judicial, con lo cual la entrada ilegal realizada por la autoridad judicial no puede encuadrarse en este precepto penal ni tampoco en el delito de allanamiento de morada que está previsto exclusivamente para la violación del domicilio por particulares. Ante esta situación, para incriminar la entrada en domicilio de extranjero o las intrusiones ilegítimas que pueda hacer la autoridad judicial, debe acudirse al delito de coacciones (art. 496 CP) o al de impedimento del ejercicio de derechos cívicos reconocidos por las leyes (art. 194 CP) que dado el carácter residual de ambas figuras permiten incluir tales conductas dentro del tipo delictivo que recogen.<sup>43</sup>

Curiosamente también, la pena señalada por el artículo 191 CP en los supuestos de violación de domicilio por parte de funcionario público es menor que la que recibe el particular si incurre en el delito de allanamiento de morada. Esta situación anómala, sin embargo, ha sido corregida por la Ley Orgánica de 25 de junio de 1983, que ha introducido en el Código Penal el artículo 204 bis a). Este artículo establece que lo dispuesto en los artículos 178 a 204 bis se entenderá sin perjuicio de lo ordenado en otros preceptos del Código Penal que señalen mayor pena a cualquiera de los hechos comprendidos en los artículos que regulan los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de las personas reconocidos por las leyes.<sup>44</sup>

La protección penal del domicilio se extiende también a aquellos casos en que se comete la infracción por error vencible sobre alguno de los elementos esenciales integrantes del tipo (v. g. la policía irrumpe

42. GIMENO, *Derecho procesal*, cit., II, 1.º, p. 326, considera incluso que puede llegarse a calificar este artículo de inconstitucional.

43. En el mismo sentido, *vid.* MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, Sevilla, 1977, p. 568. También MORALES PRATS, *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, Barcelona, 1984, p. 166.

Sobre el art. 191, 1, CP, *vid.* ampliamente, CÓRDOBA, *Comentarios al Código Penal*, cit., III, pp. 349 y ss. También RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, cit., pp. 762 y ss.

44. Sobre la problemática que presenta este artículo respecto a la violación del domicilio por funcionario público, *vid.* ampliamente JORGE BARREIRO, *El allanamiento de morada*, cit., pp. 106 y ss.

en un domicilio creyendo erróneamente que se está cometiendo un delito, cuando no es así) o por error de prohibición vencible (v. g. unos miembros de las Fuerzas de Seguridad del Estado, creyendo que la ley les faculta para entrar en un domicilio siempre que deban llevar a cabo en el mismo sus investigaciones, proceden a entrar en un domicilio sin obtener el previo consentimiento de su titular o la oportuna autorización judicial); en el primer caso la infracción será castigada como culposa y en el segundo el error determina que se atenúe la pena (art. 6 bis, a CP). No siempre es fácil determinar si el error cometido es vencible, y por tanto debe ser sancionada penalmente la conducta, o por el contrario era invencible y por tanto no procede imponer sanción penal alguna. La decisión puede ser especialmente problemática en aquellos supuestos, como los casos de delitos flagrantes, en los que la decisión sobre si hay que proceder o no a la entrada debe tomarse de forma inmediata. Por desgracia, no puede darse una respuesta genérica a todos estos casos y deben resolverse individualmente apreciando, si dadas las circunstancias que concurren en cada supuesto concreto y, en su caso, los conocimientos especiales del sujeto que comete la infracción (v. g. las Fuerzas de Seguridad del Estado han recibido una formación especializada que no puede dejarse de tener en cuenta), era o no posible evitar el error.

Por lo que respecta al delito de allanamiento de morada, existen posturas encontradas en cuanto a la posibilidad de que este delito admita la incriminación por imprudencia. La doctrina penal dominante considera que es posible la incriminación del allanamiento, tanto a título de dolo como de imprudencia.<sup>45</sup> Sin embargo, la tesis mayoritaria de nuestra jurisprudencia sostiene que el delito de allanamiento presupone, como elemento esencial, un *dolo específico*, es decir, que el agente realice la conducta típica de allanar con el ánimo de atentar contra el respeto debido a la inviolabilidad de la morada.<sup>46</sup> La opinión jurisprudencial mayoritaria que exige un elemento subjetivo en el delito es rechazada por la doctrina científica, entre otras razones, porque carece de base legal, el tipo del delito de allanamiento no requiere expresa ni tácitamente un *dolo específico* y, además, porque si el delito de allanamiento exigiera la finalidad de atentar contra la inviolabilidad

45. *Vid.*, por todos, JORGE BARREIRO, *El allanamiento de morada*, cit., pp. 80 y siguientes.

46. En este sentido, *vid.*, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 1965, 23 de octubre de 1969 y 18 de abril de 1972. *Vid.* también JORGE BARREIRO, *El allanamiento de morada*, cit., pp. 82 a 84.

del domicilio, sería superfluo el artículo 491 CP, que viene a justificar la entrada en morada ajena con fines de evitar un mal grave o prestar servicios humanitarios o de justicia, pues en los supuestos que recoge está ausente aquella finalidad, resultando atípica la conducta y, por tanto, innecesaria la eximente.<sup>47</sup>

### B) Responsabilidad civil

La entrada ilegítima, aparte de la responsabilidad penal a que pueda dar lugar, también comportará el nacimiento de responsabilidad civil en los casos en que produzca daños o perjuicios a quien la padece. Tratándose de funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo, la indemnización correspondiente puede solicitarse directamente al Estado (art. 40 Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y art. 292 LOPJ). Es más, incluso cuando la entrada sea legítima, en la medida que el Estado responde también de las lesiones que sufran los particulares como consecuencia del funcionamiento normal de la Administración (art. 40 Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado), puede solicitarse la correspondiente indemnización al Estado por los daños y perjuicios que cause la entrada en aquellos casos en que el titular del domicilio nada tenga que ver con el objeto de la violación (v. g. se entra en un domicilio al objeto de poder acceder en condiciones óptimas a otro lugar en el que se encuentra el sujeto que debe ser detenido).<sup>48</sup>

### C) Responsabilidad disciplinaria

Independientemente de la responsabilidad civil o penal en que hayan podido incurrir las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad cuando procedieren a la entrada en un domicilio sin guardar todos las formali-

47. En este sentido, *vid.* JORGE BARBEIRO, *El allanamiento de morada*, cit., p. 84. También SUÁREZ MONTES, *El delito de allanamiento de morada*, cit., páginas 895-896.

48. Cuando la entrada sea ordenada por la autoridad judicial es dudoso que quepa reclamar los daños y perjuicios que causen aquellas entradas que se ajusten a la ley, en cuanto el art. 292 LOPJ limita la responsabilidad patrimonial del Estado derivada del funcionamiento de la Administración de Justicia al funcionamiento anormal de la misma.

dades que exige la ley, serán sancionados disciplinariamente. La iniciación del procedimiento penal contra los miembros de las Fuerzas de Seguridad que hayan procedido a la entrada ilegal no impedirá la incoación y tramitación de correspondiente expediente disciplinario por los mismos hechos. No obstante, la resolución definitiva del expediente sólo podrá producirse cuando la sentencia recaída en el ámbito penal sea firme, y la declaración de hechos probados vinculará a la Administración (art. 8,3 Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, 2/1986, de 13 de marzo). Cuando la entrada ilegal sea realizada por Jueces o Magistrados no se podrá incoar expediente de responsabilidad disciplinaria si se inicia causa penal y en tanto ésta no haya concluido por sobreseimiento o sentencia absolutoria. En el caso de que ya se hubiera iniciado el expediente disciplinario cuando se inicie la tramitación de la causa penal, se suspenderá el expediente administrativo en curso. Si la actuación del Juez o el Magistrado resulta sancionada en la causa penal, no podrá ser objeto de un posterior expediente de responsabilidad disciplinaria en virtud de los mismos hechos (art. 415 LOPJ).

## ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE JUECES Y MAGISTRADOS

M.<sup>a</sup> ANGELES RODRÍGUEZ ALIQUÉ  
Profesora Titular de Derecho Procesal  
Universidad Autónoma de Madrid

### SUMARIO:

I. Introducción. — II. Procedimientos a seguir. — III. Legitimación.

### I. INTRODUCCIÓN

A nadie se oculta que el tema de la responsabilidad civil de Jueces y Magistrados en el ejercicio de la actividad jurisdiccional<sup>1</sup> es importante,<sup>2</sup> de gran transcendencia práctica<sup>3</sup> y sumamente complejo; que

1. Véase MARTÍN REBOLLO en *Jueces y responsabilidad del Estado*, Madrid, 1983, pp. 121 y ss.

2. De ello es buena prueba el caudal de tinta vertido, pudiéndose citar, obviamente sin ánimo exhaustivo, a ALMAGRO NOSETH en *Problemática del recurso de responsabilidad civil contra Jueces y Magistrados*, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, n.º 2/3, 1971, pp. 291 y ss.; así como en *El sistema español de responsabilidad judicial*, en *El Poder Judicial*, I, 1983, pp. 449 y ss.; SOSA WAGNER en *Sistema judicial y responsabilidad*, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 13/1977, pp. 301 y ss., o las más recientes de MONTERO AROCA, *Responsabilidad del Estado y tutela del ciudadano por los daños producidos con ocasión del ejercicio de la jurisdicción*, en *Justicia* 87, IV, pp. 779 y ss.; FERNÁNDEZ HIERRO, *Responsabilidad civil judicial*, Pamplona, 1987; REYES MONTERREAL, *Responsabilidad del Estado por error o anormal funcionamiento de la Administración de Justicia*, Madrid, 1987.

3. No podemos estar de acuerdo con la opinión vertida por Perfecto ANDRÉS.

hay que conjugar la necesidad de una contrapartida a la independencia y libertad absolutas del Órgano Jurisdiccional con el peligro real que supone la fácil instrumentalización de la responsabilidad que llevaría consigo una amenaza a la imparcialidad judicial,<sup>4</sup> habida cuenta que en la sociedad contemporánea se registra una acentuada presión sobre Jueces y Magistrados, tanto por necesidades del sistema político dominante como por grupos o poderes económicos... etc.,<sup>5</sup> como consecuencia de la superestimación del papel del Juez en la Sociedad.<sup>6</sup>

Se impone, por tanto, la valoración, con toda la prudencia necesaria, de la responsabilidad civil, sin que sea ésta utilizada con fines disciplinarios o de control político de los Órganos Jurisdiccionales y teniendo en cuenta la discrecionalidad indispensable para que puedan realizar válidamente la actividad de interpretación y aplicación de la norma jurídica al supuesto de hecho concreto sometido a su enjuiciamiento.

En nuestro Ordenamiento Jurídico, la responsabilidad civil de Jueces y Magistrados en el ejercicio de la función jurisdiccional, se regula en el capítulo II, título III, libro IV de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), que traen su razón de ser de los artículos 121 y 106 de la Constitución Española de 1978, que derivan, a su vez, estimamos, tanto de las declaraciones contenidas en los números 1 y 2 del artículo 1, como de las de los números 1 y 2 del 117, ambos de la propia Norma Fundamental.<sup>7</sup>

Dada la importancia y la extensión del tema que constituye el eje central de este trabajo, vamos a enfocar nuestra atención sobre un punto específico del mismo: la legitimación activa y pasiva, si bien,

IBÁÑEZ y Claudio MOVILLA ÁLVAREZ, en *El Poder Judicial*, Madrid, 1986, p. 142, de que la responsabilidad civil carece de otro interés que no sea el doctrinal, y apuntamos que existe jurisprudencia al respecto, por ejemplo la Sentencia de 28 de abril.

4. En este punto seguimos a ALMAGRO NOSETTE, en *Poder Judicial y Tribunal de Garantías en la nueva Constitución*, en *Lecturas sobre la Constitución española*, I, Madrid, 1978, p. 291, y en *Problemática...*, cit., pp. 301 y ss.; también seguimos a PICARDI, en *Problemi attuali della responsabilità del giudice*, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n.º 4, 1979, pp. 1500 y ss.

5. Como apunta GALASSO en *Transformazioni del diritto privato e funzione del giudice*, en *Rivista Critica del Diritto Privato*, a. I, n. 1, marzo de 1983, p. 23.

6. Este tema se analiza por RENATO TREVES en *El Juez y la sociedad*, una investigación sociológica sobre la Administración de Justicia en Italia (trad. de F. Laporta y A. Zaragoza, revisada por L. Mosquera, Madrid, 1974).

7. Véase in extenso MARTÍN-GRANIZO en *Reflexiones sobre la responsabilidad de Jueces y Magistrados*, Comunicación presentada a las III Jornadas de Derecho Judicial, Madrid, 1986.

previamente, se hace necesario contemplar los tipos de proceso en que se puede deducir la pertinente pretensión.

Para el estudio que aquí se ofrece son esenciales los siguientes preceptos de la LOPJ, que pasamos a transcribir:

«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, darán a todos los perjudicados derecho a una indemnización a cargo del Estado, salvo en los casos de fuerza mayor, con arreglo a lo dispuesto en este Título.

Artículo 293.1. c) El procedimiento para sustanciar la pretensión será el propio recurso de revisión en materia civil, siendo partes, en todo caso, el Ministerio Fiscal y la Administración del Estado.

Artículo 296. 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 que corresponda ante el Tribunal competente. En estos procesos será parte siempre el Ministerio Fiscal.

Artículo 411. Los Jueces y Magistrados responderán civilmente por los daños y perjuicios que causaren cuando en el desempeño de sus funciones incurrieren en *dolo o culpa grave*.

Artículo 412. La responsabilidad civil podrá exigirse a instancia de la parte perjudicada o de sus causahabientes, en el juicio que corresponda.»

Nótese que acaso sea el principal problema del presente trabajo el relativo a la correspondencia o a la discrepancia entre los artículos 296 y 411 de la LOPJ, ya que atendiendo a su letra, pueden conducir a una auténtica aporía, tanto en orden a la legitimación activa y pasiva, como al proceso en que deducir las correspondientes pretensiones, según veremos.

## II. PROCEDIMIENTO A SEGUIR

Del estudio de los preceptos transcritos, entendemos cabe distinguir dos supuestos:

- A) Que se deduzca una pretensión dirigida a reclamar daños causados por «error judicial» (art. 292.1 LOPJ);
- B) Que la pretensión se deduzca con la finalidad de interesar la

indemnización de los daños y perjuicios causados por dolo o culpa en el ejercicio de sus funciones, por un Juez o Magistrado (art. 411).

La diferencia entre ambos supuestos es evidente y se pone de relieve si fijamos la atención en los artículos 293 y 412, ambos de la LOPJ, en relación, éste último, con el artículo 910 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC). Veamos:

**A) Supuesto de pretensión dirigida a reclamar con ocasión de daños causados por error judicial (art. 293 LOPJ)**

En estos supuestos, el procedimiento a seguir según claramente se establece en los números 1 y 2 de dicho precepto, presenta dos fases o momentos procesales perfectamente diferenciados:

1) Una que pudiéramos denominar «fase previa», dirigida exclusivamente a determinar si ha existido o no error (art. 293.1), cuyo aspecto finalístico le hace en cierto modo semejante al «ante-juicio» establecido en los artículos 757 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para exigir responsabilidad penal a los Jueces y Magistrados.

2) Otra, dirigida a reclamar del Estado la correspondiente indemnización (art. 293.2 LOPJ).

**1) Fase Previa**

Se trata de una fase puramente «declarativa», ya que tiene como único objeto determinar la existencia o inexistencia del error que va posteriormente a ser objeto de reclamación indemnizatoria en la segunda fase.<sup>8</sup>

El procedimiento a seguir en esta fase, como claramente determina el artículo 293.1 LOPJ será «...el propio del recurso de revisión en materia civil...», esto es, el que aparece regulado en los artículos 1.801 y siguientes de la LEC, con lo cual se plantea una situación curiosa que, aunque queda fuera del objeto de nuestra reflexión, nos permitimos apuntar: la antinomia que existe entre establecer, por un lado, que el procedimiento a seguir «será el propio del recurso de revisión en lo civil...», y por otro que la pretensión se deducirá ante la Sala del Tri-

8. Véase Sentencia de la Sala de lo Civil del TS de 1 de febrero de 1988.

bunal Supremo correspondiente al mismo orden jurisdiccional a quien se impute el error... (art. 293.1b), toda vez que si el referido error se hubiera producido en un recurso contencioso-administrativo, o en un proceso penal conocerían las respectivas Salas del Tribunal Supremo en lo que a la declaración del mismo se refiere, pero haciendo uso de una tramitación típicamente procesal civil.

**2) Procedimiento para reclamar la pertinente indemnización**

Declarada, en su caso, por la Sala competente del Tribunal Supremo la existencia del error, se abre la que denominamos «segunda fase» conducente a la satisfacción del daño o lesión producido por el mismo, en la cual se hace preciso, creemos, de nuevo distinguir dos momentos distintos según el artículo 293.2 LOPJ; *el primero* más bien de carácter administrativo; *el segundo*, claramente jurisdiccional.

El primero de ellos se inicia con una simple «petición» dirigida al Ministerio de Justicia por el interesado, acomodándose su tramitación a «las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial del Estado»,<sup>9</sup> mientras que la segunda, solamente posible cuando se denegare la indemnización o se concediere una que se estimase insuficiente, se desenvuelve a través del recurso contencioso-administrativo.

**B) Supuesto de pretensión deducida para exigir responsabilidad civil por daños causados dolosa o culposamente en el desempeño de sus funciones por un Juez o Magistrado.**

Es el contemplado en el artículo 411, en relación con el 412, ambos de la LOPJ.

El problema que aquí se plantea es el relativo al juicio a seguir. En efecto, el citado artículo 412 LOPJ dice que «será el juicio que corresponda».

Al no derogar la LOPJ ninguno de los preceptos contenidos en la LEC reguladores del «recurso de responsabilidad civil contra Jueces y Magistrados», estimamos que siempre que los preceptos de la LEC no resulten contrarios, deberán considerarse vigentes. Pues bien, si esto es así, nos encontramos con que en el artículo 910 LEC se establece que la demanda de responsabilidad civil se sustanciará, por los trá-

9. Se trata, en nuestra opinión, del art. 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, Texto Refundido promulgado por Decreto de 26 de julio de 1957, del que es copia casi fiel el art. 293 LOPJ.

mites establecidos para el Juicio Declarativo Ordinario de Mayor Cuantía, ya que la reforma introducida por la Ley 34/1984 de 6 de agosto, no afecta, creemos, a lo dispuesto en el citado precepto para esta clase de «recurso».

Sin embargo, se plantea un problema cuando se trate de la deducción de una pretensión derivada de culpa o negligencia: el relativo a los recursos que contra la resolución dictada puedan plantearse, dado que si bien los juicios de Mayor Cuantía propiamente dichos son susceptibles de apelación y de casación, en éstos ello no parece enteramente posible ya que:

— Si la demanda se dirige contra Presidentes de Sala o contra todos o la mayor parte de los Magistrados de una Sala del Tribunal Supremo, dado que el Tribunal competente es una Sala especial integrada por el Presidente del Tribunal Supremo, los Presidentes de Sala de dicho Alto Tribunal, así como los Magistrados más antiguo y más moderno de cada una de ellas (art. 61,3.º LOPJ), resulta lógico pensar que no puede ser recurrida en casación, ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, la resolución dictada por quien es en realidad un Órgano Superior. Y, dicho esto, nos preguntamos si no sería demasiado arriesgado el aventurar que, a lo sumo y por aplicación de lo dispuesto en los artículos 402 y 405 de la LEC, pudiera admitirse la posibilidad de un recurso de súplica.

Lo mismo sucede cuando la pretensión se deduce contra Magistrados de la Audiencia Nacional o de los Tribunales Superiores de Justicia, supuestos en que la competencia corresponde a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (art. 56,3.º LOPJ).

Situación distinta es la de los recursos contra las resoluciones que en estos casos se dicten, cuando la pretensión se dirige a exigir responsabilidad civil a Magistrados, supuestos éstos en los que cabe distinguir:

a) Pretensión deducida contra todos o la mayor parte de los Magistrados de una Audiencia Provincial o de cualquiera de sus Secciones, supuesto en que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 73,2,b) LOPJ, la competencia corresponde a la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia correspondiente.

El problema, a nuestro modesto entender, estriba en que si bien estos Tribunales Superiores vienen, en ciertos supuestos, a ser a manera de Tribunales Supremos de la Comunidad Autónoma correspon-

diente, según se infiere del citado artículo 73,1,a), respecto al tema de la responsabilidad civil cabría pensar que dado el comienzo del citado apartado b) del número 2 de dicha norma: «En única instancia...», es posible interpretar que, continuando con la misma línea hermenéutica que se sigue para aquellos supuestos en que aún actualmente conocen en única instancia, las Salas de lo Civil de las Audiencias Territoriales,<sup>10</sup> contra estas sentencias cabría el recurso de casación, al amparo de lo dispuesto en el artículo 483 número 2 LOPJ, en relación con el 1.687 de la LEC.

Sin embargo, no se nos oculta que esta tesis daría lugar a un agravio comparativo, ya que vendrían a resultar de mejor derecho los supuestos comprendidos en el citado artículo 73,2, b) LOPJ, que los del supuesto anteriormente examinado que se verían en una instancia única, sin ulterior recurso..

b) Respecto de los Jueces y Magistrados que no se encuentren comprendidos en los supuestos que se acaban de contemplar, existe en la LOPJ un silencio total. Ello contrasta con lo preceptuado en el artículo 912 de la LEC que atribuye a las Salas de lo Civil de las Audiencias Territoriales esta competencia, con lo que nos encontramos en un caso similar al anteriormente examinado. Pero, ¿es de aplicación dicho precepto de la LEC? Al no existir en la LOPJ ninguna derogación expresa de la LEC o de alguno de sus preceptos, es posible defender su vigencia.

No obstante, no puede olvidarse que estas Salas y Audiencias desaparecen en cuanto se promulgue la Ley de Planta y Demarcación Judicial, para ser sustituidas por los Tribunales Superiores de Justicia que, como se ha indicado, solamente tienen, en materia de estas responsabilidades, las funciones o competencias que señala el artículo 73,2,b). Sabido esto, ¿se podría entender extendida esta competencia a los supuestos que señala el citado artículo 912,1 LEC?

La tesis afirmativa podría fundarse en que de esta manera se obtiene una mayor tutela de los intereses del Juez o Magistrado demandado, en cuanto su proceso sería objeto de una instancia única ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y, además, de recurso de casación.

c) Supuesto distinto es aquel en que la pretensión se deduce contra el Estado. Son los casos que contempla el artículo 296 LOPJ y, por

10. En este punto es muy importante el Auto de 28 de septiembre de 1987 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

tanto, aquellos en que no se trate de «error» sino de «dolo o culpa grave» de Jueces y Magistrados.

Para precisar este extremo, diremos que el artículo 296 LOPJ aparece después del 293.1.c) del propio texto legal, en el que se establece el procedimiento a seguir en los casos de error: el del «recurso» de revisión en materia civil. Pero, ¿se aplicará en estos casos la tramitación de dichos recursos, o teniendo en cuenta lo que se establece en el artículo 412 en relación con el 411, ambos de la LOPJ, en los que el proceso viene referido precisamente a daños y perjuicios causados por dolo o culpa, será el juicio declarativo que corresponda?

Teniendo en cuenta que según el artículo 293.1 LOPJ, como hemos indicado, se prevé como tramitación para la exclusiva declaración del error al recurso de revisión de la LEC, que el artículo 296, tal y como aparece redactado, debe ponerse en conexión con el 292.1, de lo que se puede deducir que contempla un supuesto distinto: de responsabilidad objetiva no derivada de «error», sino de conductas que, culposas o no (art. 292.1), causan un daño; y que la causa motivadora de la deducción de la pretensión pertinente, por quien se estime perjudicado, es la misma que la expresada en los artículos 411 y siguientes, nos inclinamos, en estos casos, por la tramitación de estos procesos siguiendo los cauces establecidos en el artículo 412. Ahora bien, en estos casos no son de aplicación, a nuestro entender, los artículos 904 y siguientes de la LEC, y ello porque la pretensión no se deduce contra un Juez o Magistrado, sino únicamente contra el Estado.<sup>11</sup> Por esto, ni ha de esperarse a que quede concluido por sentencia o auto firme el pleito o causa donde se suponga producido el agravio (art. 914 LEC) ni ninguno de los demás preceptos de dicho Título VII, Libro III de la LEC le son de aplicación.

La reforma introducida por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, incluye dentro de los procesos de menor cuantía «Cualquier tipo de demanda en la que no se disponga otra cosa» (art. 484.4 LEC), supuesto que puede ser perfectamente el que contemplamos, máxime si se tiene en cuenta que no aparece comprendido en ninguno de los dos supuestos que señala el artículo 483 de la propia LEC.

11. Dicho procedimiento será el que corresponda a su cuantía, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 483 y ss. de la LEC.

### III. LA LEGITIMACIÓN

#### 1) Activa

Según el artículo 292.1 LOPJ, se encuentran legitimados para la deducción de las pretensiones derivadas de «error judicial»: «...*todos los perjudicados...*».

Ahora bien, ¿cómo debemos interpretar esta frase? Y nos hacemos esta pregunta atendiendo a lo que indicamos precedentemente: respecto de la responsabilidad por error judicial deben distinguirse dos fases procedimentales: la «previa», de carácter puramente declarativo, y la segunda, que podríamos denominar «de fondo», en cuanto dirigida a indemnizar las consecuencias del error previamente declarado.

Pues bien, ello establecido, vamos a señalar las diversas alusiones que referidas a la legitimación activa se ponen de relieve en los preceptos de la LOPJ que regulan la responsabilidad del Estado en los supuestos de error.

El artículo 297 LOPJ, referido también a dicha responsabilidad estatal aunque por los daños que se produzcan por dolo o culpa grave de los Jueces y Magistrados, habla de «*los particulares...*», término que entendemos más amplio que el de los «perjudicados»; a su vez, el artículo 412 del propio texto legal, referido únicamente a Jueces y Magistrados, habla al respecto de «...*parte perjudicada y de sus causahabientes...*»; y por último, el artículo 293.2 nos dice que «...*el interesado dirigirá...*».

A la vista de lo que se acaba de indicar, e iniciando la contestación a la interrogante que formulábamos al comienzo de este epígrafe, nos surge, en conexión con ella, una nueva pregunta y es si se puede o no construir una doctrina concorde sobre la legitimación activa a la vista de la normativa citada.

Que la solución es susceptible de posiciones no unánimes lo acredita la circunstancia de que mientras los términos «error», «dolo» y «culpa» son gramatical e incluso jurídicamente distintos, tienen una base común ya que parten de una conducta civil o penalmente ilícita, y de que si bien el «error» supone el conocimiento equivocado de una cosa o de algo,<sup>12</sup> el «dolo» indica tanto como malicia, fraude, mala fe, ánimo

12. Así, *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, t. I, Madrid, 1984, p. 574.

dirigido a lesionar...<sup>13</sup> y la «culpa» implica falta de diligencia o de la debida atención en la realización de los actos y conductas.<sup>14</sup> Por tanto, el incidir en cualesquiera de las referidas conductas lleva consigo consecuencias jurídicas sancionadoras para quienes en las mismas inciden, y, a su vez, todos los que se vean afectados por dichas conductas pueden dirigirse para exigir responsabilidad, o al Estado o a los Jueces o Magistrados que hubieren incidido en ellas.

Más si ello puede resultar evidente desde el punto de vista sustantivo, y mucho nos tememos que no para todos lo sea, si proyectamos nuestra atención sobre el aspecto procesal las dificultades para una construcción general de la legitimación activa parecen más graves.

En efecto, dijimos en su momento que en la deducción de las pertinentes pretensiones para exigir la oportuna responsabilidad por «error judicial» (al que ahora agregamos, aunque únicamente de pasada, por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia), la normativa vigente distingue entre una «fase previa», dirigida exclusivamente a declarar si el error ha existido o no, y otra que nosotros llamamos «de fondo» en la que, sobre la base de que el error ha existido, se fija el *quantum* indemnizatorio.

Más también afirmábamos en su momento que esa primera fase se iniciaba por petición del *interesado* dirigida «directamente al Ministerio de Justicia», lo cual parece, al menos en principio, que limita el ámbito de la legitimación activa.

Sin embargo, creemos, a la vista de cuanto acabamos de exponer, que la legitimación activa en los supuestos de «error» no debe tener un carácter más restrictivo que en los supuestos de culpa grave o de dolo, y menos aún si, como podemos ver en el artículo 411 LOPJ, la culpa no tiene calificativo alguno, razón por la cual debe entenderse comprendida asimismo la leve. Por tanto, somos de la opinión de que es posible construir una teoría unitaria sobre el tema entendiendo que poseen legitimación activa para deducir la correspondiente pretensión todos los que se consideren *perjudicados*, o bien por «error», o por una actuación dolosa o culposa de los Organos Jurisdiccionales, entendiéndose por perjudicados todas aquellas personas que hubieran resultado dañadas por la correspondiente actuación jurisdiccional, así, por ejemplo, los donatarios, arrendadores, arrendatarios, alimentistas o ali-

mentantes..., etc., a quienes las consecuencias del juicio seguido pudieran afectar, aun cuando no hubieran intervenido en él.

Sin embargo, esta solución, en la que hemos siempre de insistir, puede ser objeto de una crítica exclusivamente procesal: la que, quizás, pueda surgir de la frase «...el interesado dirigirá su petición indemnizatoria directamente al Ministerio de Justicia...», crítica que se basaría en el alcance que pueda darse al término «*interesado*» del artículo 293.2 LOPJ.

Pues bien, frente a esto, diremos que en nuestra opinión el término «*interesado*» no hace sino confirmar la tesis unificadora de la legitimación activa que hemos formulado, por cuanto «*interesado*», en los casos de «error» judicial, puede serlo tanto el que dedujo la pretensión oportuna en el proceso en que la sentencia fue dictada, como quien, sin haber tenido intervención como parte en aquél, se ve afectado por las consecuencias del error y tiene por tanto *interés* en su declaración y en las consecuencias de ello derivadas.

Cabe también preguntarse si los causahabientes de los perjudicados a los que alude el artículo 412 LOPJ pueden considerarse legitimados en los supuestos a que se refieren los artículos 292.1 y 297 del mismo cuerpo legal. Aunque el 292 se refiere sólo a los perjudicados, nos inclinamos hacia la legitimación de sus causahabientes por aplicación de los principios de la sucesión procesal.

## 2) Pasiva

— El citado artículo 292 LOPJ, para los casos del «error» judicial, establece una responsabilidad directa del Estado, lo que corroboran los artículos 293.1.c) y 296 LOPJ, éste último aplicado a los casos de dolo y culpa grave.

Se trata, pensamos, de una legitimación que deriva del artículo 106.2 de la Constitución Española en el que se marca la responsabilidad del Estado como objetiva, carácter este que completamos señalando que es directa, como por ejemplo acontece con la señalada en el artículo 1903 del Código Civil, apartado V.

El Estado responde siempre en estos casos por la mera circunstancia del mal, deficiente o simplemente imperfecto funcionamiento de los servicios públicos. Y, por tanto, no ya del de la Administración de Justicia en general, sino también del de concretos y determinados miembros de dicha Administración: los Jueces y Magistrados.

13. *Ibid.*, p. 513.

14. En este sentido, PRIETO CASTRO, en *Derecho de los Tribunales*, Pamplona, 1986, p. 647.

— Por el contrario, en el caso del artículo 411 LOPJ, los legitimados pasivos son siempre los Jueces y Magistrados que en el ejercicio de su actividad judicial hubieran incurrido en dolo o culpa, como claramente queda establecido en el propio articulado del Capítulo II, Título III, Libro IV de esta Ley Orgánica.

### 3) *Ex lege*

— Nos referimos aquí a la figura del Ministerio Fiscal. El artículo 293 de la LOPJ dice expresamente: «...siendo partes en todo caso el Ministerio Fiscal y la Administración del Estado...», sin embargo, no debe olvidarse que el concepto de parte que se emplea en ocasiones por las leyes procesales respecto del Ministerio Fiscal, no es unánimemente aceptado por la doctrina.<sup>15</sup>

En los supuestos de «error», como hemos visto, el procedimiento señalado para su declaración es el del recurso de revisión, en el cual la intervención del Ministerio Fiscal se limita a dos supuestos concretos: de un lado, informar en aquellos casos en que el recurrente interese del Tribunal que se suspendan las diligencias de ejecución de la sentencia en la que se estima cometido el error (art. 1803 LEC), lo que habrá de entenderse en relación con lo dispuesto en el artículo 293.1.g) LOPJ; y, de otro, informar, antes de dictarse sentencia, acerca de si ha lugar o no a la admisión del recurso (art. 1802 LEC).

A nuestro modesto entender, ambas funciones, más que de parte, nos parecen propias de quien, como el Ministerio Fiscal, tiene a su cargo velar por la legalidad.

El problema puede surgir cuando, declarado el error, se entre en esa fase administrativa, a la que aludimos en su momento, que se sustancia en el Ministerio de Justicia y, en su caso, acudiendo al recurso contencioso-administrativo.

¿Tendrá en uno y otro supuesto intervención el Ministerio Fiscal? El problema es en extremo interesante. Por nuestra parte entendemos que la petición indemnizatoria es, desde luego, derecho de parte interesada y, por ello, creemos que para formularla o presentarla ante el Ministerio de Justicia, la legitimación la ostentan exclusivamente los que merezcan tal calificativo; incluso, presentada la misma, nos inclinamos a considerar que el Ministerio Fiscal no tiene intervención algu-

na en el «expediente» o «diligencias» administrativas originadas por el referido escrito.

Mas si se interpusiere recurso contencioso-administrativo contra la resolución que en el mismo se dicte, ¿habrá de intervenir en él el Ministerio Fiscal? Creemos que sí, y ello porque:

- 1) El Ministerio Fiscal, según el artículo 124 de la Constitución Española, es el órgano encargado de velar por la legalidad;
- 2) El Estado tiene, en estos casos, la atención técnica de su letrado;
- 3) El «interesado» cuenta, a su vez, con la de su abogado.
- 4) Unos y otros son, evidentemente, partes interesadas, lo que exige la intervención de un tercero que tenga como finalidad de su actuación el mantener esa legalidad que puede verse en peligro.

Por lo que respecta a los supuestos contemplados en el artículo 296 LOPJ, en ellos el Estado tiene responsabilidad objetiva y directa, como ya hemos dicho, encontrándose la razón de ser de la oportuna deducción de la pretensión no en el error sino en el dolo o en la culpa grave del Órgano Jurisdiccional. Pues bien, en estos supuestos, el Ministerio Fiscal, en cuanto que su intervención se opera *ex lege* y como consecuencia de la clara e indiscutible declaración contenida en el artículo 124.1 de la Constitución Española de que el Ministerio Fiscal es el único órgano encargado de velar por la legalidad en el Estado de Derecho que es España, entendemos que actúa en defensa de los intereses de la Sociedad.

15. Véase, por todos, MARTÍN-GRANIZO, *El Ministerio Fiscal en España*, en *Revista de Documentación Jurídica*, n.º 11, julio-septiembre de 1976, pp. 595 y ss.

## JURISPRUDENCIA PROCESAL INTERNACIONAL

Silvia BARONA VILAR  
Profesora Titular de Derecho Procesal  
Universitat de València

Carlos ESPLUGUES MOTA  
Profesor Titular de Derecho internacional privado  
Universitat de València

### SUMARIO:

1. Competencia judicial internacional: A) Laboral; B) Penal. — 2. Régimen del proceso con elementos extranjeros: A) Medidas provisionales o de aseguramiento; B) Justicia gratuita; C) Caución de arraigo en juicio. — 3. Reconocimiento de sentencias y resoluciones extranjeras: A) Régimen general.

### 1. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

#### A) Jurisdicción laboral

COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN LABORAL ESPAÑOLA:  
BUQUE EXTRANJERO CON CONSIGNATARIO EN ESPAÑA

STS (Sala 6.ª) de 9 de febrero de 1987

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

*Primero.* Contra la Sentencia de la Magistratura que califica de Nulo el despido del actor y en consecuen-

cia condena a la empresa demandada Afripesa, S. A., a la readmisión inmediata del actor con salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de readmisión, y que hasta hoy ascienden a 271.180 pesetas, con excepción de los que haya

percibido en dicho período, y absuelve al codemandado Felipe V. —sin que el fallo contenga pronunciamiento alguno en relación con la empresa codemandada Escopesa—, formula la empresa Afripesa S. A., cuatro motivos de recurso con amparo procesal en el n.º 1 del artículo 167 LPL (R. 1980, 1719 y Ap. 1975-1985, 8.311) el primero, en el 2 el segundo, en el 5 el tercero, y en el 1 el cuarto.

**Segundo.** El primer motivo, acusa violación del artículo 2 de la LPL en relación con el 51 de la LEC, por entender que no es la jurisdicción española, sino la de la empresa contratante, que es la marroquí, la competente para conocer de la reclamación formulada, aduciendo al respecto el contrato que obra a los folios 22 y 23 de los autos (en realidad sólo figura el 22). Al tratarse de tema competencial, cabe examinar la totalidad del material probatorio aportado a autos, habiéndose oído al Ministerio Fiscal al emitir el oportuno dictamen —que entiende competente a la jurisdicción patria para conocer de la demanda— conforme exige el artículo 9.6 de la Ley 6/1985 de 1 de julio (R. 1578 y 2635 y Ap. 1975-1985, 8375). Debe estimarse competente la jurisdicción española en base a las siguientes consideraciones: a) El contrato entre la empresa condenada y el actor, de 13 de septiembre de 1983, explícitamente señala que la empresa, de nacionalidad marroquí, tiene base en el Puerto de Las Palmas de Gran Canaria y que es consignatario de la misma la empresa Escopesa —también demandada, bien que el fallo omite pronunciamiento en relación con la misma— y si bien no se expresa el lugar en que se firmó, el contrato parece patente que fue en Las Palmas de Gran Canaria, donde se realizan las liquidaciones y pa-

gos (folios 24 y 30); b) La empresa recurrente, al comparecer en juicio, no hizo alegación alguna en relación con la competencia de la jurisdicción española que, indudablemente, entendió competente para conocer de la reclamación, planteándose como tema nuevo por primera vez en el recurso; c) El contrato, en su cláusula 5.ª, señala que el tripulante estaba acogido a los beneficios de marinos emigrantes, lo que se aviene mal con su condición de trabajador en el buque de nacionalidad marroquí y no de ser transportado por éste a país extranjero en el que vaya a trabajar o del que vuelva; d) No sólo se demanda a Afripesa S. A., sino a Escopesa y a Felipe V., cuya nacionalidad española nadie puso en duda; e) El buque fue primeramente propiedad de una empresa de Huelva que lo aportó a empresa marroquí, que lo cambió de nombre. Todas estas circunstancias han de llevar a entender competente al orden jurisdiccional laboral español, para conocer de la reclamación, cual se desprende de la jurisprudencia de la Sala en supuestos análogos —SS. 4 de octubre de 1974 (R. 3512), 3 de junio y 18 de julio de 1983 (R. 2961 y 3804), entre otras—, ya que en el de autos el actor es español, aparecen demandados españoles y una empresa marroquí con consignatario en España, que en momento alguno en juicio alegó incompetencia, que como cuestión nueva se aduce en el recurso. El artículo 25 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985, al señalar la jurisdicción española como competente para el supuesto de contrato celebrado en España, cuando el demandado tenga cualquier representación (tiene consignatario) en España, abona tal declaración. El demandado, que no opuso excepción de incom-

petencia ni adujo ser aplicable la legislación marroquí, aportándola con la conveniente traducción, a fin de que fuera tenida en cuenta por el Juzgador, ni siquiera señala al oponerse a la demanda cuál de las normas españolas sectoriales sobre la pesca marítima entiende de aplicación, no puede como recurrente aducir incompetencia de la jurisdicción nacional para conocer del caso, ni la Sala de oficio ha de llegar a otra solución que a la declaración de la competencia de los Tribunales españoles.

\*\*\*

El tema que plantea esta sentencia no es nuevo, en la medida en que ya se conoce jurisprudencia al respecto del TS, que viene a resolver el tema en el mismo sentido que se resuelve con la presente resolución. Se plantea el problema de si es competente el orden jurisdiccional laboral español para conocer de la reclamación por despido, teniendo en cuenta que el actor despedido es español, aparecen demandados españoles y una empresa marroquí con consignatario en España y, en momento alguno, a lo largo del juicio se alegó incompetencia, que, como cuestión nueva, se plantea en el recurso.

La jurisprudencia del TS, como señaláramos anteriormente, ha venido examinando minuciosamente la posible conexión entre el territorio nacional y los negocios «suscitados» en territorio español a fin de determinar casuísticamente si existe o no conexión entre ellos, que haga jurisdiccionalmente competente al orden laboral nacional, y así, en la S. de 11 de julio de 1970 (RA 3489) estima incompetente a la jurisdicción espa-

ñola en reclamación de trabajador contra empresa francesa sin domicilio ni sucursal en España, no habiéndose celebrado ni ejecutado en dicha nación el contrato, pues no existe ningún punto de conexión que justifique la actuación de la jurisdicción española ni sea factible la ejecución de las resoluciones dictadas por la misma; en S. de 8 de noviembre de 1979 (RA 3975) se estima incompetente a la Magistratura para conocer de la reclamación de trabajador español contratado por embajada extranjera; en la S. de 20 de enero de 1983 (RA 103) se entiende que es incompetente la jurisdicción española por cuanto ni el lugar de trabajo ni el domicilio del demandado se encontraban en España.

Frente a esta jurisprudencia nos encontramos con la S. de 20 de junio de 1968 (RA 3031) en la que se estima competente a la jurisdicción laboral española, para conocer de la reclamación de un trabajador español que presta servicio en una nave abanderada fuera de España de armador extranjero, en virtud de la relación jurídica concluida en territorio nacional; la S. de 15 de junio de 1968 (RA 2731) entiende competente a la Magistratura para conocer de reclamación presentada contra una sociedad extranjera representada por otra nacional con domicilio en territorio español, habiéndose celebrado el contrato en España donde había de iniciarse y terminarse la relación laboral; las SS. de 6 de marzo y 29 de abril de 1971 (RA 2541 y 2560), 22 de diciembre de 1972 (RA 1973, 195) y 6 de noviembre de 1979 (RA 3936), estiman competente el orden jurisdiccional laboral español en contrato entre español y empresario domiciliado en España, aunque el trabajo haya de ejecutarse en el extran-

jero, y a la misma solución se lelega si el contrato se efectuó en España aunque el empresario sea extranjero sin domicilio en España —S. de 25 de junio de 1974 (RA 3159)—; así como en supuestos de trabajador español en barco extranjero si el naviero es español o si el contrato se celebró en España con consignatario español representante del naviero extranjero —SS. de 16 de octubre de 1973 (RA 4069), 11 de diciembre de 1974 (RA 4849) y 28 de abril de 1975 (RA 2121); asimismo la S. de 3 de junio de 1983 (RA 2962) señala competente a la Magistratura si el trabajador es español y el contrato se celebró en España, pese a que el trabajo se realiza en el extranjero para empresa extranjera que tenía una oficina ubicada en España; la S. de 18 de julio de 1983 (RA 3804) se planteaba el litigio entre trabajador español y empresa española con contrato celebrado en España.

El problema que se suscita realmente es el de la distinción de la extensión y límite de la jurisdicción nacional de trabajo y el de derecho internacional privado relativo a la elección de ley aplicable para la solución de cada caso.

Con la LOPJ de 1985, el art. 25 viene a señalar la jurisdicción española como la competente para el supuesto de contrato celebrado en España cuando el demandado tenga cualquier representación (en el caso que comentamos tiene consignatario), por lo que también esta resolución considera competente a la jurisdicción española.

Quizás el problema que se plantea con este art. 25 de la LOPJ es el de que falta tratar de modo adecuado

la figura de los «subempresarios», cuya representación en España es dudosa, pero con fuerza de atracción hay que intentar que actúe la jurisdicción española como protectora de los derechos de los trabajadores españoles, de ahí que se deba poner en juego a la cooperación internacional como medio de que no se conviertan en víctimas los trabajadores de nacionalidad española.

Esta resolución viene a reiterar la competencia de la jurisdicción española cuando se plantea un conflicto de los anteriormente citados, y teniendo en cuenta que el contrato se realiza en España, que la empresa, al comparecer en juicio, no hizo alegación alguna en relación con la competencia de la jurisdicción española, que el contrato señalaba que el tripulante estaba acogido a los beneficios de marinos emigrantes, que la demanda va dirigida contra la empresa marroquí y contra un español, que el buque fue primeramente propiedad de una empresa de Huelva que lo aportó a empresa marroquí, que lo cambió de nombre.

De todo ello se deduce que ha de ser competente el orden jurisdiccional laboral español, ya que el actor es español, aparecen demandados españoles y una empresa marroquí con consignatario en España, que, en momento alguno, alegó incompetencia en el juicio. Y todo ello apoyado en el art. 25 de la LOPJ, que señala a la jurisdicción española como competente para el supuesto de contrato celebrado en España, cuando el demandado tenga cualquier representación (tiene consignatario) en España.

## B) Jurisdicción penal

**DERECHO A NO SER CONDENADO EN ESPAÑA POR ACCIONES U OMISIONES QUE, EN EL MOMENTO DE PRODUCIRSE, NO CONSTITUYAN DELITO (ABORTO)**

STS. (Sala 2.ª) de 5 de diciembre de 1986

### ANTECEDENTES DE HECHO

*Primero.* El JI Ponferrada número 2 instruyó sumario con el núm. 15/1983, y, una vez concluso, lo elevó a la AP León, la que dictó S. de 31 de marzo de 1984, que contiene el hecho probado del tenor literal siguiente: «Resultando probado y así se declara que la procesada en esta causa, Encina, mayor de edad, soltera, de buena conducta y vecina de Ponferrada, encontrándose embarazada, temiendo el efecto que el público conocimiento de ello pudiese tener para su reputación, unido al temor de la reacción paterna, puesta de acuerdo con un joven, súbdito portugués, no identificado, en su compañía y fecha no concretada del mes de marzo de 1982 se trasladó a Portugal, donde le fue practicado el aborto, regresando a Ponferrada, localidad en la que, en 30 de dicho mes y año hubo de ser ingresada en la Residencia Sanitaria "Camino de Santiago", donde se la prestó "asistencia de aborto séptico", al peligrar su salud, como consecuencia del aborto producido, durante 42 días, al cabo de los cuales fue dada de alta, sin secuela alguna.»

*Segundo.* La referida sentencia estimó que los indicados hechos probados eran constitutivos de un delito de aborto previsto y penado en el

art. 414 en relación con el 417, ambos CP, considerando autora a la recurrente, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal; y contiene el siguiente fallo: «Que debemos condenar y condenamos a la procesada Encina como autora responsable de un delito ya definido de aborto, a la pena de 1 mes y 1 día de arresto mayor y 6 años y 1 día de inhabilitación especial para prestar cualquier género de servicios en clínicas, establecimientos sanitarios o consultorios ginecológicos públicos o privados, accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena y costas del procedimiento. Reclámese del Instructor la pieza de responsabilidad civil.»

*Tercero.* Notificada a las partes dicha sentencia, se preparó contra la misma recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de ley, por Encina, que se tuvo por anunciado, remitiéndose en consecuencia a esta Sala 2.ª del TS por la Audiencia de instancia las pertinentes certificaciones, en unión de las actuaciones sumariales y rollo de Sala.

*Cuarto.* Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, se formalizó el recurso, sin que se adujera motivo alguno por el quebrantamiento de forma que había sido anunciado, alegándose al amparo del artículo 894.1 LECrim., como único motivo, infracción por indebida aplica-

ción del art. 414 CP en relación con el 417 CP, toda vez que constaba en el fallo de la Sala sentenciadora y concretamente en su primer Resultando de hechos probados que la interrupción del embarazo se llevó a cabo en Portugal, es decir, fuera del territorio español, por lo que tales hechos no eran perseguibles en España.

**Quinto.** Instruido del recurso el MF, la Sala lo admitió quedando los autos conclusos pendientes de señalamiento de día para la Vista cuando en turno correspondiera.

**Sexto.** Hecho el señalamiento ha tenido lugar la Vista prevenida en 27 de noviembre pasado, con asistencia del Letrado D. Daniel Tomás García Magán, defensor de la recurrente, que mantuvo el recurso, y del MF que lo apoyó.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.** La supremacía de la Constitución sobre todas las normas y su carácter informador del ordenamiento jurídico en su conjunto, obligan a interpretar este último en el sentido que resulta de los principios y reglas constitucionales, y la generalidad de dicho mandato asigna un valor preeminente a la doctrina legal que emana de las sentencias del TC frente a cualquier otro cuerpo jurisprudencial procedente del orden judicial ordinario, preeminencia resultante de la categoría de «intérprete supremo de la Constitución» que a aquel Tribunal corresponde, según el art. 1 LOTC 3 de octubre de 1979; y esta primacía no sólo es predicable de los pronunciamientos de inconstitucionalidad, sino en aquellos casos en que se limita a ofrecer una interpretación de la Ley en consonancia

con la Constitución: las llamadas sentencias interpretativas y las recaídas en los recursos de amparo, las cuales carecen de valor *erga omnes*, pues tal efecto está ligado a las declarativas de la inconstitucionalidad, pero su doctrina prevalece sobre la de cualquier órgano jurisdiccional, incluso del máximo rango —TS—, cuando se refiera a la «compatibilidad constitucional» de la Ley interpretada por éste; y en estos términos ha de entenderse el art. 5.1 LOPJ, al proclamar que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán las leyes y reglamentos según los preceptos constitucionales, «conforme a la interpretación de los mismos que resulta de las resoluciones dictadas por el TC en todo tipo de procesos».

**Segundo.** La doctrina de esta Sala de Casación, iniciada en la S. de 20 de diciembre de 1980 y mantenida en la posterior S. de 15 de octubre de 1983, interpretando el art. 339 LOPJ 15 de septiembre de 1870, aplicó extraterritorialmente la legislación penal al aborto de una española practicado en el extranjero, con fundamento en el fraude de ley que tal conducta evidenciaba —expresamente repudiado por el art. 6.4 CC—, y como resultado de conjugar el principio personal —para el sujeto activo español— y el principio real o de protección para el sujeto pasivo —una vida humana en formación con expectativa de ciudadanía española—, principios, los dos, constitutivos de excepciones al principio de territorialidad de la ley penal consagrado en el art. 8.1 CC.

El TC, en recurso de amparo entablado contra la última de las sentencias calendadas, entendió que la

interpretación aludida afectaba al campo de la validez de las normas que definen el ámbito de aplicación de las leyes penales a una verdadera condición objetiva de punibilidad —según la denominación aceptada en las sentencias de casación—, que debía estar cubierta por el principio de legalidad como garantía de la seguridad jurídica del ciudadano, y argumentaba a continuación —en términos que se reproducen en forma sucinta— que a través de la figura del fraude de ley (inaceptable en el ámbito penal) no podía ser extendida la aplicación de las normas que determinan el tipo o fijan las condiciones objetivas para la perseguibilidad de la acción, pues dicha extensión sería, pura y simplemente, una aplicación analógica incompatible con el derecho a la legalidad penal, como era —asimismo— de naturaleza analógica el razonamiento que llevaba a atribuir al feto la nacionalidad española a fin de cumplir la exigencia básica del art. 339 LOPJ, afirmando, en conclusión, que tal conducta —según la legislación entonces vigente— no era constitutiva de delito perseguible en España, de acuerdo con el principio de legalidad proclamado en el art. 25.1 CE.

**Tercero.** Coincidente el supuesto de hecho contemplado por la sentencia recurrida en casación (aborto de española realizado en Portugal) con el que sirvió de base a la resolución del TC a que se ha hecho mérito, es llano que la interpretación del art. 339 LOPJ de 1870 que esta última propugna hace incompatible la condena impuesta con el principio constitucional de legalidad penal que cubre —según dicha sentencia— la expresada condición objetiva de perseguibilidad; y no puede argüirse que el art. 23.2 LOPJ de 1 de julio de

1985 haya desvirtuado dicha interpretación, porque si bien el nuevo precepto no exige para la aplicación de la ley personal que el delito se cometa por español contra otro español, como hacía la disposición derogada, faltaría una de las exigencias del Texto legal vigente, la de tomar en consideración la punibilidad del hecho en el lugar de su ejecución, ausente de la declaración de hechos probados (art. 12.6 CC), lo cual no es posible introducir a esta altura del trámite como dato de la ciencia privada del Juzgador, sin haber pasado, su vigencia y contenido, por el tamiz de la contradicción procesal; pero, sobre todo, lo que torna esta tesis en inadmisibles es que la variación introducida en las condiciones objetivas de perseguibilidad crea un nuevo *status* legal para los delitos cometidos en el extranjero que solamente podría ser de aplicación si llevara consigo en el caso concreto —realizado con anterioridad a la vigencia de la nueva Ley— un trato penal más favorable, pero al no ser así, el mismo principio de legalidad, rectamente interpretado, no consiente la condena por un delito que en el momento de su comisión no era perseguible ante los Tribunales españoles.

**Cuarto.** Mas que la infracción denunciada en el único motivo del recurso, en la vía del art. 849.1 LECrim., de los arts. 414 y 417 CP, existe la aplicación indebida del art. 339 LOPJ de 1870, vigente a la sazón, que establece las condiciones de perseguibilidad del delito tipificado en dichos artículos, al cual también se refiere la exposición del motivo, todo ello según el tenor de la doctrina interpretativa del TC a que se ha hecho referencia, y, por ende, procede su estimación, dictando sentencia abso-

lutoria en los términos previstos en los arts. 901 y 902 LECrim.

### FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por Encina, contra S 31 de marzo de 1984 dictada por la AP León, en causa seguida a la misma por delito de aborto, y en consecuencia casamos y anulamos dicha sentencia, con declaración de las costas de oficio.

\*\*\*

En la resolución que comentamos se plantea el tema del aborto cometido por española en el extranjero, tema sobre el que en relación a su perseguibilidad en España, ya se había pronunciado el Tribunal Supremo sentando la doctrina de la aplicación extraterritorial de la legislación penal al aborto de una española practicado en el extranjero, aplicando, para ello, el ya derogado artículo 339 de la LOPJ de 1870 (en este sentido se manifestaron las SS. de 20 de diciembre de 1980 y de 15 de octubre de 1983).

Con arreglo a esta doctrina el artículo 339 de la LOPJ de 15 de septiembre de 1870, hoy ya derogada, era aplicable a los delitos de aborto, pues la dificultad que entrañaba su exigencia de que la comisión del delito en país extranjero sea un español contra otro español —al no ser el feto aún persona, con arreglo al art. 29 del CC en relación con el art. 30, por lo que mal puede ostentar la nacionalidad española—, se salva con dos argumentos:

1. El de entender que marchar al extranjero con el fin preconcebido de interrumpir el embarazo y así eludir la ley penal española, es perpetrar un claro fraude a la ley, expresamente repudiada por el art. 64 del CC, de alcance general por su ubicación en el título preliminar.

2. La interpretación del art. 334 de la LOPJ ha de hacerse en el contexto en que se aplican tanto el principio real (arts. 336 a 338) como el principio de personalidad (arts. 339 a 342). Así, si el art. 339 invoca este último principio para el sujeto activo del delito, para el sujeto paciente aplica el real en cuanto se trata de un bien jurídicamente protegido por la legislación española —el embrión— que goza de vida intrauterina, presupuesto biológico indispensable para la personalidad y consiguiente nacionalidad española.

Por todo ello el TS entiende que juega en el supuesto de aborto de española en el extranjero el principio de la personalidad, conjugado con el de protección por el art. 339 de la LOPJ, excepciones ambas al principio de la territorialidad, que, por otra parte, el feto concebido por madre española no es extranjero en tanto ésta conserve la nacionalidad patria, y, por último, que se da la consecuencia de los tres requisitos estatuidos por aquel precepto.

Frente a esta doctrina del TS se manifiesta la resolución que ahora comentamos, apoyándose, para mantener la tesis contraria, en la S. del Tribunal Constitucional 75/1984, de 27 de junio (BJC 1984-39, pp. 959 y ss.) dictada en recurso de amparo contra la sentencia, anteriormente citada, de la Sala 2.ª del TS de 15 de octubre de 1983.

El Tribunal Constitucional se manifiesta en relación a la posibilidad

de aplicar a una situación como la que se analiza la noción de «fraude de ley» o, en términos generales, la de la compatibilidad entre esta figura y el principio de legalidad penal que consagra el art. 25-1 CE. El fraude de ley implica la existencia de «actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él» (art. 64 CC). Para que quepa hablar de fraude se requiere, por tanto, como supuesto inexcusable, la utilización de una norma cuya consecuencia jurídica, juzgada favorable o conveniente por quien recurre a ella, se intenta producir. La realización del aborto no se hace, en este caso, al amparo de norma alguna, para producir las consecuencias previstas en ella, ni persigue, en consecuencia, crear apariencia alguna de juridicidad del resultado, sino pura y simplemente llevar a cabo unos hechos fuera de España, de tal modo que la norma aplicable no sea la española, sino la territorial. No se dan, por tanto, los sujetos necesarios para apreciar la existencia de un fraude de ley ni más en general cabe hacer uso de esta figura en la aplicación de la ley penal, pues la territorialidad de ésta (art. 8-1 CC) y la inexistencia de ella de normas disponibles a cuyo amparo pueden producirse consecuencias jurídicas favorables hacen resueltamente imposible extender a este sector del ordenamiento la figura del fraude de ley.

Es evidente que si en el ámbito penal no cabe apreciar el fraude de ley, la extensión de la norma para declarar punible una conducta no descrita en ella implica una aplicación analógica *in peius* de las normas penales, o exige su aplicación rigurosa, de manera que sólo se pue-

da anudar la sanción prevista a conductas que reúnen todos los elementos del tipo descrito y sean objetivamente perseguibles.

La sentencia objeto de nuestro comentario hace suya la postura que el Tribunal Constitucional mantuvo en la sentencia anteriormente citada. Ciertamente es que el desarrollo doctrinal del Tribunal Constitucional se apoya en una interpretación del art. 339 de la LOPJ de 1870 y hoy dicha norma ha sido derogada, debiendo entonces centrar la atención en el nuevo art. 23-2 de la nueva LOPJ de 1985.

La sentencia del TS manifiesta que el art. 23-2 no ha desvirtuado la interpretación mantenida del artículo 339 de la LOPJ de 1870 porque, si bien es cierto que el nuevo precepto no exige para la aplicación de la ley personal que el delito se cometa por español contra otro español (como hacía el precepto derogado), faltaría un presupuesto importante exigido por los textos legales vigentes: el de tomar en consideración la punibilidad del hecho en el lugar de su ejecución. Además de todo ello la variación introducida en las condiciones objetivas de perseguibilidad crea un nuevo *status* legal para los delitos cometidos en el extranjero, que solamente podría ser aplicada si llevara consigo en el caso concreto un trato penal más favorable, pero al no ser así, el mismo principio de legalidad no consiente la condena por un delito que en el momento de su comisión no era perseguible ante los tribunales españoles.

Junto con este argumento del fraude de ley se ha hablado de que el art. 339 de la LOPJ de 1870 lleva a que la punibilidad de los delitos cometidos en el extranjero por españoles contra otros españoles, se

extiende también al delito de aborto porque el feto ha de ser considerado como español. Esto no es sino un razonamiento que supone una aplicación analógica incompatible con el derecho a la legalidad penal.

Por todo lo expuesto, la presente

resolución no hace sino proclamar y apoyar la tesis del respeto al derecho a no ser condenado por acciones u omisiones que, en el momento de producirse, no constituyan delito perseguible en España según la legislación vigente.

**INMUNIDAD DIPLOMÁTICA. RENUNCIA POR PARTE DEL ESTADO QUE LA OSTENTABA. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN EL ÁMBITO PENAL**

STS (Sala 2.ª) de 1 de junio de 1987

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.** Las Leyes penales, las procesales criminales, e incluso las determinantes de la jurisdicción, son eminentemente territoriales, como lo demuestran el art. 8 CC: «Las leyes penales, las de Policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español. Segundo: Las Leyes procesales españolas serán las únicas aplicables a las actuaciones que se sustanciaren en territorio español...», el art. 333 LOPJ 1870: «Los extranjeros que cometieren faltas o delinquieren en España, serán juzgados por los que tengan competencia para ello por razón de las personas o del territorio» y por los arts. 21 y 23 LOPJ de 1 de julio de 1985, cuyo citado art. 21.1. dice que «Los Juzgados y Tribunales españoles conocerán de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros con arreglo a lo establecido en la presente Ley...», mientras que el referido art. 23.1. prescribe textualmente que «En el orden penal corresponderá a

la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos o faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles». Sin embargo, la territorialidad antedicha y proclamada por cuerpos legales fundamentales, así como el consecutivo principio de igualdad de todos ante la Ley, consagrado en el art. 14 CE, tienen importantes excepciones, unas de derecho público interno, otras generadas en la naturaleza del acto, y finalmente las restantes, fundadas en normas de derecho público externo o internacional, lo cual, en cuanto a estas últimas excepciones, se refleja, en el art. 334 LOPJ 1870, donde se preceptúa: «Exceptuase de lo ordenado en el artículo anterior los Principes de las familias reinantes, los Presidentes o Jefes de otros Estados, los Embajadores, los Ministros plenipotenciarios y los Ministros residentes, los Encargados de Negocios y los extranjeros empleados de planta en las Legaciones, los cuales, cuando delinquieren, serán puestos a disposición de sus Gobiernos respectivos», en el art. 21.2 LOPJ de 1 de julio de 1985, cuyo precepto dispone: «Se exceptúan los supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecu-

ción establecidos por las normas del Derecho Internacional Público», y, finalmente, en el inciso final art. 23, cuyo inciso dice así: «sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte»: hallándose regulada esta cuestión, es decir la excepción a la aplicación territorial de la Ley penal española, en el Convenio de Viena de 18 de abril de 1961, publicado y con la adhesión de España el 21 de noviembre de 1967, en cuyo art. 31.1 se dispone que «El agente diplomático gozará de inmunidad de la jurisdicción penal del Estado receptor», agregándose, en el art. 32.1, que «el Estado acreditante puede renunciar a la inmunidad de jurisdicción de sus Agentes diplomáticos», y, en el 32.2, que «La renuncia ha de ser siempre expresa», debiéndose realizar, al respecto, las siguientes consideraciones, las cuales tenderán a interpretar y a aplicar, con corrección, todas las normas antedichas: a) Superada la antigua ficción de extraterritorialidad que constituía antaño el fundamento de los privilegios diplomáticos, hoy día, se entiende que, la *ratio*, de la inviolabilidad del personal de la mentada índole es doble, por una parte, el agente diplomático, como representante de su país, cerca del gobierno ante el que está acreditado, no puede ser sometido a la Ley extranjera, y, por otra, los representantes diplomáticos, deben gozar de la libertad necesaria para desempeñar cumplidamente sus funciones, libertad de la que carecerían si pudieran ser acusados o denunciados, más o menos mendazmente, ante las Autoridades judiciales del país donde ejercen su ministerio, y juzgados o encausados por dichos Tribunales, lo que, en definitiva, redundaría en mengua y desdoro de la soberanía de la

Potencia acreditante; b) la renuncia expresa a la que alude el art. 32.2 Convenio de Viena, puede formularse *a priori*, anticipadamente y con carácter general, lo que es infrecuente, revela excesiva generosidad por parte del Estado acreditante e implicaría abdicación de la propia soberanía, o *a posteriori*, de modo singular, para un caso concreto y una infracción o infracciones específicas y atendiendo a la índole de las mismas y a todas las circunstancias concurrentes en el caso referido, sin que dicha renuncia *a posteriori* suponga retroactividad de ninguna clase, ni infracción de lo dispuesto en los art. 23 CP y 9.3 CE, tratándose exclusivamente de abdicar de un privilegio y de un *status* especial, removiendo el óbice de procedibilidad que implica la inmunidad diplomática, dejando camino expedito para que puedan actuar, sin vilipendio de dicha inviolabilidad, los Tribunales del Estado receptor, tal como sucede v.g. en los delitos de violación, estupro, raptó, abusos deshonestos y abandono de familia, los cuales no pueden perseguirse criminalmente sin previa denuncia de la parte ofendida o de su representante, denuncia que tiene naturaleza de condición de procedibilidad, sin que, una vez formulada la mencionada denuncia, ello implique retroactividad de clase alguna respecto a hechos que ocurrieron con anterioridad a la presentación de la misma, y en los delitos de calumnia e injurias, para cuya persecución se precisa querrela, licencia del Juzgado o Tribunal ante el que se profirieron o previa excitación del Gobierno, todos cuyos requisitos son meras condiciones de procedibilidad, las que, una vez cumplidas, permiten la incoación de las correspondientes causas, sin que ello implique, de ningún modo, aplica-

ción retroactiva de los preceptos penales; c) tanto el representante diplomático, como el Estado acreditante, son beneficiarios de la inmunidad que concede, a los primeros, el Convenio de Viena, pero, el titular de dicha inmunidad es el citado Estado acreditante, como lo evidencia, sin ningún género de dudas, art. 32.1 de dicho Convenio, al disponer que «El Estado acreditante puede renunciar a la inmunidad de jurisdicción de sus Agentes diplomáticos...», disipándose toda duda con la lectura del párrafo 4.º preámbulo del Convenio, cuyo párrafo dice así: «Reconociendo que tales inmunidades y privilegios se conceden no en beneficio de las personas, sino con el fin de garantizar el desempeño eficaz de las funciones de las misiones diplomáticas en calidad de representantes de los Estados».

*Segundo.* El primer motivo del presente recurso se basa en el artículo 849.2 LECrim., designando como documento que apoya la tesis del recurrente, el télex obrante al folio 57 del sumario, en el que aparece Decreto del Jefe del Estado colombiano, puesto que, dicho télex, no contiene la renuncia expresa a la que alude el art. 32.2 Convenio de Viena, limitándose, el mentado Decreto, allí transcrito, a prescribir o disponer la «insubsistencia» del nombramiento, como Secretario segundo de la Embajada de Colombia en España, del acusado, Gustavo, señalando, como fecha de la destitución, del cese, o de la «insubsistencia» la misma en la que se refrenda el citado Decreto Presidencial, es decir, el 22 de diciembre de 1984, pero, aunque se prescindiera de las diferencias de vocabulario entre dos países que tienen como lengua oficial el castellano, lo cierto es que, la insubsistencia refe-

rida, equivale a privar al agente diplomático dicho de su condición privilegiada, dejando con ello libre y expedito el camino a las Autoridades judiciales españolas para poder proceder contra el mismo por el delito de tráfico de estupefacientes previsto y penado en el art. 344 CP. Es cierto que el Decreto susodicho y su transcripción mediante télex remitido al Embajador de Colombia en España, no emplea las palabras sacramentales que hubiera sido preferible usar para desvanecer toda interesada duda, pero también lo es que, el precitado Decreto, así como su texto, han sido corroborados, en primer lugar, por la declaración del citado Embajador, prestada ante el Juzgado Instructor (folio 147 del sumario), en la cual, el citado Diplomático, entendió, de modo inequívoco que, D. Gustavo, había sido desposeído de su inmunidad diplomática por decisión del Jefe del Estado de Colombia, en segundo término, por las RR 10 de junio y 28 de agosto de 1986 de la Procuraduría General de la Nación colombiana, cuya copias se adjuntaron, por el recurrente, a su escrito de planteamiento del artículo de previo y especial pronunciamiento, en cuya Resolución la Procuraduría General se hace eco, y la toma como cuestión resuelta definitivamente, de la pérdida de la inmunidad diplomática por parte del acusado, Gustavo, y, finalmente, por la circunstancia indudable de que, desde la fecha de ocurrencia de los hechos, 14 de diciembre de 1984, hasta la actualidad, ha transcurrido un dilatado lapso de tiempo durante el cual no se ha curzado o formulado reclamación alguna por parte del Estado acreditante que pudiera revelar su deseo de no abdicar de los privilegios de su antiguo personal diplomático, ni de re-

nunciar a la Inmunidad que, a ellos, de ordinario, corresponde. Así pues, el documento obrante al folio 57, no pone de manifiesto el error de hecho cometido por el Tribunal de instancia a la hora de valorar las pruebas practicadas, y en todo caso, aunque se interpretara como un mero cese y no renuncia expresa, ha sido desvirtuado por los otros elementos probatorios obrantes en la causa, los cuales lo corroboran si se interpreta como lo ha hecho la AN, o lo desvirtúan si se le atribuyera la significación y alcance que le da la parte recurrente.

*Tercero.* En el motivo segundo, sustentado igualmente en el art. 849.2 LECrim., se invoca el error de hecho en la apreciación de las pruebas, resultante y puesto de manifiesto en el télex tantas veces citado, sosteniéndose que el Decreto correspondiente y la comunicación dirigida al Embajador de Colombia en España, carecieron de efectos retroactivos, tal como se expresa en el propio Decreto, donde paladinamente se dice que la insubsistencia surtiría efecto exclusivamente desde la fecha del Decreto, esto es, desde el 24 de diciembre de 1984. Pero al argumentar así, el recurrente olvida que, como ya se ha dicho antes, el facilitar la condición de procedibilidad para que pueda enjuiciarse a personas pertenecientes al Cuerpo Diplomático, no supone aplicación retroactiva de las leyes penales, proscrita en los arts. 23 CP y 9 CE, sino formulación *a posteriori* de la renuncia de un privilegio, por parte del Estado acreditante, cuya renuncia, precisamente porque se efectuó con posterioridad a la perpetración de los supuestos hechos delictivos, ha de surtir efectos respecto a los mismos, removiendo el óbice procesal que lo impedía y permitien-

do, como ya se ha dicho, a las Autoridades judiciales del Estado receptor, enjuiciar al Agente diplomático por hechos que, en la fecha de su presunta comisión, eran ya reputados delictivos por la legislación interna de este Estado receptor. Así pues, procede desestimar el segundo motivo del recurso interpuesto por D. Gustavo basado en el art. 849.2 LECrim., como asimismo procede, y ya se ha dicho, la desestimación del primer motivo sustentado en el mismo fundamento adjetivo.

*Cuarto.* Ya se ha argumentado, al inicio de la fundamentación jurídica de esta resolución que, el titular de la inviolabilidad o inmunidad diplomática, no es el miembro del mencionado Cuerpo, sino el Estado que lo ha acreditado ante la Potencia receptora, por lo cual, la renuncia que, potestativamente, se puede formular, incumbe al Estado acreditante, por conducto de su suprema representación, y no al funcionario afectado, lo que es lógico y plausible no sólo por disponerlo así el Convenio de Viena, sino, en primer lugar, porque el Jefe del Estado de que se trate, renunciará o no al privilegio de la inmunidad, atendiendo a la índole de la infracción presuntamente perpetrada y a todas las circunstancias del caso, y, en segundo término, porque, de este modo, se evitan excesos y abusos de la condición de diplomático, cometidos al socaire de los privilegios que se gozan, equivalentes, al menos en el Estado receptor, a una impunidad inmerecida. Siendo imperativa, por consiguiente, la desestimación del tercer motivo del recurso basado en el art. 849.1 LECrim., por infracción del art. 31 Convenio de Viena al que se adhirió España el 21 de noviembre de 1967, no sin antes recordar que, las excepciones a la

aplicación de la Ley penal en cuanto a las personas, deben interpretarse restrictivamente pues, de otra suerte, se infringiría el art. 14 CE y se fomentarían auténticos abusos de derecho.

Quinto. La legitimación del acusado, José Javier, para formalizar recurso de casación contra el auto impugnado, e incluso para adherirse al recurso interpuesto por Gustavo, es más que dudosa puesto que, ni él planteó el artículo de previo especial pronunciamiento analizado, ni la resolución que le puso fin le afectaba en modo alguno, máxime careciendo de la condición de Diplomático que podría justificar su pretensión; pero, en todo caso, y dado que formuló su impugnación en forma de adhesión al recurso interpuesto por otro encausado, la desestimación, de dicho recurso, acarrea irremisiblemente la de su meritada adhesión, la cual fundó en el art. 849.1 LECrim., por infracción de un precepto, ni siquiera sustantivo, como lo es el artículo 12 LECrim.

#### FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por Gustavo, ni al de igual clase que formuló por adhesión José Javier, ambos contra A 23 de septiembre de 1986 dictado por la AP Madrid por causa seguida a los mismos por delito contra la salud pública. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas de sus respectivos recursos y a la pérdida del depósito constituido por Gustavo al que se dará el destino que previene la Ley, debiendo abonar José Javier la suma de 750 ptas., si viniere a mejor fortu-

na, por razón de depósito no constituido.

\* \* \*

Es principio unánimemente admitido por la doctrina que cada Estado posee plena capacidad para establecer los contornos competenciales de su jurisdicción. La competencia de los tribunales de un determinado país viene regulada por su derecho interno y, aún más, los supuestos imprevistos o de solución dudosa en las leyes de cada Estado se solventarán por la jurisprudencia de sus respectivos órganos jurisdiccionales (*vid.* Miaja de la Muela, A. «Sobre los principios rectores de las reglas de competencia territorial de los tribunales internos en litigios con elementos extranjeros», *REDI*, 1968, p. 733 y ss.). Sin embargo, esta supremacía de la voluntad estatal se ve condicionada por la existencia de ciertas reglas de Derecho internacional en la materia que limitan la potestad jurisdiccional del Estado. Reglas que se refieren fundamentalmente a la prohibición de denegación de justicia y a la incompetencia de jurisdicción y ejecución sobre los Estados extranjeros, sus dirigentes y sus representantes diplomáticos.

(*Vid.* González Campos, J. D. y Rondo Porrúa, R. *Lecciones de Derecho procesal civil internacional*, Bilbao, Univ. Deusto, 2.ª ed., 1981, p. 22 y ss. Tb. Miaja de la Muela, A. *Derecho internacional privado*, T. II, Parte Especial, Madrid, Atlas, 10.ª ed., 1987, p. 699 y ss.)

Esta idea de limitación ya aparece reconocida en el famoso asunto del vapor Lotus en el que el Tribunal Permanente de Justicia internacional reconoce, en 1927, la posibilidad de que la amplia capacidad reconocida

a los Estados en relación al establecimiento de los límites de su jurisdicción en todos los órdenes, puede venir limitada «in certain cases by prohibitive rules... all that can be required of a State is that it should not overstep the limits which international law places upon its jurisdiction; within these limits, its titles to exercise jurisdiction rest in its sovereignty» (CPJI, S. A., n. 10, de 7 de septiembre de 1927. Reimpreso por Kraus reprint, 3 vols., vol. II, n.º 9 a 16 [1927-1928], Liechestein, 1970).

La sentencia objeto de estudio suscita el tema de la inmunidad diplomática como causa de incompetencia de la jurisdicción española en el ámbito penal. Tema poco desarrollado en nuestra jurisprudencia que encuentra su antecedente último en la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de enero de 1965 (RA 2. *vid.*, nota en Revista de Derecho español y americano, 1965, n.º 9, pp. 196 y ss. por E. Pecourt García). El supuesto de hecho refiere a un presunto delito contra la salud pública en el sumario del cual aparecen encausadas dos personas, J. J. y G., este último segundo secretario de la Embajada de Colombia en España. El auto de procesamiento contra ambos implicados se dictó en fecha de 17 de abril de 1985 siendo cesado G. de su cargo en la Embajada por el Presidente de la República de Colombia en fecha 22 de diciembre de 1985. Elevado el sumario por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 31 de Madrid a la Audiencia Provincial de dicha provincia se suspendió la tramitación del rollo hasta que no se sustanciaron los recursos de apelación subsidiariamente interpuestos y admitidos a trámite por G. contra el auto de procesamiento y el auto de 5 de

julio de 1985 del juez instructor por el que decretó no haber lugar a tramitar como cuestión prejudicial la excepción de incompetencia por inmunidad de jurisdicción. Ambos recursos fueron desestimados por la Audiencia Provincial. Abierto el juicio oral, el procesado propuso artículo de previo pronunciamiento del art. 666.1 LECrim., artículo que fue a su vez desestimado por la Audiencia Provincial en auto de 23 de septiembre de 1986 y que motivó la presentación de un recurso de casación por infracción de ley por el procesado G. contra el Auto de 23 de septiembre de 1986. (El procesado J. J., quien no contó en momento alguno con la condición de diplomático, también interpuso por adhesión recurso de casación contra el susodicho auto).

El Tribunal Supremo desestima dicho recurso aceptando como válida la respuesta de la Audiencia Provincial de Madrid. El Tribunal comienza recordando el carácter eminentemente territorial de las leyes penales y procesales aceptando que esta territorialidad, así como el principio de igualdad que recoge el artículo 14 de la Constitución, poseen importantes excepciones de distinta naturaleza y origen, entre las que destaca la de inmunidad diplomática. Excepción recogida en el artículo 335 de la antigua LOPJ de 1870 y en los artículos 21.2 y 23 LOPJ de 1985.

Recogida la existencia de la excepción en nuestro ordenamiento, el TS pasa a resolver en concreto el artículo de previo pronunciamiento estudiando si el encausado goza o no de la mencionada inmunidad. Para ello, el Tribunal se remite a lo dispuesto en el Convenio de Viena de 18 de abril de 1961 sobre relacio-

nes diplomáticas, en cuyos arts. 31 y 32 se encuentra regulada la cuestión. Del análisis de los mismos se deduce que es el Estado y no el sujeto perteneciente al cuerpo diplomático, el titular de tal derecho y que sólo posee la posibilidad de renunciar a tal condición de forma expresa.

El recurso interpuesto pivota sobre dos motivos. En el primero se señala la inexistencia de una renuncia expresa por parte del Estado colombiano a la inmunidad diplomática dado que el telex enviado por el Presidente de la República Colombiana no contiene la renuncia expresa mencionada en el art. 32.2 del Convenio de Viena, limitándose a hablar de «insubsistencia» de tal nombramiento. El TS realiza una interpretación amplia del mencionado artículo señalando que, con independencia de las diferentes palabras utilizadas, la expresión insubsistencia denota la privación al agente diplomático de su condición privilegiada. Esta interpretación se ve apoyada en la postura mantenida con posterioridad por las autoridades colombianas, quienes en ningún momento reconocen condición diplomática al encausado.

Con respecto al segundo motivo del recurso, donde se menciona la imposibilidad de que el mencionado telex surta efectos retroactivos, en otras palabras, la necesidad de que la insubsistencia surta efectos exclusivamente desde el día en que fue comunicada (24 de diciembre de 1984), el Tribunal Supremo apunta que la renuncia a la inmunidad diplomática se realiza con el objeto de facilitar la condición de procedibilidad, con lo cual no supone aplicación retroactiva de leyes penales sino formulación de la renuncia a un privilegio efectuada con posterioridad a la realización de un supuesto hecho delictivo y que necesariamente ha de surtir efectos en relación a los mismos dado que es por ellos por lo que se solicitó.

En base a ello, el Tribunal desestima el artículo planteado y entiende que el encausado no goza de la condición de inmunidad diplomática pudiendo ser juzgados por el presunto delito que se le imputa. El Tribunal Supremo alcanza así una solución muy interesante que define los contornos de la excepción y, a buen seguro, va a merecer múltiples comentarios.

## 2. RÉGIMEN DEL PROCESO CON ELEMENTOS EXTRANJEROS

### A) Medidas provisionales o de aseguramiento

#### EMBARGO PREVENTIVO DE BUQUE. SOLICITUD DE LEVANTAMIENTO DE MEDIDA CAUTELAR

SAT de Barcelona de 19 de noviembre de 1986

#### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

*Primero.* La parte apelante Z. I. N. C., LTD., alegó en el acto de la vista de la alzada que recurría dos resoluciones del Juzgado, sin embargo, el ámbito devolutivo de la presente apelación debe quedar circunscrito al análisis de la impugnación formulada contra el auto del Juzgado de 2 de abril de 1986, que resuelve el incidente de oposición al embargo preventivo planteado por la entidad mencionada contra el auto de 29 de julio de 1985, y sin que proceda ningún tipo de decisión respecto a las demás incidencias que se pudieron suscitar en la primera instancia, no sólo ya porque no consta si han sido recurridas, sino, especialmente, porque las referencias que obran en el testimonio de particulares son fragmentarias y, además, tan vagas que resulta prácticamente imposible tomar el más elemental conocimiento de su contenido.

*Segundo.* Siguiendo un orden lógico de exposición debe examinarse, en primer lugar, la argumentación de la apelante relativa a la solicitud de levantamiento de la medida cautelar acordada, por no concurrir el requisito del número primero del artículo 1.400 de la Ley de Enjuiciamiento Ci-

vil; y tal particular del recurso debe rechazarse en una doble dirección, toda vez que concretado el tema en embargo de buque por crédito marítimo, es obvio que con arreglo al Convenio de Bruselas de 10 de mayo de 1952 (ratificado por nuestro país por instrumento de 11 de septiembre de 1953), y de modo específico su artículo 1.º, y la Ley española de 8 de abril de 1967 (artículo 1.º), «basta que se alegue el derecho al crédito reclamado y la causa que lo motiva», sin que quepa argüir que no se invocó en la demanda esta normativa especial, pues así consta al folio 6 vuelto de autos (19 del testimonio incidental), apreciándose, además, que el crédito accionado es encajable en la letra f) del artículo 1.º del antedicho Convenio que se refiere a «pérdidas o daños causados a las mercancías y equipajes transportados por un buque»; y aunque por otro lado hay que tener en cuenta que la petición referida se formula con carácter subsidiario, ya que de forma principal se interesaba «el saldo que a favor de la demandada ZIM tenga la empresa P. (Cataluña), S. A., sita en ..., salvo designa de otros bienes por el deudor», lo que obviamente implica la necesidad de parar mientes en la regulación contenida en los artículos 1.397 y siguientes (título XIV del libro II) de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin embargo, superada la concepción restrictiva que limitaba

la posibilidad de acreditamiento del presupuesto denominado *fumus boni iuris* a un título, perfecto o potencialmente, ejecutivo, que deviene inarmónico con el nuevo sistema cautelar que inspiró una parte de la reforma de la Ley de 6 de agosto de 1984, es claro que la documentación en que se basa la pretensión actora (esencialmente el conocimiento de embarque, peritaje y factura comercial, la que incluso cabría completar con la correspondencia relativa a un intento transaccional), se deduce la apreciación de «un crédito racionalmente aparente», es decir, a *prima facie*, y a los solos efectos de la medida cautelar, la concurrencia de elementos suficientes para suponer con el preciso fundamento que la demanda principal es, en un juicio de «probabilidad cualificada», deudora de la demandante; sin que, por lo demás, quepa discurrir en este momento procesal, sin el riesgo de prejuzgar la contienda, acerca de las consecuencias obligacionales de la cláusula *house to house*, ni el alcance de la responsabilidad del cargador o del porteador marítimo en relación con la misma, cuestiones de fondo que habrán de ser adecuadamente valoradas en la resolución que resuelva en definitiva la controversia.

**Tercero.** La misma suerte desestimatoria debe correr la causa de oposición que denuncia la ausencia de *periculum in mora*, y ello es así porque (con independencia de que no es necesario en el caso de la normativa internacional mencionada), fundamentada la apreciación del presupuesto en la condición de «extranjero» de la entidad referida, y cualesquiera que fueren las consideraciones que pudieran exponerse sobre la liquidación objetiva del mismo, resulta incuestionable que la compañía

ZIM no tiene domicilio conocido y establecimiento comercial en España, pues, aunque señaló como tal el del piso sexto número ... de la calle V. L. de esta ciudad, claramente se advierte de las actuaciones que éste sólo lo es de la entidad consignataria —agente en España—, la que se negó a recoger la citación de ZIM para el pleito principal («que por error ha sido remitido a estas oficinas», se dice en el documento del folio 98), señalando como domicilio de la demandada «... P. A., P. O. B. ..., H. ..., I.; y si bien en el acto de la vista de la apelación se reconoce ya que el mencionado en España no tiene el carácter de domicilio de la entidad, se sigue manteniendo el argumento de la primera instancia relativo a la solvencia de la compañía con fundamento en que pertenece al Estado de I. y que, además, sus buques recalán continuamente en el puerto de B., y se añade en la alzada que estos navíos tienen la consideración de domicilio de conformidad con el artículo 554 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero ninguna de tales alegaciones puede ser acogida porque la cuestión no radica en la solvencia de un Estado extranjero, sino en la garantía de pago de una deuda contraída por una compañía mercantil extranjera, y, además, la facultad del Estado de I. para actuar con relación al 48 % de su participación en el capital de la compañía ZIM (folio 72) no es susceptible de control alguno por parte de la Justicia española; por otro lado, el hecho de que varios buques frecuentan actualmente sus escalas en el puerto de B. no significa que vayan a efectuarlo en el tiempo en que, en su caso, haya de hacerse efectiva la deuda; y, por último, la reputación de un buque como domicilio en la

Ley de Enjuiciamiento Criminal, cual en la misma explícitamente se establece, lo es sólo a los efectos de la diligencia sumarial, o excepcionalmente policial, de entrada y registro en lugar cerrado que se regula en el título VIII del libro II de dicha ley (artículos 545 y siguientes).

**Cuarto.** En el escrito de oposición bajo la rúbrica de fraude procesal (folios 2 vuelto y 3), la compañía ZIM alegó una vulneración de la cláusula 20 del conocimiento de embarque, de la que resulta —«se afirma»—, que «la jurisdicción y la ley aplicable a este transporte será la de H. (I.)», pero tal planteamiento no se ha reproducido en la alzada, lo que debe ser valorado, en el ámbito de la incidencia del presente recurso como una conformidad tácita con su improcedencia, siendo, por consiguiente, superflua cualquier disquisición en la materia.

**Quinto.** En el informe efectuado en la segunda instancia, la parte apelante se extendió en una serie de consideraciones en orden a que el juez, al despachar el embargo de más de lo que la parte solicitó —«se había pedido la traba de saldo, y el acuerdo del órgano jurisdiccional adoptó la forma genérica»—, con lo que se infringió la prohibición del embargo genérico del artículo 1.447 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y sobre que con arreglo a los artículos 580, apartado décimo, y 584 del Código de Comercio, para embargar un buque es preciso una sentencia judicial o arbitral, y que si se trata de deudas distintas de las previstas en dicho artículo 580, el embargo habrá de verificarse en el puerto de matrícula, y que, caso de haber invocado la normativa del Convenio de Bruselas de 1952 y Ley española de 1967 que lo complementa (cual ocurrió, como se

dijo), sería preciso haber cumplido la condición de prestar la contragarantía, la que no se constituyó por la parte actora; pero estas alegaciones, con independencia de lo que luego se razonará respecto de la contragarantía, no pueden ser acogidas, toda vez que se suscita al conocimiento de esta Sala cuestiones que no fueron planteadas en la demanda principal de oposición al embargo preventivo, y al no existir ninguna razón que justifique su formulación *ex novo* en la segunda instancia, es obvio que exceden del ámbito devolutivo del recurso vulnerando el principio *pendente appellatione nihil innovetur*, sin que a ello obste el que hayan podido ser objeto de impugnaciones autónomas ante el Juzgado *a quo*, pues, como se dijo, no consta hayan sido apeladas las resoluciones correspondientes; siquiera, a los meros efectos dialécticos, quepa advertir que la demandante no formuló limitación alguna, cual lo revela la expresión «salvo designa de otros bienes por el deudor», por lo que ni siquiera es preciso discurrir en orden a la aplicación de los artículos 1.407, 1.408, 1.447 y 1.454 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**Sexto.** Por último, es preciso detener la atención en las alegaciones relativas a la falta de contragarantía, es decir, a la no prestación por la parte demandante de la fianza de 500.000 pesetas que le fue exigida, y este tema suscita una ardua problemática que exige diversas reflexiones y matices, a saber: a) En principio, podría entenderse —y ésta parece ser una de las apreciaciones de la resolución recurrida—, que la materia, al hacer referencia a la efectividad del embargo, y no a los requisitos para su concesión, no es ventilable en el incidente de oposición, pero la

circunstancia de que pueda crearse una situación de mala fe o de fraude de ley, y, sobre todo, la especial incidencia de la normativa en materia de buques extranjeros (artículo 3.º de la Ley de 8 de abril de 1967), exige su análisis concreto. b) Es claro que en nuestro sistema general de embargo preventivo la prestación de la fianza por el solicitante de la medida cautelar no integra un presupuesto de su concesión, sino, como entiende doctrina autorizada «una condición para la efectiva adopción»; esto es, la medida se decreta cuando se solicita, y se aprecia la concurrencia de los requisitos previos, tanto los genéricos de orden procesal como los específicos de apariencia de derecho y *periculum in mora*, pero no se puede llevar a cabo en la práctica —«efectividad»—, mientras no se preste la fianza exigida al solicitante, por lo que hasta que no se llene este requisito, y aunque el auto que la admitió, según el artículo 1.404 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sirva de mandamiento, éste en su dinámica operativa no puede ser expedido y, en consecuencia, la comisión judicial no puede actuar, y tanto más cuanto que la declaración de suficiencia de aquella prestación de la fianza referida integra un presupuesto de ejecutoriedad del embargo preventivo acordado. c) Es igualmente claro que la efectividad de la fianza exigida al instante de la traba no es obligatoria para éste, el que ante su mera exigencia, o dada la entidad cuantativa, ora por no interesarle, ora por imposibilidad, puede limitarse a no efectuarla, y aunque en nuestra normativa positiva tal inactividad no acarrea la anulación de la medida, ni siquiera se prevé la posibilidad de señalarle un plazo del que cupiere derivar una modalidad de renuncia tá-

cita, sin embargo, en la práctica hay casos en que debe evitarse que el ejercicio de la facultad pueda pesar como arma de coacción psicológica sobre la otra parte, que necesariamente se ve constreñida a realizar una inmediata actividad sustitutiva del embargo —fianza para evitar éste—, a fin de prevenir que una súbita efectividad de la traba pueda producirle importantes trastornos de orden económico en el ínterin preciso para levantarlo por no disponer en el momento de los medios adecuados para impedirlo, pudiendo reconducirse las soluciones de tales supuestos a diversos expedientes, como el de otorgar un breve plazo para eludir el embargo, que difícilmente puede perjudicar la medida una vez desaparecido el efecto sorpresivo, o, incluso, una valoración del fraude de ley, mala fe o abuso de derecho. d) La parte apelante atina con el problema cuando aduce que pesaba sobre ella la «amenaza» de que le fuera trabado un buque no su propiedad y que de no prestar la garantía sustitutiva —aunque anticipada—, podría ocurrir que el embargo se llevara a cabo, quedando aquél un tiempo inmovilizado con los consiguientes perjuicios, toda vez que la actividad de sustitución no se improvisa fácilmente y le asiste igualmente la razón cuando sostiene que «forzada» por tal eventualidad a prestar la fianza, se produce la paradoja de tener que soportar una situación gravosa (gastos del aval concertado), mientras que la contraparte ni padece la situación paralela (que además tiene carácter previo), ni tiene asegurados los daños y perjuicios que se pueden derivar de la medida por ella instada. e) En la regulación del embargo preventivo contenida en el Convenio de Bruselas de 1952 y Ley interna de 8 de abril

de 1967 no se requieren los requisitos del *fumus boni iuris*, ni uno de los concretos de *periculum in mora*, pero resulta incuestionable la exigencia en todo caso de una fianza, que ésta sea en cantidad suficiente para responder de los daños, perjuicios y costas que puedan ocasionarse, y que el incumplimiento de los requisitos anteriores pueden invocarse en el incidente de oposición (artículos 1 a 3 de la ley citada) y ello tiene especial trascendencia habida cuenta que para obtener la medida basta «alegar el derecho a un crédito marítimo y la causa que la fianza constituye un presupuesto (es decir, que haya dejado de ser una condición posterior), si son deducibles trascendentes consecuencias, cuales que el solicitante del embargo no puede ignorar que se le va a exigir una garantía, ni esperar, habida cuenta las secuelas económicas de la paralización de un buque en puerto, que su importe sea meramente simbólico ni siquiera módica, y esto supone que si no presta la fianza (entendida en sentido amplio) en un plazo prudencial —para lo que debe estar preparado—, incurre en una situación anómala, que de no concurrir una causa muy especial que lo justifique, o explique, ha de ser valorada como renuncia tácita —abandono—, o, en todo caso, si pretende llevarla a cabo fuera de aquel término, como conducta fraudulenta, abusiva o de mala fe, con el efecto de convertir en ineficaz el acuerdo relativo a la medida cautelar, o inefectivo por extemporaneidad, y a esta conclusión conducen, no sólo incontestables razones de orden práctico, sino, incluso, la propia normativa legal, toda vez que no cabe desconocer las especiales características de la cosa objeto de embargo, su movilidad, enormes gastos

que devenga su inmovilización, complejidad de intereses en juego, etcétera, lo que revela que la traba lleva consigo en su esencia la nota de la «urgencia», tanto en la adopción del acuerdo, como en la efectividad —realización práctica—, de ahí no sólo ya la norma general del artículo 432 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, e incluso el criterio francamente restrictivo que siguen en la materia algunos jueces, sino la propia terminología de la Ley de 8 de abril de 1967, cuando dice «hecho el embargo, la oposición sólo podrá fundarse...», que en otro caso llevaría a la incoherencia de que en tanto no se haga efectiva la inmovilización no procedería la demanda incidental de oposición. f) Aplicando lo anteriormente razonado al caso de autos, y habida cuenta la escasa entidad cuantitativa de la fianza exigida al peticionario de la medida, si sólo se presentase el tema del embargo de buque habría que convenir que el hecho de no haberse prestado aquélla durante un buen período de tiempo debería acarrear la liberación de la efectuada por la demandada en el pleito principal —resulta jurídicamente intolerable tener en la mano la posibilidad de trabar un buque indefinidamente sin cumplir el requisito de la garantía hasta el instante inmediato anterior a la actuación de la aprehensión—; y g) Sin embargo, la cuestión se complica porque la garantía prestada por la compañía ZIM no sólo evitó el embargo de uno de sus buques que hicieren escala en B., sino, también (en primer lugar), el hipotético saldo en poder del agente en España antes aludido, y aunque se evidencia una alta apariencia de verosimilitud en su afirmación de que la realización de aquélla en forma precipitada obedeció

únicamente a eludir la medida cautelar respecto del primero, la realidad objetiva incontrastable es que también yuguló la posibilidad de actuar contra el eventual saldo, con lo que, en principio, de cancelarse su garantía se crearía un evidente riesgo para la otra parte; sin embargo, la demandante principal optó por el sistema de embargo que estimó conveniente (principal: saldo, u otros bienes que designase el deudor, y subsidiario de buque), y nada le impedía que ante la ineffectividad del embargo genérico pudiera en su momento concreto (presencia, actual o inmediata, del buque en puerto) solicitar el sistema especial, obtuvo una garantía de su hipotético derecho, este afianzamiento sustituye al embargo, y a cambio no tiene aseguradas sus hipotéticas responsabilidades, y como ello supone una situación evidentemente injusta, y contraria a la buena fe, procede acoger parcialmente el recurso de apelación en el sentido de que por el juzgador de primera instancia se le deberá dar un plazo prudencial a la parte demandante en el pleito principal para que afiance la cantidad de 500.000 pesetas, y caso de no hacerlo se habrá de dejar sin efecto (alzándola) la garantía prestada por la demandada, quedando ineficaz el embargo, con cuyo pronunciamiento se da cabal cumplimiento a la doctrina contenida en la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1981 que enseña que «el juez, árbitro de un conflicto de intereses, pero también de un combate leal entre servidores del Derecho y de la Justicia, debe vigilar para impedir que al socaire de tecnicismos y habilidades se mermen las justas proporciones en el reconocimiento y declaración de los derechos en pugna».

\* \* \*

La utilización de la figura del embargo preventivo en los procedimientos con elemento extranjero, ha venido tradicionalmente rodeada de una gran controversia, considerándose un instrumento clara e injustificadamente discriminatorio. Sin embargo, las críticas recibidas no han impedido que siga presente en nuestro ordenamiento jurídico, aun cuando su eficacia práctica se haya visto atemperada al albor de los compromisos internacionales de España. La vinculación de este instituto con la extranjería se remonta en nuestro país a la Ley de Enjuiciamiento sobre negocios y causas de comercio de 1830, en cuyo artículo 365,1 se preveía su utilización en los supuestos en que el deudor fuese un extranjero no naturalizado. Este dato discriminatorio desapareció en la Ley de Enjuiciamiento civil de 1855, pero se encuentra de nuevo incorporado en la actual Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo artículo 1.400.2 —precepto seriamente criticado por la Doctrina— (vid. Miaja de la Muela, A. *Derecho internacional privado*, Parte II. Parte Especial, Madrid, Atlas, 10.ª Ed., 1987, p. 731. Tb. Ortells Ramos, M. *El embargo preventivo*, Barcelona, L. Bosch, 1984, pp. 118 y ss.) asume de nuevo esta vinculación.

En la presente crónica se hace referencia a un supuesto especial de embargo preventivo, el que tiene como objeto buques extranjeros. Embargo que posee unas características peculiares. (Vid. Ortells Ramos, *op. cit.*, pp. 59 y 60. Tb. Hernández Martí, J. «El embargo preventivo de buques según el Convenio de Bruselas de 10 de mayo de 1952», *RDM*, 1978, p. 124).

La Sentencia de la AT de Barcelona de 19 de noviembre de 1986 se centra en la resolución de la impugnación formulada contra el auto de 2 de abril de 1986, que resuelve el incidente de oposición al embargo preventivo planteado por Z.I.N.C. Ltd. contra el auto de 29 de julio de 1985. Tres son, fundamentalmente, las alegaciones realizadas por la parte apelante; alegaciones que, salvo en un caso, son desestimadas por la Audiencia de Barcelona.

En primer lugar se solicita el levantamiento de la medida cautelar por no concurrir el requisito del artículo 1.400.1 LEC, solicitud que la sala rechaza de forma correcta, tras recordar lo dispuesto en el artículo 1 del Convenio de Bruselas de 10 de mayo de 1952 y en el mismo precepto de la ley 2/67 de 8 de abril sobre embargo preventivo de buques extranjeros. La documentación aportada por la parte actora, se dice, demuestra claramente la existencia de un «crédito racionalmente aparente» (Fto. 2. Sobre el significado de crédito marítimo Ortells Ramos, *op. cit.*, p. 59, y Hernández Martí, art. cit., página 111) incluíble dentro del apartado f) del artículo 1 del ya mencionado Convenio de Bruselas. De esta

forma, el tribunal rechaza una interpretación restrictiva a la hora de acreditar la existencia de un crédito marítimo.

Con respecto a la segunda alegación, ausencia de *periculum in mora*, la Audiencia señala su no admisibilidad al no poseer la demandada domicilio alguno en España.

Por último, se alega —y es parcialmente estimada— la inexistencia de contragarantía, al no haber depositado la parte demandante la fianza de 500.000 ptas. que se le exigía (vid. Ortells Ramos, *op. cit.*, p. 59). La Audiencia, en un interesante razonamiento en el que se toman en consideración la naturaleza de la fianza (que no constituye un presupuesto de concesión de la medida cautelar, pero sí un requisito para la efectiva adopción), y las negativas consecuencias que pueden derivarse de su otorgamiento por parte del solicitante, decide exigir al juzgado de 1.ª Instancia conceda un plazo prudencial a la parte demandante en el pleito principal, para que afiance tal cantidad. Apuntando que, caso de no hacerlo, se deberá dejar sin efecto la garantía prestada por la demandada, quedando ineficaz el embargo.

#### EMBARGO PREVENTIVO DE BUQUE. DEMANDA SOBRE REDUCCIÓN DE AVAL PRESTADO POR EL DEMANDADO EN AUTOS DE MAYOR CUANTÍA

SAT de las Palmas de Gran Canaria de 30 de septiembre de 1986

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero. CONSIDERANDO:** Que la cuestión esencial debatida en el recurso planteado contra la senten-

cia de instancia, por la parte apelante, en el presente incidente de embargo preventivo de buque, 806/84, queda reducida a impugnar la resolución recurrida, por entender que, a pesar de estimar la sentencia, la demanda de embargo preventivo, que ratifica, se ha reducido el aval, que para garantizar los conceptos recla-

mados en el declarativo de mayor cuantía, tiene prestada la parte demandada.

**Segundo. CONSIDERANDO:** Que el juzgador ha tenido muy en cuenta el ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas de 10 de mayo de 1952, ratificado por España en 11 de septiembre de 1953, y así, en el artículo 1.º, 1, del mismo, y aunque ciertamente «créditos marítimos» signifique en dicho convenio alegación de un derecho o de un crédito, siempre ha de basarse en las causas, que se mencionan, de las letras a) a la q), y es de interés, en este caso, la letra k) que incluye suministros de productos o de material hechos a un buque para su explotación o su conservación, cualquiera que sea el lugar de los mismos, y, aunque efectivamente se trate de un número limitado de causas, no puede ser ratificado el embargo por «la suma estricta de la deuda contraída por la sola razón de suministro y que se cifra en la cantidad de 5.415.575 ptas. (cinco millones cuatrocientas quince mil quinientas setenta y cinco pesetas)».

**Tercero. CONSIDERANDO:** Que la Ley de 8 de abril de 1967, número 2/67, de embargo preventivo de buques extranjeros, por créditos marítimos, en cuyo preámbulo se explican las finalidades pretendidas por el legislador en la formulación de esta Ley y que, a su decir, se limitan a establecer los requisitos para que el embargo se produzca, las garantías que han de adoptarse para evitar toda pretensión infundada y los límites de la oposición, es lo cierto que también se añade como criterio inspirador una mayor flexibilidad de las normas procesales internas, para bien de los buques nacionales, y la adopción de una medida de carácter general, que afecte a los bu-

ques que navegan bajo pabellón de países no signatarios de aquel Convenio.

**Cuarto. CONSIDERANDO:** Que la Ley mencionada contiene sólo tres artículos: el artículo 1.º dispone que para decretar el embargo preventivo de un buque extranjero, por crédito marítimo, que define el artículo 1.º del Convenio de Bruselas, bastará que se alegue el derecho o crédito reclamado y la causa que los motive; que en el párrafo segundo del mencionado precepto se establece que «el juez exigirá en todo caso fianza en cantidad suficiente para responder de los daños, perjuicios y costas que puedan ocasionarse. Esta fianza podrá ser de cualquiera de las clases que reconoce el Derecho, inclusive el aval bancario»; el artículo 2.º señala que «se tendrá en cuenta respecto a los buques objetos de embargo las limitaciones del artículo 3.º del Convenio», y el artículo 3.º, y último, de dicha Ley establece que «hecho el embargo la oposición sólo podrá fundarse en el incumplimiento de alguno de los requisitos establecidos en los dos artículos anteriores».

**Quinto. CONSIDERANDO:** Que en la mencionada Ley 2/67 se impone al juez exigir, en todo caso, fianza suficiente para responder de tres conceptos: daños, perjuicios y costas que puedan ocasionarse; en otras palabras, ha de afianzarse el dato emergente o pérdida sufrida; los perjuicios o lucro cesante, es decir, las ganancias dejadas de obtener, y, finalmente, las costas; pues bien, ninguno de tales conceptos se ha afianzado en la sentencia de instancia, al reducir la ratificación del embargo a sólo el importe estricto del principal, ascendente a 5.415.575 pesetas (cinco millones cuatrocientas quince mil quinientas setenta y cinco pesetas),

cifra que resulta del modo siguiente: en primer lugar, de las aportaciones de la entidad demandada, llevadas a cabo en 9 y 17 de julio de 1984, en suma, 12.218.432 pesetas (doce millones doscientas dieciocho mil cuatrocientas treinta y dos pesetas), para reducir la deuda, quedando como cantidad principal pendiente la cifra de 7.178.755 pesetas (siete millones ciento setenta y ocho mil setecientas cincuenta y cinco pesetas), cantidad de la que se han deducido los intereses legales de mora, por la cifra de 1.763.280 pesetas (un millón setecientas sesenta y tres mil doscientas ochenta pesetas), obteniéndose de este modo el importe anteriormente mencionado de 5.415.575 pesetas (cinco millones cuatrocientas quince mil quinientas setenta y cinco pesetas); sin embargo, para llevar a cabo un correcto afianzamiento de los tres conceptos de la Ley 2/67, ha de partirse del principal pendiente de 7.178.755 pesetas (siete millones ciento setenta y ocho mil setecientas cincuenta y cinco pesetas) —que incluye intereses legales de mora— y que, sumados a los 6.511.042 pesetas (seis millones quinientas once mil cuarenta y dos pesetas) por lucro cesante, resulta la cifra de 13.689.797 pesetas (trece millones seiscientos ochenta y nueve mil setecientos noventa y siete pesetas), que fue la cantidad que se determinó en el segundo considerando del auto de la Sala de 25 de febrero de 1985, a lo que hay que agre-

gar las costas que puedan ocasionarse y que prudencialmente se fijan en 500.000 pesetas (quinientas mil pesetas).

\*\*\*

En la presente sentencia se resuelve un recurso de apelación planteado en un incidente de embargo preventivo de buque extranjero en el que, fundamentalmente, se suscita como punto litigioso la reducción del aval prestado por la parte demandada en garantía de los conceptos reclamados en el declarativo de mayor cuantía. En la sentencia recurrida se fijaba la fianza atendiendo al importe estricto del principal, ascendente en esta ocasión a 5.415.575 pesetas.

La Audiencia de Las Palmas rechaza esta interpretación y, tras recordar lo dispuesto en el art. 1.1 k) del Convenio de Bruselas de 1952, afirma que en dicha decisión no se tuvo en cuenta que el afianzamiento ha de referirse a los tres conceptos incorporados en el art. 2 *in fine* de la L 2/67 de 8 de abril sobre embargo preventivo de buques extranjeros, a saber: daños, perjuicios y costas que puedan ocasionarse. En base a ello insta la modificación de la cantidad a afianzar tomando en consideración, entre otros, la pérdida sufrida, los perjuicios o lucro cesante y las costas, conceptos que de haberse estimado hubiesen elevado la fianza a la cantidad de 14.189.797 ptas.

## B) Justicia gratuita

### CONCESIÓN DEL BENEFICIO DE JUSTICIA A EXTRANJERO CUYO SALARIO EXCEDE DEL DOBLE DEL SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL

STS (Sala 1.ª) de 16 de febrero de 1987

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Que de los datos que aparecen en los presentes autos resulta que la solicitante del beneficio de pobreza, de nacionalidad austríaca, tiene su residencia en la República Federal Alemana, con impuesto de trabajo como mecanógrafa en la sociedad «Abi Personalleasing GmbH» por el cual percibe un salario mensual bruto de 2.093 marcos de los que deducidos impuestos restan netos 1.503,28 que convertido en moneda nacional da un total de 105.239 pesetas, acreditándose por la solicitante que el piso en el que habita, arrendado, tiene fijada una renta mensual de 360 marcos, equivalente a 25.200 pesetas, siendo referido precio móvil o escalonado aumentando anualmente 8 marcos al mes, sin que tenga otros medios de fortuna.

2. Que si bien el referido salario excede del doble del jornal mínimo de un bracero español, tope que señala el artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la concesión del derecho a litigar gratuitamente, no se puede olvidar que el artículo 15 autoriza a los Tribunales para que no obstante lo dispuesto en el precepto anterior puedan, en atención a las circunstancias en el mismo especificadas, entre las que se encuentran «las obligaciones que sobre el litigante pesen, el costo del proceso y

otras análogas», entre las que pueden en este caso comprenderse la diferencia en el costo medio del nivel de vida que existe entre un país como Alemania Federal y España, conceder los beneficios comprendidos en los tres primeros números del artículo 30 de la Ley Rituaria, cuando los ingresos de la persona física en cuestión, siendo superiores al doble del salario mínimo interprofesional, no rebasen el cuádruplo, cual acontece en este caso.

\* \* \*

Dentro del apartado relativo al otorgamiento de la condición de pobre a extranjeros en procedimientos instados ante tribunales españoles, debe citarse la importante sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1987 en la que se resuelve el incidente de justicia gratuita interpuesto por ERF, austríaca con residencia en la República Federal de Alemania, para litigar contra la Administración del Estado en un procedimiento de ejecución de sentencia extranjera de divorcio. El Tribunal Supremo estima la solicitud señalando que, a pesar de exceder su salario del doble de un bracero español, con lo cual no reuniría los requisitos apuntados en el art. 14 de la LEC, las condiciones personales de la solicitante del beneficio, y el hecho de que su sueldo no exceda del cuádruplo del salario mínimo interprofesional, determinan su inclusión dentro

del supuesto de hecho del art. 15 LEC y la subsiguiente concesión del derecho a la justicia gratuita.

La resolución analizada conecta en su resultado con la tendencia mayoritariamente seguida por la doctrina y la jurisprudencia en nuestro país, donde tradicionalmente se ha entendido que este beneficio no se circunscribe exclusivamente a los españoles. El confuso enunciado del artículo 119 de la Constitución y del 13 y ss. de la LEC donde nada se menciona sobre el acceso de los extranjeros a este beneficio, se ve matizado por el tenor del art. 27 Cc llegándose por la doctrina a la conclusión de que el beneficio se reputa tanto de los nacionales como de aquéllos no poseedores de tal condición. (Vid. González Campos, J. D. y Recondo Porrúa, R. *Lecciones de Derecho procesal civil internacional*, Bilbao, Univ. Deusto, 2.ª ed., 1981, páginas 116 y ss. Tb. UNED *Derecho internacional privado*, Madrid, UNED, 1985, pp. 295 y 296, y Miaja de la Muela, A. *Derecho internacional privado*, T. II, Parte Especial, Madrid, Atlas, 10.ª ed., 1987, p. 586). La voluntad de no equiparación, se dice, hubiese requerido una manifestación expresa del legislador en el sentido de excepcionar el principio de igualdad.

Esta postura se ha visto ratificada por la jurisprudencia de nuestros tribunales que en las escasas ocasiones en que han tenido oportunidad

han optado por la posición de equiparación. Ejemplo de ello son las STS de 1 de febrero de 1912 (CL 123, 1912-1, p. 369) y STS de 26 de noviembre de 1935 (CL 221, 1935-5, página 322).

Tal posición coincide con la mantenida en el art. 20 del Convenio de La Haya sobre procedimiento civil de 1 de marzo de 1954 que exige la concesión del beneficio de pobreza en los diversos estados ratificantes a los nacionales de los demás estados parte (vid. Cortés Domínguez, V. *Derecho procesal civil internacional. Ordenamiento español*, Madrid, Edersa, 1981, p. 55).

La sentencia posee un especial interés al tratarse de un supuesto de concesión del antes llamado beneficio de pobreza a un no nacional en un procedimiento de ejecución de sentencia extranjera, dato este último donde radica su mayor relevancia y originalidad por tratarse de la primera vez que tal hecho ocurre. La postura adoptada es coherente con la línea seguida en las últimas décadas por la doctrina y la jurisprudencia, y refleja la amplitud con que se ha dotado a este principio de igualdad entre españoles y extranjeros; se trata de una equiparación plena referente tanto a personas físicas como jurídicas (Vid. STS de 26 de noviembre de 1935 cit.) ya sea en la jurisdicción voluntaria como en la contenciosa.

**BENEFICIO DE JUSTICIA GRATUITA EN SEGUNDA INSTANCIA  
CUANDO SE LITIGÓ COMO RICO EN LA PRIMERA.  
CONDICIONES DE ESTIMACIÓN**

SAT de Madrid de 20 de noviembre de 1986

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

*Primero.* Por la representación procesal de H.-S.-T. P. se solicita el beneficio de pobreza, en términos actuales, el derecho a la justicia gratuita, para proseguir en segunda instancia ante esta Sala el procedimiento ordinario de mayor cuantía número 1.842/80, procedente del Juzgado de Primera Instancia número 5 de M., seguido a instancia del propio solicitante de la pobreza contra el Banco de B., en cuya primera instancia litigó como parte rica, por lo que al caso es de aplicación lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en virtud del cual el litigante que no haya sido defendido por pobre en primera instancia, si pretende gozar de este beneficio en segunda deberá justificar que con posterioridad a aquélla ha devenido al estado de pobreza, precepto que por ser el vigente cuando se solicitó la concesión del beneficio es de aplicación al caso de autos; pero aunque así no fuera, la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil en este punto por Ley 34/1984, de 6 de agosto, es más formal que material, ya que el artículo 26 establece un precepto equivalente, al decir que el litigante que no haya solicitado el reconocimiento de su derecho (a la justicia gratuita) en primera instancia, si lo pretende en se-

gunda, deberá justificar que han sobrevenido con posterioridad a aquélla o en el curso de la misma las circunstancias necesarias para ello. Al respecto, la parte solicitante del beneficio de pobreza, hoy derecho a la defensa gratuita, se ha excusado de la demostración de estas circunstancias alegando la incompatibilidad de tales preceptos con los artículos 24 de la Constitución y 26 del Convenio de La Haya, como si tales preceptos fundamentales estuvieran en contradicción con los preceptos anteriormente citados de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando los mismos no son más que normas que conducen a la realización práctica del precepto constitucional, a los que han de someterse los litigantes, por lo que al no haberlo hecho así y no haberse acreditado que con posterioridad a la iniciación del pleito han sobrevenido las circunstancias para la declaración del derecho a la justicia gratuita del solicitante, es procedente en Derecho su denegación.

*Segundo.* Por otra parte, y a mayor abundamiento, es evidente que de conformidad con las normas que rigen la carga de las pruebas en todos los procedimientos civiles consagradas en el artículo 1.214 del Código Civil, es al solicitante al que corresponde acreditar que se encuentra en algunos de los supuestos establecidos en los números del antiguo artículo 15 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y debido a la inactividad de la parte solicitante no se han acreditado tales circunstancias,

ni, por supuesto, tampoco se ha acreditado que el solicitante se encuentre en la situación contemplada en el artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según redacción vigente en la actualidad, en atención a esta inactividad de la parte, habiendo llegado al extremo de no haber comparecido el acto de la vista, por lo que también, y aun en el supuesto que no fueran de aplicación los preceptos legales señalados en el fundamento primero de la presente resolución, debía de denegarse a la parte litigante el reconocimiento del derecho instado.

*Tercero.* Procede la imposición de las costas al actor, por imperativo de lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su redacción vigente, al instar el reconocimiento del derecho a litigar gratuitamente, como por lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su redacción actualmente vigente.

\* \* \*

Dentro de este apartado hay que mencionar en segundo lugar la Sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid de 20 de noviembre de 1986 en la que, a su vez, se suscita un supuesto de solicitud del beneficio de pobreza para proseguir en segunda instancia un procedimiento de ma-

yor cuantía, cuando se ha litigado como parte rica en la primera. El único interés de la sentencia, que recae sobre un litigio estrictamente interno, estriba en la alegación por parte de la solicitante de la declaración, del art. 26 del Convenio de La Haya, sobre procedimiento civil de 1954, apuntando su incompatibilidad con lo señalado en el antiguo art. 25 LEC (hoy 26, que exige se demuestre la pobreza sobrevenida).

La Audiencia Territorial de Madrid resuelve la controversia señalando que tanto dicho precepto de la LEC como el 119 de la Constitución poseen carácter programático, y que la LEC introduce unos mecanismos para obtener el reconocimiento de tal derecho: mecanismos que conducen a la realización práctica del principio. No se produce por lo tanto una denegación del derecho a la justicia gratuita, sino el incumplimiento de uno de los requisitos establecidos en la ley para poder optar a la misma. Caso de que la parte hubiese demostrado se cumplían los requisitos exigidos en la LEC, se hubiese procedido a exonerarle de cualquier gasto o costa. No existe por lo tanto una violación de un precepto constitucional ni de una obligación internacional, sino mera no concurrencia de los requisitos establecidos para gozar de tal beneficio.

### C) Caución de arraigo en juicio

RESOLUCIÓN DE CONTRATO DE COMPRAVENTA. NO EXIGIBILIDAD DE CAUCIÓN DE ARRAIGO EN JUICIO A SÚBDITOS DE PAÍSES RATIFICANTES DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 1 DE MARZO DE 1954

SAT de Valencia de 24 de febrero de 1987. en España en contra de súbditos españoles.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

\* \* \*

#### Segundo.

...

Ha quedado, pues, fuera de su impugnación la solución judicial dada a la excepción dilatoria de «falta de arraigo en juicio», asimismo, invocada por dichos demandados; y en este sentido, ha sido decisiva la recta aplicación por el juzgador de instancia de lo dispuesto en el Convenio de La Haya de 1 de marzo de 1954, ratificado por el Estado español en 1961, entendiéndose inexistente a este súbdito holandés caución alguna para litigar

La sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia de 24 de febrero de 1987 referente a la resolución de un contrato de compraventa de inmueble, encuentra su máximo interés a los efectos de este comentario en el *obiter dictum* incorporado en el segundo fundamento de derecho, donde se reconoce la inexigibilidad de caución alguna a un súbdito holandés para litigar en España contra españoles. Se trata, sin más, de una recta aplicación del tenor y del espíritu del Convenio de La Haya sobre procedimiento civil de 1954.

### 3. RECONOCIMIENTO DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES EXTRANJERAS

#### A) Régimen general

EJECUCIÓN DE SENTENCIA EXTRANJERA:

EXEQUATUR (ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD)

ATS de 16 de marzo de 1987

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El presente *exequatur* va dirigido a obtener la ejecución en España de la sentencia pronunciada por el Tribunal Local de Colonia (Repú-

blica de Alemania Federal) el 12 de diciembre de 1974, que accedió a la demanda de impugnación de paternidad presentada por D.<sup>a</sup> Joaquina María del Pilar P. C. en nombre de sus dos hijos menores, Adelino y Marta B. P., figurando como demandado su marido D. Alfredo B. P.

2. Son presupuestos básicos a tener en cuenta para resolver el presente *exequatur*, además de lo que se deja indicado: A) Que actora y demandados, ambos de nacionalidad española, contrajeron matrimonio, se ignora si católico o civil y dónde, dado que ninguno de estos datos aparece acreditado en los documentos aportados; B) Vigentes referidas nupcias, en cuanto tampoco consta se hubieren disuelto, concretamente los días 8 de enero de 1970 y 17 de marzo de 1972 nacen respectivamente Adelino y Marta, siendo inscritos como del matrimonio en el Registro del Estado Civil de Colonia, números 2408/1970 y 485/1972, respectivamente, no acompañándose tampoco certificaciones acreditativas de dichos extremos en el presente *exequatur*; C) En la sentencia motivadora de los presentes autos, aparece que: 1) Los demandantes alegaron no ser hijos del demandado; 2) Que éste no estuvo representado en la vista oral, si bien comunicó por escrito por medio de sus abogados que vive separado de la madre de los demandantes desde el 13 de septiembre de 1968 y por ello no desea presentar solicitud alguna; 3) En la sentencia se constata «que los demandantes no son hijos matrimoniales del demandado»; 4) Se dice también en referida resolución, que puesto que todos los partícipes en el proceso tienen su residencia habitual en la República Federal de Alemania son competentes los juzgados alemanes, incluso aun cuando la resolución no fuere reconocida después en el Estado patrio.

3. El Ministerio Fiscal, en su preceptivo informe, se opuso al *exequatur* por considerar: que la resolución cuya ejecución se interesa no sólo es contraria al orden público

interno en cuanto constata una filiación, la ilegítima, que no admite actualmente el derecho español, sino también a la igualdad de los hijos que con independencia de su filiación consagra el artículo 39.2 de la Constitución Española (R. 1978, 2.836 y Ap. 1975-1985, 2875); porque, a su vez, dicha resolución no puede tener acceso al Registro del Estado Civil de las personas a fin de hacer constar en él la modificación introducida; y, por último, por dos defectos de carácter procesal: uno, la falta de legitimación de la actora, en cuanto como madre de los menores «no aparece acreditado que ella fuere a la sazón titular de la patria potestad», en cuanto según la legislación aplicable en el momento del juicio la misma correspondía en primer lugar al padre de los menores; respecto al segundo defecto, consiste en no constar la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso, cuando ello es preceptivo en España según el artículo 3.6 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (R. 1982, 66 y Ap. 1975-1985, 9435).

4. Así centrados los presupuestos fácticos y formales del tema a contemplar, para llegar a la solución del mismo debe tenerse en cuenta: a) Que la patria potestad desde la Ley 11/1981, de 13 de mayo (R. 1151 y Ap. 1975-1985, 2354), corresponde al padre y a la madre, razón por la cual y de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 14 y 24, primero de la Constitución, la legitimación de la actora es obvia; b) Que ante el Tribunal Local de Colonia, lo que se esgrime es una «acción de impugnación de paternidad»; c) Que la frase contenida en la traducción que de la sentencia se ofrece de que «los demandantes no son

hijos legítimos del demandado Alfredo B. P., y sirve de base al Fiscal para su dictamen, no es jurídicamente adecuada, en cuanto que lo realmente dicho en referida resolución es, «que los niños no son hijos matrimoniales del demandado», calificación ésta acorde con la que ofrece el Código Civil en su artículo 108, párrafo segundo, después de la reforma que en él introdujo la Ley 11/1981, de 13 de mayo, suprimiendo las denominaciones de «legítima» e «ilegítima» respecto de la filiación para sustituir las de «matrimonial» y no «matrimonial»; d) Por otra parte, la Disposición Transitoria Primera de la referida Ley 11/1981, estableció que «La filiación de las personas, así como los efectos que haya de producir a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, se regirán por ella con independencia de la fecha de nacimiento y del momento en que la filiación haya quedado legalmente determinada», razón por la cual el calificativo de «ilegítima» a que se refiere el Ministerio Fiscal se entendería hoy por no puesto; e) Por último y en orden a la no intervención del Fiscal en el proceso que concluyó con la sentencia cuya ejecución se interesa, es preciso poner de relieve que, si bien ello es real, no puede por menos que ponerse de relieve que en referida resolución aparece que en dicha Sentencia se hace constar que los dos menores estaban «representados legalmente» y que en el juicio intervino como «apoderado: tutor oficial Reez, Tribunal Tutelar de Menores de la Ciudad de Colonia».

\*\*\*

Con el auto que comentamos se resuelve el *exequatur* planteado por

Dofia Joaquina M.<sup>a</sup> del Pilar P. C. en nombre de sus dos hijos menores Adelino y Marta B. P., en el que solicitaba la ejecución de una sentencia dictada por el Juzgado Municipal de Colonia (RFA) en la que se declaraba no ser hijos de su esposo D. Alfredo B. P., dos hijos menores de la actora, inscritos en el Registro Civil como hijos del matrimonio.

En el procedimiento de *exequatur* se ordena por la Sala el traslado de los autos al Ministerio Fiscal para que, en el plazo de nueve días, emita su preceptivo dictamen declarando si debe darse o no cumplimiento a la ejecutoria. La práctica ha venido demostrando cómo el fallo de la Sala coincide con el dictamen del Ministerio Fiscal en cuatro de cada cinco supuestos. Lo que significa, por tanto, que la regla general será la de seguir el dictamen del Ministerio Fiscal.

En el supuesto que ahora comentamos la regla general cede en favor de la excepción, en la medida en que aun con la oposición del Ministerio Fiscal, el Tribunal Supremo declara haber lugar a la ejecución de la sentencia.

El Ministerio Fiscal, con su oposición al *exequatur*, adopta una postura excesivamente rígida, en la medida en que habla de la resolución cuya ejecución se ha solicitado como contraria al orden público interno, en cuanto constata la filiación ilegítima, calificativo que, como bien ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo en este auto, debe entenderse por no puesto, apoyándose claramente en la Disposición Transitoria Primera de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que estableció que «la filiación de las personas, así como los efectos que haya de producir a partir de la entrada en vigor de la pre-

sente ley, se regirán por ella con independencia de la fecha de nacimiento y del momento en que la filiación haya quedado legalmente determinada» por lo que la calificación de no ser hijos matrimoniales del demandado está acorde con la que ofrece el Código Civil en su art. 108-2, después de la reforma introducida por la Ley 11/1981, de 13 de mayo.

El segundo aspecto en el que se apoya el Ministerio Fiscal para formular su oposición radica en el tema de la legitimación de la madre en relación a si a ésta correspondía o no el ejercicio de la patria potestad; respecto de lo cual es claro que, partiendo de nuestra Constitución de 1978 y posterior reforma legal introducida por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, la patria potestad corresponde tanto al padre como a la madre,

por lo que es claro que la madre tenía legitimación como actora.

Por último el Ministerio Fiscal se opone al *exequatur* por la no intervención del Fiscal en el proceso seguido en Colonia, superado en el sentido de que los menores estaban debidamente representados legalmente a través del tutor oficial del Tribunal tutelar de menores de la ciudad de Colonia.

El Tribunal Supremo ha entendido que de los hechos se desprende claramente la necesidad de tutelar el interés de la madre y de los hijos, hijos de ésta, pero no del que aparece como demandado en el procedimiento seguido para impugnar la paternidad del mismo. Es, por tanto, uno de los pocos casos en los que triunfa el interés individual de solicitud de *exequatur* aún contra la opinión del Ministerio Fiscal.

#### EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EXTRANJERAS: EXEQUATUR (ALIMENTOS DE MENORES)

SAP de 10 de junio de 1986  
Santa Cruz de Tenerife

#### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

*Primero.* La presente cuestión litigiosa ha sido objeto de apelación por las partes intervinientes en los presentes autos. Por la representación del Ministerio Fiscal, en cuanto que la resolución recurrida estima sólo en parte su pretensión, y por la del demandado, por cuanto que la oposición por él sustentada resultó totalmente desestimada. Y ambas giran en torno a la procedencia y obligatoriedad que puede pesar sobre el referido demandado de abonar el importe de la cantidad que, según el

Tribunal de Justicia de Suecia que conoció y declaró el divorcio de su matrimonio, le reclama al efecto. Y son dos las cuestiones a examinar: por un lado, el procedimiento utilizado para tal reclamación, y por otro lado, como cuestión de fondo, el abono que se le exige de esa cantidad. Y, dada la naturaleza de la primera de ellas, será necesario su examen con carácter previo.

*Segundo.* El litigio referido se centra en la ejecución en nuestro país de una sentencia dictada por un Tribunal de Justicia extranjero, concretamente de Suecia, y referida a la obligación de abono de alimentos en favor de unos hijos menores, y ello hace que sea de aplicación al

presente caso no el Convenio de Nueva York de 1956, que se refiere a alimentos en general entre cualquier persona, sino el Convenio de La Haya de 15 de abril de 1958, ratificado por España con fecha 2 de julio de 1973 e inserto en el *Boletín Oficial del Estado* de 12 de noviembre de 1973, y que se refiere en concreto a reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de obligaciones alimenticias con respecto a menores. Al ser ello así, de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 6 de dicho convenio y de su objetivo, será necesario el examen de si la sentencia dictada reúne todos los requisitos procesales y de fondo que son necesarios para su válida ejecución, y que deberá canalizarse por medio del *exequatur*. Y si bien es cierto que en el convenio se hace alusión a la autoridad encargada de ello, en la ratificación que se publica en el diario oficial no se hace referencia alguna, lo que implica el que entren en juego las normas generales que se contienen en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en función de lo que en ellas se contiene corresponderá al Tribunal *ad hoc*, y es por lo que no será de competencia ni del juzgado *a quo* ni de esta Sala llevar a cabo el aludido análisis y convalidación de esa resolución, por lo que en este punto, que impide en su estimación entrar a conocer el fondo de la litis, procede la estimación del recurso de apelación interpuesto por la representación del demandado.

\* \* \*

Esta sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife que resuelve un recurso de apelación planteado ante la misma, es interesante por varios aspectos:

1. Se plantea en la misma el supuesto de una persona condenada por un Tribunal de Justicia extranjero, en concreto, un Tribunal sueco, obligándole al abono de alimentos en favor de sus hijos menores.

2. Se resuelve en la misma una cuestión de derecho material, en la medida en que se pone de manifiesto la necesidad de aplicar el Convenio de La Haya de 15 de abril de 1958, ratificado por España con fecha de 2 de julio de 1973 (BOE, 12 de noviembre de 1973 al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de obligaciones alimenticias con respecto a menores y no debe aplicarse el Convenio de Nueva York de 1956, porque se refiere éste a alimentos en general entre cualquier persona, siendo, por tanto, de aplicación al presente caso, dado que se refiere a alimentos de menores, el Convenio de La Haya antes citado.

3. Esta sentencia se refiere además a la vía procesal adecuada para la solicitud de la ejecución de dicha sentencia extranjera en nuestro país, que no es, sino a través del procedimiento de *exequatur*, que consistirá en el examen de si la sentencia dictada reúne todos los requisitos procesales y de fondo que son necesarios para su válida ejecución. Las normas que se aplicarán para su desarrollo se contienen en la LEC y a ella habrá que remitirse en relación a la competencia también, y, en este sentido, habrá que acudir al Tribunal Supremo a solicitar que se ejecute dicha sentencia en España, no pudiendo ser la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife la competente para conocer de este *exequatur*, por lo que no puede entrar a conocer del fondo del asunto.

## COMISIONES ROGATORIAS

### LA IDENTIFICACIÓN DE PERSONAS POR PARTE DE TESTIGOS Y VÍCTIMAS: MEDIDAS DE IMPARCIALIDAD

MARGARITA DIGES JUNCO  
Profesora Titular de Psicología Básica  
Universidad Autónoma de Madrid

JOSÉ J. MIRA SOLVES  
Profesor Asociado de Psicología  
Universidad de Alicante

#### SUMARIO:

I. Introducción. — II. La investigación en psicología del testimonio. — III. La identificación de personas. — IV. Imparcialidad en las ruedas de identificación. — V. Principios de imparcialidad en la composición de las ruedas. — VI. Indices de imparcialidad: A) Indices de tamaño de la rueda; B) Indices de sesgo del acusado. — VII. Conclusiones.

#### I. INTRODUCCIÓN

Probablemente el primer contacto entre la psicología y el derecho, en la era contemporánea, ha tenido lugar al confluir ambos en el área del testimonio.<sup>1</sup> Según Braunshausen,<sup>2</sup> fue Stern, un psicólogo alemán muy influyente a comienzos de siglo y estudioso de las diferencias in-

1. S. LLOYD-BOSTOCK & B. CLIFFORD (eds.), *Evaluating witness evidence*, Wiley & Sons, Nueva York, 1983, p. 1.

2. N. BRAUNSHAUSEN, *Introducción a la psicología experimental*, Labor, Barcelona, 1930, p. 108.

dividuales en personalidad e inteligencia, quien sugirió llevar a cabo un experimento en el Seminario de Criminología de la Universidad de Berlín, ante un público compuesto por juristas. Aunque Braunshausen no indica la fecha exacta del experimento, puede aventurarse que éste se llevó a cabo entre 1892, año en que Stern leyó su tesis doctoral en Berlín, y 1897, el año en que abandonó esa Universidad para trasladarse a Breslau.<sup>3</sup> Lo que sigue es un resumen de la exposición de este experimento por parte de Braunshausen.

Tras un debate sobre un libro de G. Tarde, se simuló un altercado entre dos personas del público, una de las cuales, en medio de la discusión, disparó con un revólver sobre la otra. En esta situación, casi excepcional en cuanto a las buenas condiciones de luminosidad y visibilidad, y preparación técnica y cultural de los testigos (para los cuales el suceso había sido real), los resultados sobre el testimonio fueron impresionantes. Para observar el efecto que pudiera tener el tiempo transcurrido entre el suceso y el momento en que se prestaba declaración, se dividió a los testigos presenciales en cuatro grupos: el primero declaró el mismo día, el segundo grupo lo hizo seis días después, el tercero una semana más tarde, y el cuarto grupo, cinco semanas después. El porcentaje de errores que cometió cada grupo en su relato de los hechos puede observarse en la Tabla 1.

TABLA 1. Porcentaje de errores cometidos en función del tiempo transcurrido<sup>4</sup>

	<i>mismo día</i>	<i>6 días</i>	<i>1 semana</i>	<i>5 semanas</i>
% de errores	9,7	8,2	11	7

Además, se observó que en la parte del relato que causaba más impacto y excitación al testigo aumentaba el número de errores; en concreto, hasta un 9,3 % en el segundo grupo, y hasta un 20,3 % se incrementó en el grupo que prestó declaración una semana más tarde.

Podría criticarse a este estudio de comienzos de siglo ciertas deficiencias en el tratamiento estadístico de los datos (tratamiento inexistente en la época, por otra parte), que impiden generalizar adecuada-

mente sus resultados a otras situaciones. Sin embargo, como estudio descriptivo pone de manifiesto la gran distancia que separa a la realidad del recuerdo de esa misma realidad, en el testimonio prestado por testigos presenciales. Y ello aún contando con testigos excepcionales por su cultura, preparación jurídica y, probablemente, menor riesgo de parcialidad de lo que puede ser habitual en una situación cotidiana de testimonio. Las implicaciones que tienen estos datos para las situaciones reales, en que los testigos de un hecho delictivo han de prestar declaración sobre lo sucedido e identificar a su autor, son bastante claras y aconsejan ser muy cuidadosos en la evaluación de la validez de los relatos e identificaciones.

La potencial colaboración entre la psicología y el derecho en este tema quedó truncada en la década de los 20,<sup>5</sup> básicamente por la pérdida de interés de la psicología del momento, obsesionada por construir una ciencia positiva en la que sólo cabían estímulos y respuestas claramente observables y cuantificables. El estudio de la memoria, donde se incluye el testimonio, quedó restringido a la formación de asociaciones entre sílabas sin sentido, dígitos y demás material sin significado, debido a ese interés desmesurado por evitar la influencia de lo que las personas ya conocen sobre el aprendizaje y retención de material nuevo. En otro lugar<sup>6</sup> se ha hecho una revisión más amplia de los aspectos históricos de la psicología del testimonio, por lo que aquí sólo insistiremos en que hasta los años 70<sup>7</sup> no ha vuelto a renacer desde la psicología la investigación sistemática en el área, así como la revitalización de las relaciones con las ciencias jurídicas.

El cambio en la psicología, desde 1956, hacia el procesamiento humano de información ha hecho de la memoria su tema central de investigación y teorización; sólo que ahora se entiende la memoria como un conjunto de *procesos activos* de reconstrucción, donde la persona no registra mecánicamente hechos y datos para su posterior repetición, sino que los elabora e interpreta de un modo activo, integrándolos en y desde sus conocimientos previos. Este cambio profundo en el estudio de la memoria humana ha permitido que, en sólo los últimos 15 años, la investigación sobre el testimonio (un área «aplicada») haya crecido de un modo espectacular como consecuencia del cre-

3. W. SAHAKIAN, *Historia y sistemas de la psicología*, Tecnos, Madrid, 1982, página 200.

4. Adaptada de N. BRAUNSHAUSEN, 1930, cit., p. 108.

5. M. DIGES y J. MIRA, *Psicólogos, psicología y testimonio*, Análisis y Modificación de Conducta, 1983, 21, pp. 245-247.

6. M. DIGES y J. MIRA, 1983, cit., pp. 243-270.

7. M. DIGES y J. MIRA, 1983, cit., pp. 245-247.

cimiento previo en la investigación básica.<sup>8</sup> Pero, sin duda, también ha contribuido a esa expansión la mayor colaboración con las instituciones sociales más directamente implicadas en las manifestaciones de los testigos, esto es, policía y profesionales del derecho. Un ejemplo de tal colaboración, que ha hecho de Gran Bretaña uno de los líderes de la investigación en testimonio, es el Informe Devlin,<sup>9</sup> remitido por el Juez Devlin al Home Office británico en 1976, en el que se analiza, desde un punto de vista legal y psicológico, la evidencia prestada por los testigos en causas delictivas. La colaboración de psicólogos y policía en casos de terrorismo en Israel,<sup>10</sup> y otros desde las Universidades de Aberdeen y Houston<sup>11</sup> han potenciado asimismo la investigación psicológica en contextos reales, no simulados, lo que favorece una evaluación más realista de los métodos utilizados habitualmente por la policía. Por último, la presencia de psicólogos como expertos o peritos en testimonio en los tribunales de justicia, especialmente en EE.UU.,<sup>12</sup> aunque cuestionada a veces por abogados y jueces, y aun por psicólogos especializados en testimonio,<sup>13</sup> comienza a ser relativamente usual.

Aunque la psicología del testimonio se ocupa por igual de la memoria de los testigos presenciales respecto a personas y a sucesos, en este caso las páginas que siguen se limitan a exponer únicamente cuestiones y resultados relativos a la identificación de personas.

8. S. LLOYD-BOSTOCK & B. CLIFFORD, 1983, cit., pp. 1-9.

9. Lord P. DEVLIN, *Report to the Secretary of State for the Home Department of the Departmental Committee on Evidence of Identification in Criminal Cases*, Her Majesty's Stationery Office, Londres, 1976.

10. D. SCHAFFER & R. RUBIO, *Hypnosis to aid the recall of witnesses*, International J. of Clinical and Experimental Hypnosis, 1978, 26, pp. 81-91.

11. J. MIRA y M. DIGES, *Aplicación de la psicología al estudio de los procedimientos policiales de recuerdo de personas*, Estudios de Psicología, 1987, 30, pp. 211-219.

12. Por ejemplo, en E. LOFTUS, *Eyewitness Testimony*, Harvard U. Press, Cambridge, Mass., 1979, pp. 217-235, se transcribe la intervención de un psicólogo, como experto en testimonio, en un juicio real en EE.UU.; la opinión de un abogado a favor de este tipo de intervenciones puede verse en J. D. GRANO, *A legal response to the inherent dangers of eyewitness identification testimony*, en el libro editado por G. L. Wells y E. Loftus, *Eyewitness Testimony*, Cambridge University Press, Cambridge, Mass., 1984, pp. 315-335.

13. H. E. EGET & McCLOSKEY, *Expert testimony about eyewitness behavior: Is it safe and effective?*, en G. L. WELLS & E. LOFTUS, 1984, cit., pp. 283-303.

## II. LA INVESTIGACIÓN EN PSICOLOGÍA DEL TESTIMONIO

A nuestro parecer, un examen de las publicaciones de los últimos años sobre el testimonio, desde un punto de vista psicológico, permite extraer un conjunto de aspectos que pueden caracterizar el estado actual del área. En primer lugar, cabe hablar de dos intereses fundamentales en los estudios: en un caso, la preocupación esencial está en cómo se *identifica a las personas*, esto es, los métodos, sistemas y variables que afectan en alguna medida al reconocimiento o al recuerdo de personas vistas anteriormente; en el otro caso, el interés se centra en los *aspectos sociales* que juegan algún papel cuando se pide testimonio a una persona, y que repercuten no sólo en la exactitud de su memoria, sino también en la credibilidad que tiene su testimonio ante los demás.

En segundo lugar, la mayor parte de las investigaciones sobre el testimonio se ocupan de parcelas muy concretas de entre la generalidad de temas que pudieran ser objeto de estudio, formándose una especie de superespecialización que, probablemente, tenga algo que ver con la inexistencia de una integración coherente de los resultados empíricos en una teoría global sobre cómo un testigo retiene la información de los sucesos y las personas, y lo que cabría esperar de él cuando se le pide esa información.

En tercer lugar, aunque no el último en importancia, queda aún por resolver un problema de orden metodológico: en casi todas las investigaciones existe un conflicto, latente, entre validez ecológica y rigor experimental; es evidente que la utilización de un criterio metodológico rígido, como es habitual en la experimentación de laboratorio, tiene ventajas indudables de control y validez de los resultados, pero también es cierto que la situación de laboratorio es tan distinta a la situación real a la que alude (como es el caso de presenciar un robo o un accidente de tráfico) que existen verdaderas dificultades en pasar de una a la otra. Al mismo tiempo, y relacionado con estos problemas metodológicos, se constata un cambio en el objeto de estudio. Paulatinamente se ha ido evolucionando desde la demostración empírica, y casi meramente descriptiva, de los errores de identificación que un testigo comete aun actuando de buena fe (pasando por la relación de causas y condiciones en que se pueden producir estos errores), hasta llegar a desembocar en la actualidad en la sistematización de las técnicas que puedan favorecer una mayor calidad del testimonio prestado

por un testigo. Debe tenerse en cuenta que esa mayor calidad de la memoria que se persigue puede ser de gran importancia tanto cuando se pretende averiguar cómo ocurrió un suceso delictivo o un accidente de tráfico,<sup>14</sup> lo que denominamos *memoria de sucesos*, como cuando se está interesado en conocer la identidad del autor de un delito, esto es, *memoria de personas*.

### III. LA IDENTIFICACIÓN DE PERSONAS

La caracterización anterior permite situar la presente exposición, que se centra en la identificación de personas y que tendrá en cuenta distintos aspectos metodológicos y teóricos en la evaluación del estado de los conocimientos psicológicos sobre el particular. Hay que advertir, sin embargo, que puede darse una confusión terminológica al utilizar el concepto de «testigo» en dos contextos tan diferentes como el psicológico y el jurídico. Para el psicólogo, un testigo presencial de cualquier suceso es aquella persona que ha podido observar el suceso y, por tanto, podría recordarlo más tarde. En el caso de sucesos delictivos, el psicólogo considera testigo presencial tanto a la víctima del delito como a cualquier otra persona que está presente en el lugar o sus cercanías, pero que no es la víctima. Jurídicamente, sin embargo, la víctima no es nunca un testigo puesto que es parte material en el proceso, según el derecho español. Dadas las dificultades para encontrar un sinónimo del vocablo *testigo* desde el punto de vista psicológico, parece conveniente diferenciar de algún otro modo los conceptos cuando nos movemos en los contextos jurídico y psicológico. Una alternativa puede consistir en señalar adecuadamente aquellos casos que pueden dar lugar a confusión. Así, a partir de aquí, cuando el testigo presencial de un suceso sea, al tiempo, su víctima, será denominado «testigo-víctima», entendiéndose en ese caso que jurídicamente no puede ser testigo, pero que desde un punto de vista psicológico ha presenciado lo ocurrido y, por tanto, puede pedírsele su recuerdo.

Comencemos por plantear la situación real en que un testigo tiene que actuar ante la policía o el juez para identificar a una persona. Podemos suponer que el testigo-víctima es un joyero que ha sido asaltado en su local comercial por un hombre que, amenazándole con un arma,

14. M. DIGES (dir.), *La fiabilidad del recuerdo de accidentes de tráfico: Evaluación de los factores de influencia*, Dirección General de Tráfico, Madrid, 1986.

le ha obligado a entregarle las joyas y el dinero guardados en la caja fuerte, huyendo a continuación. El joyero ha acudido rápidamente a la comisaría de policía más cercana para denunciar el hecho, y ése es el punto en que comienza la investigación policial para identificar al ladrón y recuperar el botín.

La hipotética secuencia de pasos podría ser como sigue. El testigo-víctima describe lo que le ha ocurrido y cómo era el asaltante. A continuación, auxiliado por un especialista de la policía, podría componer un retrato-robot o una caricatura de la cara del ladrón, basándose en cómo la recuerda en ese momento, y seguidamente la policía le puede mostrar, de acuerdo con un criterio preestablecido o por sospechas iniciales, una serie de fotografías de delincuentes fichados para ver si el testigo-víctima logra reconocer al asaltante entre ellas. Conforme la semejanza de la caricatura o el retrato-robot sea alta, y/o el reconocimiento del sospechoso entre las fotografías sea positivo, la policía estará capacitada para buscar al agresor. Por último, si tiene éxito en localizar y retener al sospechoso, podría solicitar que éste participara en una «rueda de identificación», entre otros hombres, para cerciorarse de que el testigo-víctima sigue reconociéndole como su asaltante. Esta secuencia, obviamente, puede ser interrumpida u omitida alguna de sus fases, y no tiene por qué suceder en este orden estricto. En cualquier caso, cada uno de estos pasos ha sido investigado sistemáticamente por los psicólogos del testimonio, y las actuaciones que implican están fundamentadas legalmente en nuestro país.<sup>15</sup>

Así, Kuehn resaltó,<sup>16</sup> en un estudio de campo sobre agresiones, cómo el recuerdo que la víctima tiene de su agresor, de su fisonomía, se basa normalmente en una impresión general y no en un recuerdo discreto de los rasgos de la persona; y, por otra parte, que la percepción de los rasgos físicos del agresor dependería de diferentes variables, como el tipo de delito cometido, la hora del día en que ocurra, el daño producido a la víctima, la raza y sexo de agresor y víctima, y otras características sociales de la propia víctima, que sugieren además la existencia de dos tipos diferenciados de testigo-víctima: aquéllos que podrían reconocer o recordar la mayoría de los rasgos sobresalientes del asaltante, y aquellos otros cuyo recuerdo estaría lleno de lagunas y sus respuestas vacías o incompletas.

15. Arts. 368 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

16. L. KUEHN, *Looking down a gun barrel: Person perception and violent crime, Perceptual and Motor Skills*, 1974, 39, pp. 1159-1164.

De forma similar, se han estudiado los estereotipos como una variable moduladora a la hora de percibir a los otros. Así, por ejemplo, se ha mostrado que la gente tiene una concepción estereotipada de cómo son y cómo actúan los delincuentes,<sup>17</sup> y además se ha mostrado que esos estereotipos se usan cotidianamente.<sup>18</sup> El atractivo físico parece uno de los factores que más claramente influyen en las impresiones que formamos sobre los otros, de manera que tendemos a creer que «lo que es hermoso es bueno»;<sup>19</sup> y, por el contrario, que una fisonomía anormal (cicatrices, manchas o cualquier deformación) es prueba de una conducta también anormal.<sup>20</sup> Parece, además, que una cara atractiva se retendrá mejor en la memoria y se identificará posteriormente con más facilidad,<sup>21</sup> de la misma manera que reconocer una cara, previamente vista, entre otras que se le parecen mucho resulta bastante más complicado y produce un número elevado de falsas alarmas.<sup>22</sup>

Pero vamos a fijarnos más de cerca en el momento en que hay que identificar a una persona. Para los psicólogos del testimonio ha resultado de gran interés estudiar las diversas técnicas que la policía usa para obtener de los testigos y testigos-víctimas una pista que les indique cómo era el agresor, a fin de saber a quién o dónde buscar. Este tipo de técnicas policiales se puede clasificar en virtud de la tarea en la que se compromete al testigo:

a) que se le pida *recordar* cómo era el asaltante, y deba intentar componer una caricatura o un retrato-robot, con los sofisticados pro-

17. D. SHOEMAKER, D. SOUTH & J. LOVE, *Facial stereotypes of deviants and judgements of guilt or innocence*, Social Forces LI, 1973, pp. 427-433; y también J. HOCHBERG & R. GALPER, *Attribution of intention as a function of physiognomy*, Memory and Cognition, 1974, 2, pp. 39-42.

18. R. BULL & J. GREEN, *The relationship between physical appearance and criminality*, Medical and Scientific Law, 1980, 20, pp. 79-83.

19. K. DION, E. BERSCHIED & E. WALSTER, *What is beautiful is good*, Journal of Personality and Social Psychology, 1972, 24, pp. 285-290.

20. R. BULL, *The influence of stereotypes on person identification*, en el libro editado por D. P. Farrington, K. Hawkins & S. Lloyd-Bostock, *Psychology, Law and Legal Processes*, MacMillan, Londres, 1979, pp. 191-192; también J. SHEPHERD, H. ELLIS, M. McMURRAN & G. DAVIES, *Effect of character attribution on photofit construction of a face*, European Journal of Social Psychology, 1978, 8, pp. 263-268.

21. J. SHEPHERD & H. D. ELLIS, *The effect of attractiveness on recognition memory for faces*, American Journal of Psychology, 1973, 86, pp. 627-633.

22. G. M. DAVIES, J. SHEPHERD & H. D. ELLIS, *Similarity effects in face recognition*, American J. of Psychology, 1979, 92, pp. 507-523.

cedimientos que existen en la actualidad,<sup>23</sup> o simplemente describirlo verbalmente;<sup>24</sup>

b) que se le pida *reconocer* al sospechoso, de entre otras personas —ya sea en fotografías o en vivo (en ruedas)—, si bien hemos de tener presente que la ejecución en tareas de reconocimiento suele ser superior a la del recuerdo, y que al mismo tiempo, el empleo de las ruedas constituye una fuerte prueba policial, en el sentido de que determina la detención del sospechoso con bastante probabilidad, y puede hacer que finalicen las pesquisas en otras direcciones.<sup>25</sup>

Precisamente por esto se considera de especial importancia que en este tipo de pruebas, de reconocimiento, queden salvaguardados los derechos de los ciudadanos, para que ninguna persona inocente pueda ser encarcelada, aunque sea de modo provisional (a la espera de juicio) por algo que no ha cometido. En esta línea de trabajo se ha estudiado la influencia de algunas variables propias de la situación de toma de declaración en la validez del testimonio. Así, las pistas verbales y no verbales, las preguntas sesgadas en alguna dirección (aunque no sea de modo deliberado o consciente), y las expectativas que los interrogadores tengan (tanto en las comisarías como en los tribunales) sobre quién es el autor del delito, pueden afectar y hacen *de facto* al testimonio, al predisponer la forma en que el testigo accede a la información almacenada en su memoria.<sup>26</sup>

El derecho español prescribe, tanto en la instrucción del sumario<sup>27</sup> como en el desarrollo del juicio oral,<sup>28</sup> que las preguntas han de ser pertinentes y aclaratorias y que están prohibidas las preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes. Sin embargo, a pesar de estas salvaguardas legales, persisten dos peligros: primero, la dificultad para delimitar lo que es una pregunta «sugestiva», como veremos más adelante; y segundo, no se tiene en cuenta que antes de la instrucción del sumario tiene lugar la actuación policial encaminada a clarificar los hechos. En este caso, las declaraciones y pruebas de reconocimiento sobre fotos que haga el testigo o el testigo-víctima pueden estar in-

23. J. MIRA y M. DIGES, 1987, cit., pp. 211-219.

24. G. M. DAVIES, *Face recall systems*, en el libro editado por G. M. Davies, H. D. Ellis & J. W. Shepherd, *Perceiving and remembering faces*, Academic Press, Londres, 1981, pp. 227-250.

25. Art. 492, 4.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

26. M. DIGES y J. MIRA, 1983, cit., pp. 260-261.

27. Art. 439 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

28. Arts. 708 y 709, I, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

fluidas por preguntas capciosas o sugestivas, y el efecto de éstas puede añadirse a la memoria original, e incluso llegar a sustituirla.<sup>29</sup> En último término, el testigo será incapaz de diferenciar posteriormente (en una segunda declaración, por ejemplo) entre su memoria original y estos añadidos o sugerencias, pese a todas las salvaguardas legales antes mencionadas.

Así, por ejemplo, cuando la policía interroga a un testigo o a un testigo-víctima y le pide que identifique a los sospechosos de un delito, el interrogador puede tener determinadas razones para creer que se trata de alguna persona en concreto (algún delincuente fichado, identificado con un estilo) o estar muy motivado para obtener alguna respuesta positiva del testigo, y de esta forma estar comunicándose, aunque no sea de una manera directa, sino dejando pasar por alto alguna foto, preguntando «¿está usted seguro?» en otra, con insinuaciones, o mostrando mucho interés por alguna respuesta, como se ha mostrado en diversas investigaciones.<sup>30</sup> Además, la forma gramatical utilizada en las preguntas tiene efectos deletéreos sobre la exactitud del testimonio. Las investigaciones de E. Loftus<sup>31</sup> muestran cómo la sustitución del artículo determinado («el») por el indeterminado («un»), o el cambio de un verbo por otro que implique mayor gravedad de la acción (por ejemplo, «se estrelló» por «colisionó»), pueden influir en la declaración de un testigo y hacer que afirme haber visto cosas que no sucedieron. Pero, más grave, parece que un testigo que ha sido interrogado con estas preguntas sesgadas añade la información no original (la sugerida por la pregunta) al recuerdo que tenía de lo que sucedió, especialmente cuando las cuestiones se formulan inmediatamente después del suceso.<sup>32</sup> Cuando se vuelve a pedir declaración al testigo más tarde es

29. E. LOFTUS, 1979, cit., pp. 54-87.

30. R. BUCKHOUT, *Eyewitness testimony*, Scientific American, 1974, 231, pp. 23-31; y también J. SMITH, R. PLEBAN & D. SHAFFER, *Effects of interrogator bias and a police trait questionnaire on the accuracy of eyewitness identification*, Journal of Social Psychology, 1982, 116, pp. 19-27.

31. E. LOFTUS, *Reconstructing memory: The incredible eyewitness*, Psychology Today, 1974, 8, pp. 116-119; también E. LOFTUS, *Leading questions and the eyewitness report*, Cognitive Psychology, 1975, 7, pp. 560-572; el trabajo de E. LOFTUS y G. ZANNI, *Eyewitness testimony: The influence of the wording of a question*, Bulletin of the Psychonomic Society, 1975, 5, pp. 86-88; y E. LOFTUS & J. PALMER, *Reconstruction of automobile destruction: An example of the interaction between language and memory*, J. of Verbal Learning and Verbal Behavior, 1974, 13, pp. 585-589.

32. E. LOFTUS, 1979, cit., pp. 52-87; y también G. THORSON & L. HOCHHAUS, *The trained observer: Effects of prior information on eyewitness reports*, Bulletin of the Psychonomic Society, 1977, 10, pp. 454-456.

posible que éste confunda la versión almacenada originalmente con la versión sugerida o, al menos, que la segunda sea más accesible por ser más reciente.

También se ha estudiado experimentalmente la posibilidad de que el testigo, o el testigo-víctima, de una agresión por ejemplo, identifique erróneamente como agresor a una persona, basándose en el supuesto equivocado de que la familiaridad que le produce su cara se relaciona con la agresión, cuando esa familiaridad puede ser resultado de algún encuentro previo en el mismo o diferente lugar de la agresión. Este fenómeno, denominado «transferencia inconsciente», es, como se comprenderá, de especial importancia a la hora de reconocer a un sospechoso en una rueda, y ha sido investigado por diversos autores,<sup>33</sup> que consideran que la explicación del fenómeno obedece a la naturaleza integradora y maleable de la memoria humana.

Este tipo de cuestiones ha provocado que se estudien, para el caso de las ruedas de identificación, procedimientos que logren limitar esos errores (de omisión y comisión) que los testigos cometen. Es el caso de los trabajos de Malpass y colaboradores<sup>34</sup> acerca de cómo puede mejorarse la habilidad de una persona para reconocer a otras que haya visto antes. Siguiendo en esta línea de investigación y de acuerdo con los resultados de diversos estudios sobre la memoria, en uno de estos trabajos<sup>35</sup> se hipotetizó que la exactitud en el reconocimiento de una persona, después de un intervalo largo de tiempo (cinco meses), podría mejorarse reinstaurando el ambiente en el que se produjo el suceso (en este caso, la escenificación de un acto de vandalismo), de acuerdo con los modelos de recuperación dependiente de estado.<sup>36</sup> Así,

33. E. LOFTUS, *Unconscious transference in eyewitness identification*, Law and Psychology Review, 1976, 2, pp. 93-98; y sobre la posibilidad de producir ese efecto de transferencia exponiendo al testigo fotografías de distintas personas antes de la identificación en una rueda, el estudio de A. G. GORENSTEIN & P. C. ELLSWORTH, *Effect of choosing an incorrect photograph on a later identification by an eyewitness*, Journal of Applied Psychology, 1980, 65, pp. 616-622.

34. R. S. MALPASS, *Training in face recognition*, en el libro de G. M. DAVIES, H. D. ELLIS & J. W. SHEPHERD, 1981, cit., pp. 271-285; y los trabajos de R. S. MALPASS y P. DEVINE siguientes: *Realism and eyewitness identification research*, Law and Human Behavior, 1981a, 4, pp. 347-358; *Guided memory in eyewitness identification*, Journal of Applied Psychology, 1981b, 66, pp. 343-350, y *Eyewitness identification: Lineup instructions and the absence of the offender*, Journal of Applied Psychology, 1981c, 66, pp. 482-489.

35. R. MALPASS & P. DEVINE, 1981a, cit.

36. G. BOWER, *Mood and memory*, American Psychologist, 1981, 36, pp. 129-148; también desarrollado desde un punto de vista teórico por E. EICH, *The*

guieron la memoria de los testigos para que experimentaran los mismos sentimientos y recordaran tal como fue el suceso y cómo era el lugar en que ocurrió. Los resultados indicaron que con este procedimiento se aumentó la exactitud de los testigos del 40 al 60 % en la identificación del vándalo.

Estos resultados deben ser interpretados además teniendo en cuenta si los testigos han visto previamente al sospechoso en otras circunstancias (por ejemplo, en fotografías),<sup>37</sup> y el hecho de que en la rueda esté o no esté el agresor —aunque, lógicamente, esto se conocerá únicamente a posteriori, e implicará problemas metodológicos en la investigación—. Tanto es así que se ha encontrado que el tipo de error, falsa alarma (señalar a alguien que no es el agresor) o rechazo erróneo (no señalar al sospechoso), que cometían los testigos dependía de que el agresor estuviera presente o no en la rueda,<sup>38</sup> junto con el tipo de instrucciones sobre cómo debían proceder a la identificación (sesgadas o no sesgadas hacia un sospechoso) y el tipo de condena que se le podía aplicar al agresor.<sup>39</sup>

Así, resulta interesante, no sólo para la psicología, sino también para los especialistas de derecho procesal, dedicar atención a un grave problema de la identificación de un sospechoso en una rueda por parte de un testigo o de un testigo-víctima: el problema de la *imparcialidad* en la composición de la rueda; tema que conlleva también dificultades metodológicas, por cuanto que obliga al investigador a diseñar experimentos en los que compitan la posibilidad de generalizar los resultados a otras situaciones ajenas al laboratorio, y el rigor metodológico. Tema, al mismo tiempo, de gran importancia dado el peso psicológico que tiene la identificación realizada por un testigo, y las consecuencias que puede tener para la persona acusada. En este sentido, cabe también distinguir la credibilidad que tienen las dos clases de testigos: el testigo-víctima y el testigo presencial ajeno al suceso. La declaración del testigo-víctima resulta más creíble ante terceros y su identificación tiene mayor valor psicológico. Sin embargo, el intenso estrés a que está sometida la víctima de un delito que implica agresión le hace

*cue-dependent nature of state-dependent retrieval*, *Memory and Cognition*, 1980, 12, pp. 105-111.

37. E. BROWN, K. DEBBENBACHER & W. STURGILL, *Memory for faces and the circumstances of the encounter*, *Journal of Applied Psychology*, 1977, 62 páginas 311-318.

38. R. MALPASS & P. DEVINE, 1981b, cit.

39. R. MALPASS & P. DEVINE, 1981c, cit.

mucho más vulnerable a la hora de atender, percibir y posteriormente recordar los detalles del suceso, así como la cara del agresor, especialmente cuando está amenazada por algún arma. Por tanto, desde el punto de vista de la calidad de su memoria, el testigo-víctima en términos generales podría ser menos exacto que el testigo ajeno.<sup>40</sup>

#### IV. IMPARCIALIDAD EN LAS RUEDAS DE IDENTIFICACIÓN

El objetivo fundamental en las pruebas de reconocimiento, tanto en las comisarias como en los tribunales, y por tanto en los laboratorios psicológicos, es evitar la identificación de un sospechoso inocente y facilitar la identificación del sospechoso culpable. Teniendo presente que en nuestra sociedad resulta más importante salvaguardar la libertad de un inocente que procurar la condena de un culpable, diversos organismos se han preocupado de que se logre una cierta imparcialidad a la hora de proceder a identificar en una rueda a un sospechoso por parte de un testigo presencial o de un testigo-víctima. De esta forma, diferentes instituciones de varios países han tomado cartas en el asunto y, aunque de forma general y precautoria, han elaborado una serie de recomendaciones a tener en cuenta por parte de la policía y los tribunales.<sup>41</sup> La mayoría de estas recomendaciones pueden apoyarse en investigaciones que los psicólogos del testimonio han realizado sobre la memoria de los testigos, o en las propias recomendaciones que diversos investigadores han elaborado a partir de su propia experiencia en los laboratorios.<sup>42</sup>

Entre estas recomendaciones para obtener mayor imparcialidad están las siguientes:

40. E. LOFTUS, 1979, cit., pp. 173-175.

41. Así, el Informe DEVLIN, 1976, cit., en Inglaterra; en Escocia, W. J. BRYDEN, *Identification Procedure under Scottish Criminal Law*, Report to S.H.H.D. Cmd. 7096, Edinburgo, 1978; y en EE. UU., J. A. LASOTA & G. W. BROMLEY, *Model rules for Law Enforcement: Eyewitness identification*, Washington, D.C., 1974.

42. R. BULL & B. CLIFFORD, *Eyewitness memory*, en el libro editado por M. Gruneberg, P. Morris & R. Sykes, *Practical aspects of memory*, Academic Press, Londres, 1978. También B. CLIFFORD y R. BULL, *The psychology of person identification*, Routledge and Kegan Paul, Londres, 1978; G. WELLS, *Applied eyewitness-testimony research: System variables and estimator variables*, *Journal of Personality and Social Psychology*, 1978, 36, pp. 1546-1557; también R. BUCKHOUT, 1974, cit.; K. DEFFENBACHER & J. HORNEY, *Psycho-legal aspects of face identification*, en el libro de G. M. DAVIES, H. D. ELLIS & J. W. SHEPHERD, 1981, cit., pp. 201-226.

1) Admitir en los juicios sólo las declaraciones dadas a la policía espontáneamente en la primera fase de la investigación, y no las que realice el testigo después de ver al acusado en la comisaría, de contemplar fotografías suyas o de oír la declaración de algún otro testigo.<sup>43</sup>

2) Permitir que durante todo el proceso el abogado defensor esté presente para evitar cualquier actitud parcial hacia un sospechoso.<sup>44</sup>

3) Que las personas que componen la rueda (entre 5 y 9) tengan el mayor parecido posible con el sospechoso, tanto respecto a su edad como a la vestimenta y otras características sociales, como posición social, por ejemplo.<sup>45</sup>

4) De igual forma, cualquier anomalía fisonómica del sospechoso (gafas, parche en un ojo, barba, cicatrices) debe estar presente también en los otros componentes de la rueda.<sup>46</sup> En este sentido, las precauciones de algunos tribunales para que la ropa del acusado se guarde en previsión de futuras identificaciones no es asumida por la totalidad de los investigadores<sup>47</sup> que, por el contrario, opinan que tal medida puede predisponer la actuación de los testigos.

5) Que sea un único testigo cada vez el que proceda a identificar al sospechoso, y que sus conclusiones se reserven para no ser oídas por ningún otro testigo, así como que el testigo declare no conocer de antemano a ninguno de los demás componentes de la rueda.<sup>48</sup>

6) Que las instrucciones más eficaces a los testigos en este caso es decirles que es posible que la persona sospechosa no esté en la

43. El derecho español prescribe que un testigo debe presentar declaración, siempre que sea citado, tanto en la instrucción del sumario (art. 410 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) como en el juicio oral (art. 702 de la LECrim.). Asimismo, se considera que la declaración del testigo deberá ser secreta y separada de la de otros testigos en la instrucción del sumario (art. 435 de la LECrim.) y no comunicarla a otros durante la celebración del juicio (art. 704 de la LECrim.). Sin embargo, estas precauciones no se toman cuando se lleva a cabo la investigación policial previa que da lugar a la instrucción del sumario y del juicio oral subsiguiente, de forma que las declaraciones así obtenidas pueden influir en las declaraciones posteriores y anular el efecto de esas precauciones legales.

44. Esta medida tiene su apoyo legal en el derecho español (arts. 118 y 520 de la LECrim., y art. 24.2 de la Constitución).

45. Aunque el derecho español no concreta el número de componentes de la rueda (art. 369 de la LECrim.).

46. También en el derecho español (art. 371 de la LECrim.).

47. J. W. SHEPHERD, H. D. ELLIS & G. M. DAVIES, *Identification Evidence*, Aberdeen University Press, Aberdeen, 1982, pp. 31 y 49-50.

48. También en el derecho español (art. 370 de la LECrim.).

rueda, que sean cautos y sólo señalen a alguien cuando estén muy seguros. Sin embargo, en determinados países, para que la investigación policial prosiga se permite que el testigo señale a alguien que se asemeje mucho al agresor.

7) Que la acusación no pueda ser firme basándose únicamente en que un testigo o un testigo-víctima haya reconocido en una rueda al agresor; que se precisen, cuando menos, dos testigos.<sup>49</sup>

8) Que la rueda se lleve a cabo, como ocurre en Suecia,<sup>50</sup> en una habitación por la que deambulan los componentes, hablando entre ellos y moviéndose con entera libertad, lo que permite al testigo fijarse en las maneras y formas espontáneas de actuar de esos componentes y le facilita su tarea. Con todo, no hay acuerdo en cuanto a permitir que el testigo oiga hablar a los componentes de la rueda; mientras para unos la precaución a tomar consiste en que todos hablen, para otros la rueda es un procedimiento de identificación sólo a partir de la semejanza física percibida visualmente.

9) Como medida adicional, en Suecia se simulan en la rueda las mismas condiciones de iluminación, distancia, etc., procurando crear un ambiente similar al del suceso.<sup>51</sup> En esta última línea son de interés las opiniones de quienes ven en el vídeo un procedimiento para sustituir el tradicional paseo de las ruedas.

Por otro lado, la Corte Suprema de Estados Unidos<sup>52</sup> señaló cinco factores a tener en cuenta a la hora de determinar si la identificación de un sospechoso por parte de un testigo o un testigo-víctima es fiable: 1) la probabilidad de que el testigo haya visto al agresor; 2) el grado de atención que pondría el testigo; 3) su exactitud al hacer la primera descripción del agresor; 4) el nivel de certeza demostrado por el testigo en los interrogatorios; y 5) el intervalo de tiempo transcurrido entre el suceso y el interrogatorio presente.

49. Ésta es la versión media de la regla de corroboración. En su versión más fuerte, la regla afirma que nunca se puede condenar sobre la base única de la identificación, independientemente de cuántos testigos hayan identificado a un sospechoso. En su versión más débil, la regla desapruueba la posibilidad de condena basándose sólo en la evidencia de identificación cuando existan pruebas de que el procedimiento original de identificación fue sugestivo (P. M. WALL, *Eyewitness identification in criminal cases*, C. C. Thomas, Springfield, 1965, citado en K. DEFFENBACHER y J. HORNEY, 1981, cit., p. 222).

50. Como señalan K. DEFFENBACHER y J. HORNEY, 1981, cit., p. 219; y también J. W. SHEPHERD, H. D. ELLIS & G. M. DAVIES, 1982, cit., p. 30.

51. Citado en K. DEFFENBACHER y J. HORNEY, 1981, cit., p. 215.

52. En el caso *Neil v. Biggers*, 1972, 409 U.S., 188.

Como se ve, la idea que se tiene sobre cómo lograr la imparcialidad en la composición de una rueda se asemeja a un recetario de precauciones al que cada país aporta sus propias normas, de igual forma que cada investigador en los laboratorios psicológicos ha adoptado su propio criterio de imparcialidad para llevar a cabo un experimento.<sup>53</sup> Por otra parte, existen cuestiones de índole metodológica que también interfieren en los estudios realizados. Se trata de la potencia de las investigaciones para generalizar sus resultados a la vida real, o, si se prefiere, el problema de la validez ecológica.

Los experimentos sobre psicología del testimonio en general, y los de reconocimiento de personas en ruedas en particular, presentan enormes dificultades para lograr suficiente realismo, sin contravenir las normas éticas, que dé entidad a la investigación, por cuanto que en ella se represente realmente el suceso y el ambiente de una rueda.<sup>54</sup> Para ello, haría falta una mayor conexión entre la policía y los laboratorios psicológicos, y un notable aumento de los canales de información entre ambos, de tal forma que permitieran que los resultados de los estudios llegaran a la policía y, por otro lado, que los estudiosos del tema obtuvieran información de primera mano sobre puntos como: las prácticas habituales de la policía respecto al uso de ruedas, las instrucciones que suelen dar a los testigos, la forma de interrogarles, las precauciones que toman para evitar las identificaciones erróneas, qué piensan los testigos de su tarea, cuántos componentes forman la rueda, etc., que permitieran, en suma, abrir una vertiente de aplicación social a la investigación psicológica en esta área.

G. Wells<sup>55</sup> ha sistematizado el examen de las variables que pueden afectar a la identificación, y que nos servirán para tratar el tema de la imparcialidad. Para Wells existen dos clases de variables (resumidas en la Tabla 2): variables *propias del sistema*, que son las que la policía o los tribunales pueden manipular para optimizar la identificación (instrucciones, intervalo de tiempo, modo de presentación, composición, etcétera); y variables *a estimar*, que son aquéllas que probablemente afecten a la actuación del testigo en la identificación, pero de las que únicamente se pueden estimar sus efectos, no actuar sobre ellas (dife-

53. A este respecto, *vid.* el excelente resumen de R. MALPASS y P. DEVINE, *Measuring the fairness of eyewitness identification lineups*, en el libro editado por S. Lloyd-Bostock & B. Clifford, 1983, cit., pp. 81-102.

54. J. MIRA y M. DIGES, *Psicología del testimonio: Un problema metodológico*, Revista de Psicología General y Aplicada, 1984, 37, pp. 877-904.

55. G. WELLS, 1978, cit., pp. 1546-1557.

rencias individuales entre testigos, tipo de delito, actividad a la que se han estado dedicando desde su ocurrencia, etc.).

Así pues, las variables del sistema pueden interferir en el éxito del testigo en la tarea de identificación y se pueden controlar (cosa que no ocurre con las variables a estimar) para lograr que la composición de la rueda sea imparcial y que, de esta forma, ningún miembro de ellas parezca más sospechoso que otro. Si consideramos las alternativas de

TABLA 2. Variables que pueden afectar a la exactitud en la identificación por parte de los testigos<sup>56</sup>

Variables a estimar		Variables del sistema
Factores situacionales	Factores de los testigos	Factores de la rueda
● condiciones físicas	● raza	● composición
● tipo de delito	● sexo	● n.º de componentes
● duración del incidente	● edad	● instrucciones
● actividad del testigo desde el suceso	● inteligencia	● dinámica social
● información extraña	● personalidad	● modo de presentación
	● confianza	● ruedas paralelas
	● estrés	● efectos de demora

respuesta que tiene un testigo en una tarea de identificación y los resultados de su elección, tal como se expresa en la Tabla 3, resulta claro que nuestro mayor interés estriba en incrementar el número de aciertos y rechazos correctos, y en disminuir el número de fallos y falsas alarmas que se producen en una identificación.

TABLA 3. Alternativas posibles de elección y resultados en una rueda<sup>57</sup>

Respuestas del testigo	Alternativas posibles	
	Agresor presente	Agresor no presente
señala al que cree que es el agresor	ACIERTO agresor identificado no implica a personas inocentes	FALSA ALARMA identificación errónea de un inocente agresor en libertad
no señala a nadie en la rueda	FALLO agresor en libertad investigación prosigue erróneamente	RECHAZO INCORRECTO no implica a personas inocentes investigación prosigue adecuadamente

56. Adaptada de G. WELLS, 1978, cit., pp. 1546-1557.

57. Adaptada de R. MALPASS & P. DEVINE, 1981c, cit., pp. 482-489.

## V. PRINCIPIOS DE IMPARCIALIDAD EN LA COMPOSICIÓN DE LAS RUEDAS

Para mejorar la calidad de la identificación en el sentido indicado más arriba, se han sugerido desde la psicología del testimonio dos principios<sup>58</sup> a tener en cuenta:

1) Determinar el *tamaño de la rueda* (número de componentes) imprescindible para garantizar que la probabilidad de señalar a un inocente por azar sea suficientemente pequeña. Así, cuando el número de componentes es de dos personas, el sospechoso y un cebo, la probabilidad de señalar por azar a cualquiera de ellos y, por tanto, al cebo, es de 0,50. Cuando la rueda es mayor, por ejemplo el sospechoso y seis cebos, la probabilidad de señalar por azar a un inocente es de 0,142.

2) la persona sospechosa no debe ser diferente en comparación con el resto de los componentes de la rueda, esto es, los cebos. En caso contrario, la rueda tendría un «sesgo del acusado», a favor o contra el sospechoso.

Estos dos principios (tamaño adecuado de la rueda y control del sesgo del acusado) garantizarían las mejores condiciones para llevar a cabo la identificación de forma imparcial. El problema, por tanto, estará en determinar cuándo se cumplen ambos principios y, por razones obvias, hay que procurar que el procedimiento sea lo más objetivo posible. Además, debe tenerse en cuenta que ambos principios están relacionados; en el caso más extremo, en el que ninguno de los cebos se parece al sospechoso, el tamaño «real» de la rueda sería de un único componente.

El procedimiento científico para conocer si una rueda de identificación es imparcial requiere la colaboración de testigos simulados, personas que no han presenciado el delito y, por tanto, no han visto a su autor, a las que se proporciona una descripción del sospechoso facilitada por uno o varios testigos reales. A estos testigos simulados se les pide que señalen en la rueda quién creen que es el autor del delito, basándose únicamente en la descripción previa. Es a partir de las elecciones que hacen como podemos evaluar hasta qué punto la rueda de identificación cumple con los dos principios señalados. Veamos algunos ejemplos posibles de los resultados de esas elecciones en tres

ruedas de diferente composición (Tabla 4). En todos los casos se ha calculado la proporción con que es elegido cada uno de los componentes de la rueda por el total de testigos simulados. Así, si suponemos que contamos con 100 testigos simulados y 10 de ellos señalan a un determinado componente, decimos que éste es elegido en una proporción de 0,10.

TABLA 4. Ejemplos imaginarios de ruedas de diferente composición según las proporciones en que son elegidos sus componentes por parte de testigos simulados

Ruedas	Sospechoso	COMPONENTES						Total
		Cebos						
		1	2	3	4	5	6	
A	0,142	0,142	0,142	0,142	0,142	0,142	0,142	1,00
B	0,08	0,08	0,08	0,08	0,30	0,08	0,30	1,00
C	0,40	0,10	0,10	0,10	0,10	0,10	0,10	1,00

En la rueda A se cumplen los dos principios: el tamaño es adecuado, puesto que la probabilidad de señalar a un inocente (cualquiera de los cebos 1 a 6) es baja; y el sospechoso se elige un número igual de veces que el resto de los componentes, por tanto no hay sesgo del acusado.

La rueda B, sin embargo, muestra dos cosas: los cebos 4 y 6 se eligen más a menudo que los demás y, por tanto, la probabilidad de ser señalados por azar siendo inocentes aumenta considerablemente (hasta 0,30); y además el sospechoso es señalado menos a menudo de lo que se podría esperar si no fuera diferente de todos los demás componentes; en este caso podríamos decir que se produce sesgo del acusado, pero a su favor (aunque éste quizá sea el caso más raro).

La rueda C es un claro ejemplo de sesgo del acusado (contra él, en este caso). El 40 % de los testigos simulados le señala como el más parecido a la descripción inicial, de entre los siete componentes de la rueda; esto es, los demás componentes de la rueda no se parecen ni al sospechoso ni a la descripción inicial tanto como sería deseable. Al mismo tiempo, esta rueda aparentemente cumple con el principio de tamaño adecuado puesto que la probabilidad de señalar a un inocente por azar es bastante baja.

Estos ejemplos de ruedas parciales (B y C) e imparcial (A) ilustran

58. R. MALPASS y P. DEVINE, 1983, cit., p. 84.

las bases del procedimiento para evaluar hasta qué punto la identificación de un sospechoso en una rueda se aleja de la identificación imparcial ideal.

Al tiempo, permiten hacer algunas consideraciones sobre la toma de decisiones acerca de la imparcialidad de las ruedas y los papeles respectivos de psicólogos y juristas en este ámbito. A nuestro modo de ver, el psicólogo que investiga la memoria de los testigos debe proporcionar los procedimientos y datos científicos que permitan mejorar la calidad de la identificación; en este sentido está obligado a señalar, tanto las condiciones y factores que influyen en la identificación óptima, como los medios de control de esos factores; a describir cuál es esa identificación óptima, y a idear medidas que permitan apreciar cuánto se aleja una identificación determinada de la identificación óptima. En suma, el papel del psicólogo experimental en este tema es el de proporcionar información científica suficiente para mejorar la toma de decisiones acerca de una identificación determinada.

La fase de toma de decisiones es competencia del jurista. Es el jurista el que debe decidir cuándo una probabilidad es suficientemente pequeña en el caso del tamaño de una rueda, o sea, qué riesgo está dispuesta a correr la sociedad de que se produzca una identificación errónea ( $1/2$ ,  $1/7$ ,  $1/x$  en la legislación española). También deberá decidir dónde situar el criterio por encima del cual pueda decirse que hay sesgo del acusado (en contra del acusado) en una rueda, y cuánto se puede alejar una rueda del ideal de imparcialidad para decidir que es una rueda parcial. Pero el psicólogo deberá proporcionarle la base científica que permita evaluar cada una de las posibilidades. El primer paso en este sentido se refiere a las propuestas de medidas o índices de imparcialidad sugeridas por el trabajo experimental con ruedas de identificación que exponemos a continuación.

## VI. ÍNDICES DE IMPARCIALIDAD

Como hemos señalado, el procedimiento para examinar la imparcialidad de una rueda requiere la colaboración de testigos simulados. El argumento que justifica esta elección, tal como lo exponen Malpass y Devine,<sup>59</sup> es como sigue. Para evaluar la imparcialidad de una rueda no se puede utilizar a los testigos reales de un suceso, por dos razo-

59. R. MALPASS y P. DEVINE, 1983, cit., pp. 94-99.

nes: 1.º) no pueden ser un medio de investigación para evaluar sus propios juicios o elecciones (que son el objeto de la investigación), sino que debe darse una independencia entre ambos; 2.º) la elección de un testigo real, a quién señala en la rueda, puede estar influida por otras variables, como la información que tiene el propio testigo acerca de la apariencia física del autor del delito, o la sugestibilidad en los procedimientos de identificación seguidos.

Se requiere, por tanto, que la evaluación de la imparcialidad de una rueda se haga de forma independiente y con ausencia de sugestibilidad de procedimiento, y de información sobre la identidad única del autor del delito.

Doob y Kirshenbaum<sup>60</sup> sugirieron el procedimiento para solucionar este problema partiendo de la utilización de testigos simulados. A estos testigos simulados se les proporciona una descripción del autor del delito que procede de los testigos reales. A continuación se les muestra la rueda de identificación, en vivo o en fotografía, y se les pide que señalen quién creen que es el autor del delito sobre esa base. Si la rueda es imparcial, los testigos simulados elegirán aproximadamente por igual a cualquiera de sus componentes (sospechoso y cebos). Por el contrario, con esa misma rueda, imparcial, el testigo real que vio al autor del suceso podrá identificarlo si está presente (si su memoria no le falla).

A partir de este procedimiento básico de actuación, que permite conocer las elecciones de los testigos simulados, se han ideado una serie de índices que hemos agrupado, para su exposición, atendiendo a los dos principios de imparcialidad señalados: índices encaminados a evaluar el tamaño de la rueda, e índices dirigidos a cuantificar el sesgo del acusado. Para simplificar, utilizaremos los mismos términos para referirnos a todas las fórmulas:

- N: número de componentes de la rueda (cebos y sospechoso)
- n: número de testigos simulados que se utilizan
- D: número de testigos simulados que señalan al sospechoso.

60. A. DOOB & H. KIRSHENBAUM, *Bias in police lineups-partial remembering*, *Journal of Police Science and Administration*, 1973, 1, pp. 287-293.

### A. *Indices de tamaño de la rueda*

• *Tamaño funcional de la rueda.*<sup>61</sup> Su fórmula ( $n/D$ ) es simplemente el cociente entre el total de testigos simulados y el número de ellos que señala al sospechoso. Si el resto de componentes de la rueda está bien elegido por su parecido con el sospechoso, éste será señalado tan a menudo como los demás. Por ejemplo, si utilizamos 42 testigos simulados, y los componentes de la rueda son 7 (6 cebos y el sospechoso), esperaríamos que aproximadamente 6 testigos simulados señalaran a cada uno de los siete componentes si éstos están bien elegidos. Así, el tamaño funcional de la rueda sería:  $42/6 = 7$ , que es su tamaño nominal. Si, en cambio, son 12 los testigos simulados que señalan al sospechoso, el cociente anterior sería:  $42/12 = 3,5$ . Esto es, el tamaño funcional de la rueda es la mitad de su tamaño nominal. Dicho de otro modo, a efectos de la prueba de reconocimiento es como si la rueda estuviera compuesta por solo la mitad de las personas que se pretendía.

• *Tamaño efectivo de la rueda.*<sup>62</sup> Este es un índice más complicado de calcular. Se diferencia del anterior fundamentalmente en dos aspectos: a) parte de eliminar de los cálculos a todos aquellos componentes que no se señalan nunca como autores del delito por parte de los testigos simulados; y b) considera no sólo cuántas veces se elige al sospechoso, sino también con cuánta frecuencia se señala a cada uno de los cebos. Su valor numérico final, como el índice anterior, expresa el número de componentes de la rueda que se han tenido en cuenta realmente en la prueba de reconocimiento. Su discrepancia del tamaño nominal indicaría que la rueda ha sido parcial.

• *Proporción de elección* de cada uno de los componentes de la rueda. Considera la rueda como una suma de componentes,<sup>63</sup> y trata de decidir si cada uno de ellos es un cebo plausible. Su cómputo se basa, como los anteriores, en la frecuencia con que se señala a cada uno de los componentes como autor del delito. Esta frecuencia se com-

para con la frecuencia esperada por azar si todos los cebos estuvieran bien elegidos. Continuando con nuestro ejemplo, supongamos que el cebo número 6 es señalado sólo por dos de los 42 testigos simulados. La frecuencia esperada por azar es de 6, puesto que hay 7 componentes en la rueda. Por tanto, podemos decir que ese cebo sólo es señalado el 33,33 % de las veces que debería señalársele si fuera un «buen» cebo. Esta operación puede hacerse con todos los miembros de la rueda, obteniendo así datos de hasta qué punto resultan todos y cada uno de ellos cebos plausibles. Ahora bien, la decisión de cuánta divergencia se puede permitir, respecto a la frecuencia esperada por azar, para seguir aceptando como cebo a un componente particular, es lo que debe determinarse en cada estudio (en caso de experimentación) o por los procedimientos legales de cada país. Así, puede adoptarse como criterio el 90 %, esto es, admitir sólo como buenos cebos aquéllos que se eligen con una frecuencia de, al menos, el 90 % de lo esperado por azar. O bien criterios más laxos, como el del 50 %, es decir, admitir como buenos los cebos que obtienen una frecuencia de, al menos, el 50 % de lo que se espera por azar. Sea cual sea el criterio elegido (90 %, 75 %, 50 %), se considera que aquellos cebos que no lo cumplen no son realmente componentes de la rueda y por tanto deben ser restados del número de componentes nominal de la rueda.

### B. *Indices de sesgo del acusado*

• *Índice de sesgo del acusado de Doob y Kirshenbaum.*<sup>64</sup> En este caso, se considera parcial una rueda cuando los testigos simulados señalan al sospechoso más de lo que se espera por azar. En este sentido se diría que la rueda está sesgada contra el sospechoso. Se parte aquí de que la probabilidad de señalar por azar al sospechoso es igual al cociente  $1/N$ , como en los casos anteriores. El cálculo de la frecuencia empírica con que se señala al sospechoso por parte de los testigos simulados se realiza, como siempre, por medio del cociente  $D/n$ . El sesgo contra el sospechoso se produce cuando existe una diferencia negativa entre ambos cocientes y ésta resulta estadísticamente significativa por medio de las pruebas estadísticas convencionales para proporciones. Por el contrario, si la frecuencia empírica fuera menor de lo esperado por azar y la diferencia entre ambos cocientes ( $1/N -$

61. Índice creado por G. WELLS, M. LEIPPE & T. OSTROM, *Guidelines for empirically assessing the fairness of a lineup*, Law and Human Behavior, 1979, 3, pp. 285-293.

62. A este respecto, *vid.* MALPASS, 1981, pp. 271-285.

63. R. MALPASS & P. DEVINE, 1983, cit., p. 91.

64. A. DOOB & KIRSHENBAUM, 1973, cit., pp. 287-293.

D/n) fuera positiva y estadísticamente significativa, entonces existiría sesgo a favor del sospechoso (aunque es un caso mucho menos frecuente que el anterior).

• *Índice de sesgo del acusado de Malpass.*<sup>65</sup> La base argumental es idéntica a la del índice anterior, pero la diferencia estriba aquí en el tamaño de la rueda que se tiene en cuenta para estimar la probabilidad de señalar al sospechoso por azar. En el caso anterior se tienen en cuenta todos los componentes, con independencia de la frecuencia con que se señala a cada uno, es decir, con independencia de si son buenos cebos o no. En el caso presente el tamaño de la rueda en el cociente 1/N es el tamaño efectivo que hemos comentado en el apartado anterior. El resto del procedimiento y uso de pruebas estadísticas de significación es idéntico al anterior.

Los índices comentados hacen surgir de inmediato la cuestión de cuál de ellos es el más conveniente. Malpass y Devine<sup>66</sup> han examinado muy a fondo esta cuestión, teniendo en cuenta tanto el punto de vista psicológico como el procesal. Por ello, resumiremos aquí brevemente sus argumentos. Tres son los criterios que indican deben tenerse en cuenta para decidirse por una medida o índice en particular: 1.º) que sea inteligible para los juristas; 2.º) que requiera pocas transformaciones matemáticas, o sea, que esté cercano a los datos directos; y 3.º) que el índice no lleve incorporado ningún tipo de juicio de valor o decisión que no estén abiertos a la inspección y comprensión de los juristas.

Según estos criterios, las medidas más cercanas a los datos directos, más comprensibles y que se prestan menos a juicios de valor son las que se derivan de la distancia entre la frecuencia esperada por azar y la frecuencia con que es señalado un componente determinado de la rueda por testigos simulados. Una forma sencilla y comprensible de señalar esa diferencia es traducirla a porcentajes (la medida de proporción de elección del apartado A de índices de tamaño de la rueda). Así, tendremos para cada uno de los componentes una puntuación que indica cuánto se aleja (por encima: más del 100 %; por debajo: menos del 100 %) de lo esperado por azar si la rueda es imparcial.

Lo único que se necesitará, entonces, es adoptar un criterio fijo

65. R. MALPASS, 1981, cit., pp. 271-285.

66. R. MALPASS & P. DEVINE, 1983, cit., p. 97.

(el 10 %, el 20 %, el 25 %, por ejemplo) para decidir si un cebo es adecuado. Esto es, cuando un componente se aleje más del 10 %, o del 20 %, o del 25 %, según el criterio adoptado, de lo que se espera por azar, no se le considera un buen cebo y, por tanto, no debe tenerse en cuenta para calcular el tamaño de la rueda. El tamaño de la rueda se establecerá contando únicamente a aquellos componentes cuyos porcentajes de elección, respecto a los esperados por azar, estén entre 110 % y 90 %, o entre 120 % y 80 %, o entre 125 % y 75 %.

Del mismo modo se evaluará si se ha producido o no un sesgo en favor o contra el acusado. Si se adopta un criterio fijo, como en el caso anterior, se puede decidir que existe un sesgo en favor del acusado cuando éste se elige un 90 %, un 80 % o un 75 %, según el criterio, de lo que se espera por azar cuando la rueda es imparcial. Y, por el contrario, podríamos determinar que existe un sesgo contra el acusado cuando éste se elige un 110 %, o un 120 %, o un 125 %, según el criterio adoptado, de lo que se esperaría por azar si la rueda fuera imparcial.

## VII. CONCLUSIONES

A nadie escapa que la identificación de un sospechoso por parte de un testigo o de un testigo-víctima puede constituir una prueba (aunque no sea concluyente) que lleve a aquél a prisión. Por lo general, se supone que el testimonio de un ciudadano normal, que nunca ha tenido problemas con la ley, y que acude diariamente a su trabajo, ha de tener cierta credibilidad, puesto que no es probable que pretenda engañar y estorbar la labor de la justicia. En contra de esta opinión, el hecho es que los psicólogos que estudian la memoria han mostrado empíricamente que el recuerdo que se tiene de un suceso no es una réplica exacta de lo sucedido, ya que la memoria no es en absoluto una grabación fiel de los sucesos, sino más bien una reconstrucción a partir de esquemas y categorías previos. De esta forma, los estudiosos del testimonio han llamado la atención a policías y juristas para que en sus investigaciones tengan en cuenta esta posibilidad, primero para salvaguardar la libertad de personas inocentes y, segundo, para limitar la acción de los infractores.

Los procesos de transferencia inconsciente, las influencias del lenguaje, el intervalo de tiempo transcurrido, el atractivo físico del agresor, la edad y sexo de víctima y agresor, los estereotipos, el tipo de

transgresión o agresión, etc., han sido estudiados como variables que afectan poderosamente a la calidad del testimonio de los testigos, y a su recuerdo de lo sucedido.<sup>67</sup> Los procedimientos de identificación —retrato-robot, caricaturas, ruedas— no han quedado fuera de estas investigaciones y han sido, en la mayoría de los casos, reformulados los procedimientos y analizadas sistemáticamente las alternativas a ellos. El examen de los errores que suelen cometer los testigos ha llevado al estudio de cómo lograr la imparcialidad en la identificación de un sospechoso en una rueda, siguiendo el criterio básico en nuestra sociedad de que es preferible el coste social de que un culpable quede libre al de que un inocente sea privado de su libertad.

En cada país, la forma de lograr la salvaguarda de este derecho es diferente, aunque en esencia coinciden a la hora de afirmar que todos los miembros de una rueda han de ser lo más parecidos entre sí que pueda lograrse. La mayoría de las recomendaciones hechas tienen su origen en las investigaciones de los psicólogos del testimonio, aunque los canales de información entre las instituciones sociales y los laboratorios psicológicos son todavía poco fluidos. Esta falta de comunicación es responsable, en gran medida, de la falta de validez ecológica de muchos de los experimentos realizados, puesto que los investigadores han tenido que enfrentarse al recelo de la policía y los tribunales, por un lado, y a problemas de orden metodológico por el otro (a nadie se le ocurre simular un atraco para estudiar la investigación policial y la actuación jurídica subsiguiente), ya que el laboratorio no representa fielmente el ambiente real en que se cometen los delitos.

Con todo, los autores han estrujado su imaginación creando diseños que acerquen el laboratorio a la realidad, para ir ganando poco a poco la credibilidad necesaria que permita la apertura de esta área de la psicología a sus ambientes sociales naturales. Y es en esta interacción donde se han desarrollado los dos principios básicos para determinar la imparcialidad de la composición de un rueda: 1) las ruedas han de tener el suficiente número de miembros como para que la probabilidad de identificar por azar a un sospechoso inocente sea baja, ya que el posible error al señalarle como culpable se distribuye entre todos los componentes de la rueda. Este criterio está determinando el nivel absoluto de riesgo al que se expone a un sospechoso inocente. Y 2) que cualquier sospechoso no sea diferente del resto de sus compañeros de la rueda; contrariamente a lo que pudiera decirse, la puesta en

práctica de este principio no estorba a la identificación del infractor, sino que salvaguarda los derechos de los ciudadanos. Recuérdese a este respecto lo que puede ocurrir cuando, en lugar del sospechoso culpable, en la rueda está un inocente de ese delito, del que se sospecha.

Estos dos principios se complementan y delimitan a la par el concepto de imparcialidad, que debe ser entendido en un doble aspecto: por un lado, como la salvaguarda de las libertades de los inocentes para que no sean acusados erróneamente de algo que no han hecho y, por otro lado, al hacer que el culpable sea identificado claramente como autor del hecho. Estos dos principios han servido, además, de base sobre la cual desarrollar diferentes procedimientos con que evaluar la imparcialidad de las ruedas, y aunque su cálculo es siempre a posteriori, su utilidad consiste en que permiten evaluar la validez de la identificación en una rueda determinada.

Con todo, y como hemos señalado más arriba, la adopción de un criterio para decidir si una rueda es imparcial en los dos aspectos mencionados no es un problema psicológico, sino social y, en ese sentido, legal. El psicólogo que estudia la memoria de los testigos debe proporcionar los estudios y medidas objetivas que permitan evaluar cuánto se aleja una rueda de la imparcialidad ideal deseable; pero no es el psicólogo el que debe decidir cuál ha de ser el criterio fijo a seguir para considerar que una rueda en concreto es parcial o imparcial. Más bien es la sociedad la que debe establecer cómo defender a un inocente de una identificación errónea y, por tanto, cuánto riesgo quiere permitirse con una rueda que se aleje de la imparcialidad. En tanto las leyes no incluyan o determinen un criterio de imparcialidad, los juristas deberán evaluar en cada caso si una identificación por medio de una rueda determinada se ha llevado a cabo con imparcialidad; y, en consecuencia, hasta qué punto la identificación resultante constituye una prueba inequívoca de que la persona identificada es la que ha cometido el delito.

67. J. MIRA y M. DIGES, 1987, *cít.*, pp. 211-219.

PARA MEJOR PROVEER

**BREVE COMENTARIO SOBRE EL ANTEPROYECTO  
DE LEY DE DEMARCACIÓN Y DE PLANTA JUDICIAL  
(de 4 de septiembre de 1987)\***

Juan-Luis GÓMEZ COLOMER  
Catedrático de Derecho Procesal  
Universidad de Santiago de Compostela

**SUMARIO:**

I. Introducción. — II. La intervención de las Comunidades Autónomas en este tema. — III. La dependencia económica para su aplicación. — IV. Los principios generales de la planta y demarcación judiciales. — V. Las normas procesales de adaptación. — VI. Los anexos. — VII. Conclusiones. — VIII. Nota bibliográfica. — IX. Apéndice: El Anteproyecto de Ley de Demarcación y de Planta Judicial, de 4 de septiembre de 1987.

**I. INTRODUCCIÓN**

Se puede discutir en el plano teórico si, para determinar cuántos órganos jurisdiccionales debe tener cada capital, ciudad, pueblo y población de España, y por cuántos Jueces y Magistrados deben de estar servidos esos órganos, es decir, para fijar la llamada planta de los Tribunales y la demarcación judicial, es necesaria nada menos que una Ley (Orgánica o no) o, al contrario, si bastan interpretaciones y desarrollos meramente administrativos.

*Esto es efectivamente opinable; pero en nuestro país discutir acer-*

\* Informe redactado a petición de la Asociación Profesional de la Magistratura, Sección Territorial de Galicia.

ca de este punto carece de importancia, porque, en primer lugar, este tema ha sido tradicionalmente regulado por Ley (por ejemplo, la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 15 de septiembre de 1870, arts. 11 y ss.; y, por así ordenarlo su art. 13, la Ley Adicional a la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 14 de octubre de 1882, en parte; aunque su desarrollo y limitaciones posteriores se hicieran por normas de categoría inferior); en segundo lugar, porque así lo dispone la LOPJ de 1985 vigente en sus arts. 29 y 35.1, obligando al Gobierno su Disp. Adicional 1.ª a remitir a las Cortes los proyectos de Ley de Planta y de Demarcación judicial (que al parecer van a unificar en un solo texto legal) antes del verano de 1986, plazo obviamente incumplido; y en tercer lugar y quizás argumento decisivo, porque existe reserva de Ley Orgánica en la materia de organización de Tribunales, a la que sin duda pertenece su planta y demarcación, como se demuestra poniendo en relación los arts. 122.1; 75.3 y 81 de la Constitución.

La LOPJ vigente no quiso regular en su seno la planta y demarcación judicial, por lo que afirmó en su art. 29 que la planta de los Juzgados y Tribunales se establecerá por Ley; y en su art. 35.1 que la demarcación judicial, por la que se determinará la circunscripción territorial de los órganos judiciales, se establecerá por Ley. El Anteproyecto de estas dos Leyes, en realidad una sola desde el punto de vista formal, es el que con carácter de urgencia y la necesaria parquedad se va a comentar aquí. A su redacción estaba obligado el Ministerio de Justicia, vistas las propuestas de las Comunidades Autónomas, conforme al art. 35.3 LOPJ, que acaba de ser informado por el Consejo General del Poder Judicial en el momento de redactarse estas líneas.

Ahora sólo resta que el Gobierno apruebe el correspondiente proyecto de Ley y que, en unión de las Propuestas de las CC.AA. y del Informe del CGPJ, lo remita a las Cortes generales para su tramitación (art. 35.4 LOPJ).

## II. LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN ESTE TEMA

Conforme a la LOPJ, las CC.AA. intervienen, a la hora de la fijación de la planta y demarcación judiciales, tan sólo desde dos puntos de vista, lo que es ciertamente una pobre intervención, pero que debe resultar de suma importancia si el trabajo se efectúa correctamente:

1.º Deben fijar por Ley propia de la Comunidad la capitalidad de los partidos judiciales (arts. 35.6 LOPJ y 4.5 Antep. LDPJ). Este úl-

timo precepto añade el requisito de que la capitalidad debe corresponder a un solo municipio. Pero no se piense que las posibilidades van a ser muchas, pues basta con leer el art. 7 de este Anteproyecto, así como su Disp. Transitoria Primera, para darse cuenta de ello. Hasta la fecha, ninguna Comunidad Autónoma ha fijado la capitalidad de referencia; y

2.º Deben elaborar una propuesta sobre la organización de la demarcación judicial de sus territorios respectivos, por solicitud del Gobierno, y al que se le han de remitir, en la que fijarán los partidos judiciales (art. 35.2 LOPJ). Este informe, como se acaba de decir, se enviará luego a las Cortes.

Efectivamente, es una intervención pequeña, pero clave, que requiere una breve explicación: Como es sabido, el art. 152.1, II, CE, afirmó textualmente en su segunda y tercera frases que «en los Estatutos de las Comunidades Autónomas podrán establecerse los supuestos y las formas de participación de aquéllas en la organización de las demarcaciones judiciales del territorio. Todo ello de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y dentro de la unidad e independencia de éste».

Los EE.AA., salvo el de La Rioja, así lo hicieron. Citemos como ejemplos el art. 20.2 del Estatuto Gallego (según el cual corresponde a la CA: «2. Fijar la delimitación de las demarcaciones territoriales de los órganos jurisdiccionales en Galicia, teniendo en cuenta, entre otros criterios, los límites de los tradicionales partidos judiciales y las características geográficas y de población»); y el art. 39.2.º del Estatuto Valenciano (conforme al cual, corresponde a la CA: «2.º Fijar la delimitación de las demarcaciones territoriales de los órganos jurisdiccionales en su territorio y la localización de la capitalidad»).

Dejando ahora de lado el importante problema de si esta intervención era sólo posible en las regiones que habían alcanzado la autonomía por la vía del art. 151 CE (v. su art. 125.1, frase inicial), lo cierto es que la LOPJ se aprobó mucho después de los EE.AA.

Esto tiene su importancia, pues así como ha servido para imponerle un Tribunal Superior de Justicia a La Rioja, que no quiso tenerlo, o quizás interpretó muy bien los arts. 143, 151 y 152 CE y consideró que no debía tenerlo, ha aprovechado igualmente para limitar y unificar los criterios de intervención de las CC.AA. en la demarcación judicial.

Para limitar, porque desde un punto de vista formal la LOPJ es

Ley Orgánica, como los EE.AA., y además *lex posterior*, con lo que puede formalmente concretar, modificar o limitar esa participación, como así ha hecho efectivamente, ya que Galicia o Valencia no pueden ahora «fijar la delimitación de las demarcaciones territoriales», sino tan sólo proponer al Gobierno su fijación, que es bien distinto.

Para unificar, porque, y aquí se manifiesta nuevamente la defectuosa técnica legislativa y las prisas de los políticos, la LOPJ no se aprobó después de la CE, sino después de ésta y de los EE.AA., que, si bien con pocas diferencias de fondo, no reflejaron idénticos criterios.

Si se trata de unificar, es aceptable el criterio de la LOPJ, pero si en el fondo lo que se quiere es imponer una regulación y, por tanto, un sentido direccional de la intervención de las CC.AA., el art. 152.1, II, CE queda absolutamente burlado. Y la materia es tan vidriosa, como ahora se dice, que cualquier discrepancia a la hora de su determinación práctica (por ejemplo, piénsese en las quejas del Juez de un pueblo de 10.000 habitantes, sólo frente a los tres compañeros de la misma población de una CA industrial), puede provocar discusiones sobre su constitucionalidad, lo que en nada favorece a la futura Ley, que es presupuesto *sine qua non* para la definitiva entrada en vigor completa de la LOPJ, que ya es hora.

Partiendo de lo que hay, pues, una cosa debe quedar muy clara: Puesto que nadie como la propia CA conoce, o está en condiciones de conocer, las auténticas necesidades judiciales de su territorio, a saber, qué pueblos deben tener Juzgado, de qué clase y cuántos, si el Gobierno y el Parlamento se desentienden de sus propuestas, por ejemplo por falta de dinero, habrán cometido un grave error, pues la LDPJ no habrá servido para nada, y tampoco la LOPJ, en definitiva.

### III. LA DEPENDENCIA ECONÓMICA PARA SU APLICACIÓN

Uno de los puntos que inmediatamente llaman la atención al leer el Antep. LDPJ es la extraordinaria dependencia económica de los Presupuestos Generales del Estado (Gobierno, Ayuntamientos), que va a tener para su efectiva y completa aplicación.

Esto es preocupante, porque en una primera fase, que podríamos calificar de inmediatamente postconstitucional, se podría haber pensado, no sin fundamento, si no habría sido lógico deducir de la Constitución que el Ministerio de Justicia estaba condenado o a desaparecer o a mantenerse a niveles de mero elemento de relación entre el

CGPJ y el Gobierno. La verdad es que ahora no podemos entrar en este punto, pero es evidente que este pensamiento, si existió, fue rápidamente alejado al comprobarse que la Ley Orgánica del Consejo General del Poder Judicial, hoy derogada, de 10 de enero de 1980, hacía al Ministerio de Justicia responsable de la provisión de los medios precisos para el desarrollo de la función jurisdiccional con independencia y eficacia (art. 6), pero incardinaba a los Secretarios (art. 2.5), y al parecer también al personal auxiliar (v. el art. 2.6), dentro del CGPJ.

Ahora y hoy, la LOPJ vigente da un paso más y muy grave, ampliador de la esfera de competencias y, por tanto, ganando parcelas de poder, e incorpora a los Secretarios de los órganos judiciales y al personal auxiliar de los Jueces y Tribunales (médicos forenses, oficiales, auxiliares y agentes judiciales, así como a otros cuerpos que en el futuro puedan crearse), a la órbita gubernamental (art. 455), quitándosela de la del CGPJ (v. el art. 107).

Pues bien, para completar el cuadro de ingerencias, faltaba dominar completamente lo económico. Desde luego, bajo esta crítica no debe descubrirse nunca una duda acerca de buenas intenciones, en absoluto, sino tan sólo una discrepancia con el principio vigente, ya que estas cuestiones deberían ser única y exclusivamente propias de las atribuciones del Poder Judicial.

Obsérvese, por si todavía existiera alguna reserva o muestra de incredulidad, que aunque el CGPJ tenga una limitada intervención presupuestaria (v. los arts. 107.8 y 127.12 LOPJ), y de quejas al respecto en su Informe anual (v. el art. 109 LOPJ), el presupuesto es elaborado en definitiva por el Gobierno, quien conforme al art. 134 CE lo presenta a las Cortes. Esto se ha traducido en punto a la demarcación judicial y a la planta en las siguientes dependencias, todas ellas directa o indirectamente relacionadas con lo económico:

1.ª *Respecto a la implantación de la planta y a su sostenimiento:* El Título V (arts. 59 a 63 Antep. LDPJ) se refiere precisamente a estas cuestiones, pero en otros preceptos aparecen claras algunas formas de dependencia:

a) El Gobierno queda autorizado para programar la aplicación efectiva de la nueva planta judicial (entre 1988 y 1992, año al parecer también mágico en este tema), pero el plan va a ser desarrollado y ejecutado por el Ministerio de Justicia (art. 59 Antep. LDPJ). A estos efectos se habilitarán los necesarios créditos (arts. 60 y 62 Antepro-

yecto LDPJ), y contrataciones (art. 61 Antep. LDPJ); concediéndose también especiales posibilidades expropiatorias (art. 63 Anteproyecto LDPJ); y

b) Como particularidades de esa programación hay que reseñar que el Gobierno dispone la fecha de asunción plena de la competencia civil de las Audiencias Provinciales del art. 53.2 Antep. LDPJ y determina la fecha de efectividad de las plazas en los Tribunales Superiores de Justicia (art. 3 Antep. LDPJ), en las Audiencias Provinciales (art. 37 Antep. LDPJ), y en los Juzgados (arts. 39, 41, 42, 43, 44 y 47 Antep. LDPJ). Para estas decisiones debe atender, teniendo en cuenta las disponibilidades presupuestarias de cada ejercicio económico, a criterios de preferencia por razón de las cargas competenciales.

2.<sup>a</sup> *Respecto a la modificación de la planta:* El Gobierno puede modificar el número y composición de los órganos judiciales, mediante la creación de Secciones y Juzgados, pero sin alterar la demarcación judicial y oyendo antes a la Comunidad Autónoma afectada y al CGPJ (art. 20.1 Antep. LDPJ). El Gobierno dispone para este fin y según dicho art. 20 de amplias posibilidades de actuación.

3.<sup>a</sup> *Respecto a la determinación de las sedes:* El Gobierno determina las sedes de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, previa audiencia de la Comunidad Autónoma afectada y del CGPJ (art. 8.3 Antep. LDPJ); incluso fija, aunque también puede hacerlo la CA, qué edificio va a ser la sede del órgano (art. 10.1 Antep. LDPJ).

4.<sup>a</sup> *En cuanto a la ampliación y conversión de los Juzgados:* El Gobierno puede ampliar a cinco el número de Magistrados de la Sala de lo Civil de los TSJ, previo informe del TSJ (art. 13.3 Antep. LDPJ), por un lado; y por otro, de él depende la conversión de los antiguos Juzgados de Distrinto en Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, o separados, o en Juzgados de Paz (art. 40 Antep. LDPJ).

5.<sup>a</sup> *Respecto a los Jueces de Paz:* Son los Ayuntamientos, pero conforme a los créditos fijados por los Presupuestos Generales del Estado, quienes deben organizar los Juzgados de Paz (arts. 47, 48 y 49 Antep. LDPJ).

Se observa consiguientemente a través de estas muestras la gran importancia del tema. Nos parece extremadamente preocupante que se siga sin entender que un Estado de Derecho deja de serlo si no posee un Poder Judicial que garantice un proceso rápido, eficaz, barato y por supuesto justo, y que ese fin no puede depender nunca de

la economía, es decir, que siempre debe haber dinero disponible para la Justicia. Con estas intenciones normativas queda garantizado precisamente lo contrario, pues si el Gobierno no tiene dinero no creará un Juzgado, ya que la Ley ampara su decisión.

Pero lo realmente grave es, como los propios afectados, es decir los colectivos judiciales, han denunciado ya, que el Anteproyecto no garantiza debidamente que las Cortes puedan controlar la aplicación económica de la planta y demarcación judiciales. Dicho con otras palabras, estas «deslegalizaciones» que atribuyen al Gobierno la potestad económica de la aplicación de la futura Ley escapan en cuanto a su ejercicio completamente del necesario control parlamentario.

#### IV. LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA PLANTA Y DEMARCACIÓN JUDICIALES

Una Ley de Planta y Demarcación moderna y progresiva, teniendo en cuenta los principios constitucionales y el Título Preliminar de la LOPJ vigente, debe en nuestra opinión recoger y desarrollar, con un sentido exquisito de aplicación práctica, máximas muy importantes, que se pueden agrupar del siguiente modo:

1.<sup>o</sup> *Desde el punto de vista del Poder Judicial, garantizar el respeto al principio del Juez legal:* Este principio es ciertamente uno de los más complejos de nuestro Derecho. Si mantenemos un concepto avanzado del mismo, el derecho constitucional al Juez ordinario predeterminado por la Ley (art. 24.2 CE) debe servir para decirnos desde que el órgano jurisdiccional ha de ser preexistente hasta concretarnos quién va a ser el Ponente de la causa, pasando por las exigencias de que la competencia esté también predeterminada, de que existan normas objetivas de reparto aprobadas previamente, y de que la constitución del órgano se haya efectuado procedimentalmente conforme a la Ley.

Pues bien, la demarcación judicial y la planta de los Tribunales están en primer lugar al servicio de este principio, ya que parten inicialmente de los límites fijados por la CE y la LOPJ en la configuración de los órganos jurisdiccionales ordinarios, entendiéndose la expresión en el más amplio de los sentidos posibles (atribuciones, competencia, organización, constitución, funcionamiento y reparto). El Anteproyecto creemos que es respetuoso con dichos límites en términos generales.

Pero los ataques al principio del Juez legal no son nunca buscos ni directos, sino sutiles y subrepticios. A este respecto, el Anteproyecto contiene tres grupos de normas que podrían significar, según se interpretan, como mínimo roces a ese principio:

a) El mantenimiento de la *Audiencia Nacional* (arts. 1, 6, 12, 29 y el correspondiente Anexo III). Sin entrar ahora en la polémica, por no ser éste el lugar adecuado, lo cierto es que quienes piensen que la AN viola el principio del Juez legal, no encuentran en este Anteproyecto méritos suficientes para cambiar de opinión;

b) De acuerdo con la Disp. Transitoria Quinta Antep. LDPJ, el CGPJ puede proceder al nombramiento de miembros de la carrera judicial para las plazas correspondientes a los *Tribunales Tutelares de Menores*, disponiendo el cese de sus actuales titulares, en tanto no se produzca la constitución de los Juzgados de Menores y sin perjuicio de lo establecido en la Disp. Transitoria 26.ª LOPJ. En nuestra opinión, subyacen aquí ciertas facultades discrecionales del CGPJ respecto al nombramiento de estos Jueces, que según la LOPJ ejercen potestad jurisdiccional por ser órganos judiciales ordinarios, incompatibles con el principio del Juez legal, pues en su designación hay que seguir el procedimiento establecido en la LOPJ; y

c) No parece, finalmente, estar muy de acuerdo con este principio tampoco que la sede de los *Juzgados de Vigilancia Penitenciaria* se establezca por el Gobierno, aunque se oigan previamente a la Comunidad Autónoma afectada y al CGPJ, puesto que la competencia es un problema también de Juez legal y ésta, incluida la territorial, ha de quedar prefijada por Ley (Orgánica). Véase, no obstante, la limitación que supone ya el art. 78.2 de la Ley General Penitenciaria.

2.º Desde el punto de vista del proceso, respeto entre otros a los principios del proceso debido y de la inmediación judicial: No hace falta razonar extensamente que el cumplimiento del principio del proceso debido (art. 24.2 CE) depende en buena medida de una correcta articulación de la demarcación y planta judiciales, en tanto en cuanto las garantías procesales, especialmente en el proceso penal, ven unas mejores posibilidades de exigencia y vigilancia al no estar el Juez sobrecargado de trabajo. El problema es, naturalmente, que no va a depender sólo de una buena Ley de Demarcación y Planta Judiciales, sino de otras reformas y muy profundas Leyes procesales.

Por la misma razón, si existe el suficiente número de Jueces, están

convenientemente distribuidos desde el punto de vista geográfico y conocen más o menos de un número de asuntos razonable, ya no puede aceptarse disculpa alguna para no cumplir a rajatabla el principio de inmediación, por ejemplo, en la práctica de las pruebas que al fin y a la postre es su manifestación básica (v. el art. 229.2 LOPJ).

3.º Desde el punto de vista de las partes, garantizar el efectivo acceso a los órganos jurisdiccionales: Se trata del principio más importante en una Ley de este tipo para los justiciables, puesto que uno de sus fines esenciales debe ser acercar lo más posible la Administración de Justicia al ciudadano, poniéndole la sede del Juzgado al lado de su casa si es necesario.

El Anteproyecto que estamos comentando en estas páginas tiene, en este sentido, normas que merecen una buena acogida, aunque lógicamente también podrían mejorarse muchos aspectos. Expuestos en plan esquemático, habría que distinguir entre lo bueno y lo malo:

a) Debemos destacar favorablemente los siguientes puntos:

1. Es positivo el acercamiento de los TSJ al ciudadano en las CC.AA. excesivamente grandes o desmembradas. Merece consecuentemente aprobación que Andalucía (art. 2.2), Castilla-León (art. 2.3, a poner en relación con la Ley 14/1987, de 29 de diciembre, BOE del 8 de febrero de 1988, por la que se determina la sede del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León) y Canarias (art. 2.4), vean repartida la sede del TSJ en dos ciudades (Sevilla y Granada; Valladolid y Burgos; Las Palmas de Gran Canaria y Santa Cruz de Tenerife, respectivamente), aunque sólo sea para lo contencioso-administrativo y para lo laboral, dados los términos del art. 78 LOPJ. El art. 2.5, que integra a Ceuta y Melilla en el TSJ de Andalucía, no nos acaba de satisfacer, puesto que Sevilla y Granada están muy lejos de estas ciudades, pero la verdad es que no vemos otra solución mejor. De las Islas Baleares no se dice nada, aunque podrían darse problemas para los habitantes de Formentera, por ejemplo.

2. También merece apoyo que la demarcación y planta judiciales se revisen cada cinco años, previo informe del CGPJ, para adaptarlas a las nuevas necesidades, o incluso antes si las circunstancias así lo aconsejan (arts. 2 y 35.5 LOPJ, y art. 20 Antep. LDPJ). Se trata, consiguientemente, de suprimir aquellos Juzgados en donde se demuestre que había más tiempo para jugar al dominó que para ejercer la potestad jurisdiccional, y crearlos allí donde hagan falta, facilitando el acceso al ciudadano y distribuyendo mejor el trabajo.

3. Por último, conforme a informaciones aparecidas en la prensa a finales de 1987, de las que tenemos que fiarnos al ser muy difícil el cálculo para nosotros tomando como base los Anexos, van a existir para los ciudadanos mejores posibilidades de acceso a la Justicia, porque se van a crear 63 nuevos partidos judiciales en 12 CC.AA., aumentando el número de órganos jurisdiccionales en 807. Esto va a significar que existan en España casi 3.500 Jueces, bajando la relación de 19.000 habitantes por Juez a 11.000 habitantes. Concretamente, Galicia pasa a tener 6 partidos más de los que tenía, fijándose en 34 para la entrada en vigor de la Ley si se aprueba; y Valencia es de las que más aumenta, pues pasará de 21 a 33. Ahora bien, esta buena perspectiva puede convertirse en un auténtico fracaso si esos órganos no se cubren, como es fácilmente imaginable. La tarea que queda por hacer es impresionante, pues al parecer sólo hay cubiertas hoy unas 2.000 plazas, y un Juez no se forma en cuatro días.

b) Pero el Anteproyecto deja en el aire, resuelve mal y podría mejorar otras cuestiones. En definitiva se trata de que el principio de acceso a la Justicia consagrado en el art. 24.1 CE se articule por esta Ley de una forma sensata. Aquí hay muchas cosas opinables, desde luego, pero algo debe de quedar claro: El ciudadano que vive en un pueblo de nieves invernales no puede tener la cabeza del partido judicial en otro sitio más que en donde vive (lo que no va a ocurrir, por ejemplo, con Villafranca del Cid en la provincia de Castellón, cuyos habitantes se tendrán que desplazar 90 km a Vinaroz; ni con Manzanaeda en la provincia de Orense, a pocos km, pero difíciles, de Puebla de Trives; o piénsese en Fuensagrada en los límites de Lugo con Asturias).

Desde otro punto de vista, da exactamente igual que ese ciudadano tenga que recorrer en invierno 90 km para ir a la sede del Juzgado de Primera Instancia si entre su pueblo y ésta hay una autopista.

La importancia de los Anexos es consiguientemente máxima, ya que deben reflejar con rigor que el art. 24.1 CE se cumple para todos los ciudadanos, poniendo a su disposición de una forma razonable la Administración de Justicia. Pues bien, en este sentido, merecen crítica los siguientes aspectos del Anteproyecto gubernamental:

1. La primera duda que nos asalta es, puesto que la propia demarcación va a sufrir una ejecución paulatina, qué se va a desarrollar primero conforme a los plazos fijados en el art. 59. Parece políticamente

rentable desarrollar inmediatamente los Tribunales Superiores de Justicia, pero esto nos parecería un error, porque lo primero que hay que poner en marcha es la base, es decir, los Juzgados. A este respecto, habría que corregir el art. 39.1 Antep. LDPJ y hacer una referencia expresa al art. 59, como se hace en los demás artículos concordantes con el tema de este precepto, no sea que se piense que todos los demás órganos menos éstos se articularán hasta 1992, no existiendo plazo precisamente para los más importantes, lo cual, además de ir contra el espíritu del Título V del Anteproyecto, sería una grave equivocación;

2. Cuando la LOPJ estableció la competencia funcional de un Magistrado de la Audiencia Provincial para conocer del recurso de apelación contra la sentencia del juicio de faltas dictada por el Juez de Instrucción (art. 82-2.º, II), puso en un compromiso, entre otras cuestiones, a los redactores de la Ley de Demarcación, porque no hay norma que pueda perjudicar más el acceso a la Justicia penal si se pone en relación con la importancia del asunto (de Vinaroz habría que ir a Castellón, 90 km por autopista, por cierto no gratuita, pero quizá por una «tontería»; de Noya a La Coruña, menos kilómetros, pero sin autopista salvo que se dé un gran rodeo y se pague, claro). El Anteproyecto no dice nada al respecto, probablemente más que porque sea un problema de Anexos, por haber pensado que es imposible articularlo correctamente; y

3. Finalmente, de entre otras cuestiones restantes, nosotros destacaríamos la falta total de referencias a las Secciones Itinerantes de la Audiencia Provincial, previstas en el art. 80.2 LOPJ (y en alguna medida ya antes también por el art. 665 LECrim.). Al parecer, el Gobierno no es favorable a que ciudades como Elche, Gijón o Vigo tengan Secciones de AP, con uno o varios partidos judiciales adscritos a ellas. Dejando de lado la cuestión de que nos parecería mejor que fuera el CGPJ el que no estuviera conforme, a que discrepara el Gobierno (lo que como se sabe no es legalmente posible dados los términos literales del art. 36 LOPJ, que atribuye la facultad de crear Secciones al Gobierno), lo cierto es que ciudades como las citadas, y otras más, merecerían una aplicación del art. 80.2 LOPJ, por su importancia, número de habitantes, conflictividad social y consiguientes reclamaciones jurídico-penales que se producen. Es cierto que la Sección Itinerante significa un desgajamiento del órgano que puede perjudicar a la uniformidad de criterios, pero hasta la completa informatización de la Administración de Justicia esto no va a ser posible. Además, y sin

ser itinerantes, las diferentes Salas de un Tribunal siguen corriendo el peligro de decisiones distintas en casos iguales, como le ocurrió al Tribunal Central de Trabajo y anuló el Tribunal Constitucional por infracción del principio de igualdad (v. la S TC 2/1983, de 24 de enero, BOE del 17 de febrero). En cualquier caso, si la futura LDPJ no desarrolla el art. 80.2 LOPJ, va a quedar en vía muerta esta esperanza.

4.º *Desde el punto de vista de la organización y actividad, garantizar una adecuada división del trabajo y el principio de economía procesal:* Son otros de los principios clave para una buena legislación de demarcación y planta judiciales, puesto que hay que llevar los Juzgados no sólo cerca del ciudadano, sino donde más los necesite por el número de gente y por la cantidad de trabajo que ello puede suponer. En el Anteproyecto quedan reflejados en numerosos puntos:

a) A la hora de efectuar la demarcación el principio de la división del trabajo aparece considerado bajo distintos nombres que en realidad quieren indicar lo mismo. Así, y por vía de ejemplo:

1. Para la creación de Secciones y Juzgados hay que tener en cuenta preferentemente el volumen de litigiosidad de la circunscripción (art. 20.2);

2. La efectividad de las plazas es determinada por el Gobierno en cuanto a la fecha, atendiendo a un criterio de preferencia según las cargas competenciales de cada órgano (arts. 33, 37, 39, 41, 42, 43, 44 y 47); y

3. La constitución de los nuevos Juzgados se realizará atendiendo, preferentemente, a las zonas de concentración urbana, industrial y turística (art. 39.2).

Aquí estamos ante datos objetivos, por lo que las estadísticas deben de ser las que manden, sin que se permita la más mínima fisura del principio de igualdad.

b) En cierta medida se da un reflejo de estos principios en el Anteproyecto al tener que proveerse el destino a puesto no judicial de personal jurisdiccional, como el CGPJ (art. 21), el Gabinete Técnico de Información y Documentación del Tribunal Supremo (art. 22), la Jefatura del Servicio de Inspección del CGPJ (art. 23), en el Ministerio de Justicia (art. 24); y, con exclusividad, en los Registros Civiles de Madrid y Barcelona y demás ciudades que se consideren con-

venientes (art. 25). Todos estos puestos responden a determinados trabajos a realizar, pero tienen el inconveniente de que el procedimiento para su nombramiento no puede unificarse, con lo que es más fácil que se puedan producir desigualdades.

c) Un grave defecto del Anteproyecto es que no se ha aprovechado, aunque sería desde luego discutible la oportunidad del lugar, para articular la Oficina Judicial, en la que tantas confianzas existen depositadas por parte de los Jueces. Sobre este punto no podemos decir ahora mucho, pero contribuiría notablemente a la racionalización del trabajo y a la utilización y aprovechamiento correcto de los servicios a prestar (piénsese, por ejemplo, en el Secretario), además de facilitar la comunicación, integrando en ella como funcionarios a los Procuradores, profesión que es un lujo que ya no podemos permitirnos por más tiempo.

En resumen, por tanto, estos principios nos van a decir cómo se va a ir ejecutando la Ley, aunque su desarrollo concreto sea complejo por la cantidad de gente que tiene que intervenir, permitiéndose las oportunas correcciones en las revisiones periódicas de la demarcación y de la planta a que antes hemos hecho referencia.

5.º *Finalmente, en cuanto a los ajustes subjetivos necesarios tras la nueva situación, hay que respetar en su integridad el principio de igualdad:* No hay ninguna duda para nosotros en ello, pues esta Ley puede conseguir molestar a todos los colectivos judiciales si trunca legítimas expectativas de progreso, y permite violaciones del principio de igualdad.

Este punto nos preocupa mucho. En este sentido, hemos leído detenidamente el Anteproyecto y hemos llegado a la conclusión de que el principio de igualdad puede quedar afectado en los casos siguientes:

a) Al parecer van a existir Audiencias Provinciales de primera clase y Audiencias de segunda, porque unas asumen sus competencias en el orden civil a partir del día de la entrada en vigor de la LDPJ (son las enumeradas en el art. 53.1); y otras cuando quiera el Gobierno, con el plazo máximo de 1992, conservando sus actuales competencias hasta esa fecha (son las enumeradas en el art. 53.2, con la precisión del Núm. 3 de este artículo). Las consecuencias de tipo personal de esta norma son imprevisibles, pero desde luego, este ataque a la igualdad es injustificable, porque se basa únicamente, salvo otra razón oculta que no alcanzamos a comprender, en que no se puede cubrir presu-

puestariamente el aumento previsto de Magistrados de las Audiencias Provinciales, por lo que se divide (y se ofende) esperando tiempos mejores.

b) Conforme a la Disp. Transitoria Tercera Antep. LDPJ, en su Núm. 1, los Presidentes de las actuales Salas de lo Contencioso-Administrativo de las Audiencias Territoriales a los que no correspondiere la Presidencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia presidirán, en su caso, las Secciones que pudieran constituirse y mantendrán los derechos económicos correspondientes a un Presidente de Sala. Pero los Presidentes de las Salas de lo Civil de las Audiencias Territoriales mantendrán, conforme al Número 2 de esta Disp. Transitoria Tercera, únicamente y a título personal los derechos económicos correspondientes a un Presidente de Sala. Nosotros nos preguntamos, ¿y por qué no pueden aspirar a presidir la Sala de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia? Si se nos responde que tal Sala no existe, sino que es Sala de lo Civil y de lo Penal, lo que así es conforme al art. 72.1 LOPJ, con lo que hay que contar también con los Magistrados de este orden jurisdiccional, ¿por qué no evitar suspicacias y roces de desigualdad y escribir las cosas correctamente? La disposición del art. 79 LOPJ no puede utilizarse para cometer este tipo de agravios.

c) La discrecionalidad, ya apuntada antes, que puede significar para el nombramiento de Jueces de Menores la Disp. Transitoria Quinta, conlleva inútiles enfrentamientos y agravios igualitarios.

d) En cuanto al escalón más bajo del orden jurisdiccional ordinario, es decir, los Jueces de Paz, se produce en nuestra opinión un ataque al principio de igualdad muy grave, que si se mira desde otra óptica puede ser también una agresión al principio de la independencia judicial, porque del art. 47.2 y del Núm. 4 del mismo precepto del Anteproyecto se desprende clarísimamente que por el sueldo van a existir Jueces de Paz de primera clase y Jueces de Paz de segunda. Ello en base a que los primeros cobrarán más, viniendo constituido el grupo por los Jueces de Paz de poblaciones de más de 7.000 habitantes, quienes percibirán una cantidad en función del número de habitantes de la localidad (con lo cual incluso los de la primera clase pueden no cobrar lo mismo, ya que según el tenor literal ganaría más el Juez de un pueblo de 8.000 habitantes que el de uno de 7.500), mientras que los de poblaciones más pequeñas cobrarán una cantidad a fijar «de acuerdo con los criterios que se consideren oportunos». La independencia queda igualmente afectada por la ausencia de incompatibilidad

profesional de estos Jueces (art. 47.5 Antep. LDPJ), lo que en un lugar en el que todo el mundo se conoce puede significar que aquello de «arrieros somos...» tenga un especial predicamento.

## V. LAS NORMAS PROCESALES DE ADAPTACIÓN

Entre las muchas cuestiones que la LOPJ dejó sin resolver, o difirió su efectiva aplicación a una normativa a aprobar posteriormente, están las relacionadas con las nuevas competencias establecidas en ella para los órganos jurisdiccionales por esta Ley regulados.

Si se utiliza una técnica legislativa correcta, estos temas no deben ser resueltos en una Ley de Demarcación y Planta Judiciales. Pero tampoco vamos a poner mayores reparos si así se hace, porque lo que interesa realmente es que se regule y pueda entrar en vigor cuanto antes. Lo correcto sería introducir estos temas en las respectivas Leyes procesales, bien por la vía de reforma, bien en los nuevos textos que anunció la LOPJ. Pero vamos a tener antes una Ley de Demarcación y Planta Judiciales, lo que puede significar problemas importantes en este terreno si no se toma alguna medida.

El Gobierno así lo ha entendido y ha procedido a insertar unas «Disposiciones de orden procesal para la efectividad de la Planta Judicial», en el Título IV del Anteproyecto (arts. 50 a 58). Acerca de este tema tan sólo un apunte sobre aquello que aborda y lo que olvida tratar:

a) La desaparición del *Tribunal Central de Trabajo*, conforme a la LOPJ, se resuelve en el art. 56 Antep. LDPJ en el siguiente sentido:

1. La Audiencia Nacional pasará a ser competente (Sala de lo Social) de los recursos de suplicación que se interpongan contra las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Social en materia de impugnación de convenios colectivos y procesos sobre conflictos colectivos (v. el art. 67 LOPJ), con arreglo a las disposiciones de la LPL vigente, siempre que el ámbito territorial de aplicación del convenio colectivo o en el que haya de surtir efecto la resolución del conflicto colectivo sea superior al de una Comunidad Autónoma (art. 56.1); y

2. Las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia conocerán de los recursos contra resoluciones de los Juzgados de lo Social en el ámbito de la Comunidad Autónoma, salvo que sea competencia de la Audiencia Nacional (art. 56.2). Aquí se plantea un in-

interesante problema procesal, porque no se dice si el recurso es de suplicación (como se hace para la AN). Habrá que entender que sí, sólo que no podrá llamarse especial, pues éste ya existe en la LPL (v. sus arts. 193 a 199: Recurso de suplicación en materia de conflictos colectivos), si se mantiene la naturaleza casacional, o de otra forma en caso contrario.

b) La creación en lo civil de un recurso de casación y de un proceso de revisión competencia de los *Tribunales Superiores de Justicia*, por el art. 73.1 LOPJ, ha obligado a dictar en el largo art. 51 Antep. LDPJ las diversas normas de adaptación, distinguiéndose lo relativo al recurso de casación por infracción de normas del Ordenamiento Jurídico [art. 51.1, 1) a 6)], del recurso de casación o nulidad contra laudos arbitrales (art. 51.1, 7), y del proceso de revisión, que sigue llamándose erróneamente recurso (art. 51.2). Un estudio detenido de estas normas debe realizarse fuera de aquí, por caer lejos del objeto principal de este Anteproyecto.

c) Pero el Anteproyecto deja otras muchas cuestiones procesales sin resolver y, la verdad, si se ha entrado en terreno ajeno para regular lo anterior (aunque quizás exista voluntad política de dejar resuelto ya lo relativo a los TSJ, en cuyo caso se confirma la opinión antes aducida al respecto), no se comprende por qué no ha seguido con estos temas. Esto va a traer problemas gravísimos, pues si ya con la LOPJ existían dificultades de interpretación respecto a si determinadas normas estaban en vigor o derogadas, ahora ya ni podremos preguntármelo, no sea que entre en juego el criterio de la *lex posterior* y por alguna inesperada carambola volvamos a la situación anterior a la LOPJ. De entre ellos, destacaremos los siguientes olvidos:

1. La LOPJ suprimió los *Juzgados de Distrito*, sin decirnos cuáles de sus competencias actuales irían a parar a los Juzgados de Paz y cuáles a los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción. El problema se plantea concretamente respecto a:

1.º En lo civil: Los juicios verbales cuya cuantía exceda de 5.000 pesetas [arts. 715, I LEC; y 8, B) del Decreto de 24 de enero de 1947]; los juicios de cognición (arts. 486 LEC; y 26 del Decreto de 21 de noviembre de 1952); algunos procesos especiales (v. gr., en materia de arrendamientos); y los asuntos de jurisdicción voluntaria que señale la Ley [v. los

arts. 8, J) del Decreto de 24 de enero de 1947; 2.110 y 2.111-7.º LEC]; y

2.º En lo penal: Las faltas enumeradas en el art. 9, A) y B) del Decreto de 24 de enero de 1947, y en el art. 1 del Decreto de 21 de noviembre de 1952; las diligencias sumariales de prevención [art. 9, C) del Decreto de 24 de enero de 1947]; y los actos de conciliación en materia criminal [art. 9, D) del Decreto de 2 de enero de 1947].

Aquí existe una especial urgencia, porque el Gobierno debe efectuar la conversión de los actuales JD en JPIeI, o en JP, en el plazo de un año a partir de la fecha de promulgación de la LDPJ, conforme al art. 40 del Anteproyecto. Éste, a pesar de que podría haberse pensado así tras la LOPJ, no nos dice las nuevas atribuciones competenciales, por lo que habrá que estar a futuras reformas de la LEC y de la LECrim., permaneciendo la incertidumbre en estos momentos.

Esto no es tolerable si tenemos en cuenta que, como se acaba de indicar, conocen de los juicios de cognición (como es sabido, de cuantía hasta 500.000 pesetas). En nuestra opinión, lo lógico sería pensar que todos estos asuntos pasen a la competencia de los JPIeI, en base a dos argumentos decisivos: 1) Porque los Jueces de Paz tienen, según la LOPJ, las más ínfimas de las competencias judiciales que cabe tener, quizás por la posibilidad de que puedan ser Jueces legos (v. los arts. 100 y 102 LOPJ), con lo que sería un error grave atribuirles asuntos de hasta 500.000 ptas., o de desahucio, por ejemplo; y 2) Porque el sentido de la LOPJ es convertir a los JPIeI en los nuevos Jueces Municipales y Comarcales (a los que sucedieron los Jueces de Distrito), pues debe de haber uno o más JPIeI en la capital de cada partido judicial (art. 84).

2. El art. 58-2.º, 3.º y 4.º LOPJ creó el *recurso de casación en lo contencioso-administrativo*, atribuyéndolo a la competencia funcional del Tribunal Supremo. Pues bien, el Anteproyecto tampoco nos dice por qué normas se va a regir, con lo que habrá que esperar a la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, para que entre en vigor completamente esta norma.

## VI. LOS ANEXOS

El Anteproyecto que se ha comentado hasta aquí tiene tras el articulado 10 Anexos, que pasamos simplemente a enumerar:

a) El *Anexo I* recoge los Partidos Judiciales y Términos Municipales, en base a las propuestas de demarcación judicial que las CCAA,

conforme al art. 35.2 LOPJ, debían presentar. Este punto, insistimos en ello, es de suma importancia, porque se concretan aquí todos los principios anteriormente expuestos y en definitiva se materializa el acceso a la Justicia efectiva para el ciudadano. De estar bien hechos, sobre lo que no tenemos dudas, deberían ser aceptados por el Gobierno, salvo que por algún problema (como v. gr., la mezquindad política), no haya existido posibilidad de una justa distribución, lo que habría forzosamente que enmendar;

b) El *Anexo II* recoge la planta del Tribunal Supremo, según el art. 11 Antep. LDPJ;

c) El *Anexo III*, la planta de la Audiencia Nacional (art. 12.1 Anteproyecto LDPJ);

d) El *Anexo IV*, la planta de los Tribunales Superiores de Justicia (art. 13.1 Antep. LDPJ). Sólo indicar que parece que el art. 79 LOPJ no va a tener consecuencias de momento, aunque el propio art. 34.2, por ejemplo, del Anteproyecto vaya en esa línea;

e) El *Anexo V*, la planta de las Audiencias Provinciales (art. 14.1 Antep. LDPJ);

f) El *Anexo VI*, la planta de los Juzgados Centrales de Instrucción, de los Juzgados de Primera Instancia, de los Juzgados de Instrucción, y de los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción (art. 15.1 Anteproyecto LDP). A tener en cuenta, de acuerdo con el art. 89 LOPJ, esta Ley podrá establecer, como órganos distintos, en aquellos partidos en los que fuere conveniente, los Juzgados de Primera Instancia y los Juzgados de Instrucción. Esta separación, que ya se da en las ciudades grandes en la actualidad y así se recoge en el citado Anexo, puede ser efectuada también por el Gobierno, a propuesta del CGPJ, en aquellos partidos judiciales en que fuere conveniente y cuyo número de Juzgados de Primera Instancia e Instrucción fuera de diez o más (artículo 20.7 Antep. LDPJ);

g) El *Anexo VII*, la planta de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo (art. 17 Antep. LDPJ);

h) El *Anexo VIII*, la planta de los Juzgados de lo Social (art. 16 Antep. LDPJ);

i) El *Anexo IX*, la planta de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria (art. 18.1 Antep. LDPJ). A este respecto no se olvide que, de acuerdo con el art. 95.1 LOPJ, esta Ley debe determinar el número de JVP, atendiendo principalmente a los establecimientos penitenciarios existentes y a la clase de éstos. Tanto el citado Anexo como el art. 18.2 Antep. LDPJ sirven a este fin; y

j) Finalmente, el *Anexo X*, que recoge la planta de los Juzgados de Menores.

Debe destacarse que las futuras modificaciones de la planta de los Tribunales plasmada en estos Anexos podrá hacerse simplemente por Real Decreto, si se aprueba el texto del art. 20.5 Antep. LDPJ, con lo que quedaría burlada la CE (arts. 122.1; 75.3 y 81), y la LOPJ (arts. 29 y 35.1), que dejan exclusivamente en manos del Parlamento este tema. Para suprimir Juzgados de poco trabajo debe hacer falta una Ley Orgánica, siendo no ajustado a Derecho el recurso a la delegación.

Para terminar, indicar que después de su lectura creemos que el Anteproyecto es respetuoso con los arts. 30 a 37 LOPJ, salvo en los puntos de discrepancia aquí apuntados, en tanto en cuanto, consiguientemente, no desvirtúa los límites territoriales estatales, de las Comunidades Autónomas, de las provincias, de los partidos y de los municipios.

## VII. CONCLUSIONES

Ha llegado ya el momento de concluir. Dejando de lado errores terminológicos a los que ya nos tiene acostumbrados el legislador, pero que no conviene callar, como ocurre por ejemplo con el empleo de la palabra «jurisdicción», la crítica constructiva debe centrarse en los siguientes puntos:

1.º Si se cubren las plazas, bienvenido sea el aumento del 20 % de partidos judiciales y de 807 órganos judiciales. Y ojalá a finales de siglo exista un Juez en España por cada 5.000 habitantes;

2.º No nos parece bien la dependencia económica articulada en la forma que lo hace este Anteproyecto. Ni desconfiamos del Gobierno actual ni de ningún otro democráticamente elegido. Lo único que ocurre sencillamente es que pensamos que deberían ser los propios Jueces quienes hicieran el presupuesto y lo ejecutaran, es decir, el Consejo General del Poder Judicial. En cualquier caso, dadas las dificultades legales para ello en estos momentos, habría que remediar inmediatamente la falta de control parlamentario en su aplicación; y

3.º La cuestión más grave es, sin embargo, y esta conclusión debería ser meditada profundamente por aquellos órganos que puedan resolverla, que ni la LOPJ ni la LDPJ sirven para nada sin una refor-

ma a fondo de la legislación procesal. ¿De qué aprovecha poner debajo de mi casa un Juez si va a tardar cinco años en decidir el conflicto que tengo con mi vecino? Sería conveniente, por tanto, «aparcar» este Anteproyecto, emprender una reforma seria de la legislación procesal (a lo que obliga, por otra parte, la LOPJ), y cuando se consiga un proceso rápido, barato, eficaz y justo, hacer las demarcaciones y la planta. Pero como para que el proceso reúna estas esenciales características se requiere ya, so pena de incurrir en un círculo vicioso, intervenir en la planta y en la demarcación, se podría introducir una reforma provisional entretanto en este sentido, llevando más Jueces a donde el trabajo es mayor.

Razones para no seguir adelante no faltan, y poderosas. Cuando no ha gustado ni a la Asociación Profesional de la Magistratura (con 850 afiliados en números redondos), ni a Jueces para la Democracia (con unos 175 miembros), ni a la Asociación Francisco de Vitoria (con alrededor de 60 afiliados), es, sencillamente, porque no es bueno. Es difícil admitir, si se tienen profundas convicciones democráticas, que todos los representantes de los Jueces estén equivocados. Por tanto, creemos que no debería seguirse adelante con él. Pero tampoco hay que tomar decisiones drásticas, por lo que no pedimos su retirada, sino que se tenga muy en cuenta lo que digan los Jueces y que se introduzca en la Ley, salvo que se opte por la mejor solución de esperar aquellas reformas procesales.

#### VIII. NOTA BIBLIOGRÁFICA

1. La *bibliografía* sobre la planta y demarcación judiciales es muy escasa. Desde luego, muchos de los temas aquí apuntados, como la intervención de las CCAA en la demarcación judicial, los principios del Juez legal, derecho de acción procesal, proceso debido, intermediación, división del trabajo y economía procesal, tienen unas referencias bibliográficas, generales y particulares, muy conocidas, que se pueden consultar en cualquier manual al uso, al no deber ser citadas aquí. Es recomendable a estos efectos la bibliografía que citan MONTERO AROCA y ORTELLS RAMOS, *Derecho Jurisdiccional*, I Parte General, Ed. Librería Bosch, Barcelona 1987; manual que se recomienda asimismo para el estudio de los temas generales aquí apuntados. Pueden consultarse también PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, *Derecho de Tribunales*, Ed. Aran-

zadi, Pamplona 1986, pp. 206 y 207, además de otras referencias todavía más breves; y el libro de DE OTTO y PARDO, *Estudios sobre Derecho estatal y autonómico*, Ed. Civitas, Madrid 1986.

2. Un breve comentario al tema es el de TOLIVAR ALAS, *Las Comunidades Autónomas y la fijación de las demarcaciones judiciales*, en «El Poder Judicial», Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1983, t. III, p. 2599.

3. Finalmente, aspectos concretos de la demarcación en Cataluña pueden verse en FERRÁNDIZ GABRIEL, *Las demarcaciones judiciales en Cataluña: Criterios sustantivos y competencias para su establecimiento*, en «Primeres Jornades sobre l'Administració de Justícia a Catalunya», organizadas por el Consejo General del Poder Judicial y el Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, Barcelona 1983, p. 151; y en MARTÍNEZ I SAURI, *Les demarcacions judicials a Catalunya*, en la obra citada anteriormente, p. 113.

#### IX. APÉNDICE: EL ANTEPROYECTO DE LEY DE DEMARCACIÓN Y DE PLANTA JUDICIAL, DE 4 DE SEPTIEMBRE DE 1987

Se inserta a continuación el texto del articulado que ha circulado en medios especializados sobre el Anteproyecto de Ley de Demarcación y de Planta Judicial, que lleva fecha de 4 de septiembre de 1987, y que ha sido sometido a informe del Consejo General del Poder Judicial. No se publican, por tanto, los Anexos.

#### TÍTULO I

#### DE LA DEMARCACIÓN JUDICIAL

#### CAPÍTULO I

#### CIRCUNSCRIPCIÓN TERRITORIAL DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES

#### Artículo 1

El Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional y los Juzgados Centrales de Instrucción tienen jurisdicción en toda España.

**Artículo 2**

1. Los Tribunales Superiores de Justicia tienen jurisdicción en el ámbito territorial de su respectiva Comunidad Autónoma.

2. Tienen jurisdicción limitada a las provincias de Cádiz, Córdoba, Sevilla y Huelva las Salas de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla; y a las provincias de Almería, Granada, Jaén y Málaga, las que tienen su sede en Granada.

3. Tienen jurisdicción limitada a las provincias de Ávila, León, Palencia, Salamanca, Segovia, Valladolid y Zamora las Salas de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León con sede en Valladolid; y a las provincias de Burgos y Soria, las que tienen su sede en Burgos.

4. Tienen jurisdicción limitada a la provincia de Las Palmas las Salas de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Las Palmas de Gran Canaria, y a la provincia de Santa Cruz de Tenerife, las que tienen su sede en Santa Cruz de Tenerife.

5. A efectos de la demarcación judicial, las ciudades de Ceuta y Melilla quedan integradas en la circunscripción territorial del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

**Artículo 3**

1. Las Audiencias Provinciales, los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, los Juzgados de lo Social, los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria y los Juzgados de Menores tienen jurisdicción en el ámbito territorial de su respectiva provincia.

2. Sin embargo, tienen la jurisdicción limitada a uno o varios partidos o ampliada a varios partidos o a varias provincias las Secciones de las Audiencias Provinciales, y los Juzgados de los órdenes citados en el párrafo anterior, en los casos previstos en los Anexos V y VI de esta Ley.

3. A efectos de la demarcación judicial, las ciudades de Ceuta y Melilla quedan integradas en la circunscripción territorial de las Audiencias Provinciales de Cádiz y Málaga, respectivamente.

**Artículo 4**

1. Los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción tienen jurisdicción en el ámbito territorial de su respectivo partido.

2. Los partidos judiciales tienen el ámbito territorial del municipio o municipios que los integran, conforme se establece en el Anexo I de esta Ley.

3. La modificación de los límites de los municipios actuales comporta la adaptación automática de la demarcación judicial a la nueva delimitación geográfica.

4. Los partidos judiciales toman su designación del municipio de su sede.

5. Las Comunidades Autónomas determinan, por Ley, la capitalidad de los partidos judiciales, que corresponderá a un solo municipio.

**Artículo 5**

Los Juzgados de Paz tienen jurisdicción en el término del respectivo municipio del que toman su nombre.

**CAPÍTULO II****SEDE DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES****Artículo 6**

El Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional y los Juzgados Centrales de Instrucción tienen su sede en la villa de Madrid.

**Artículo 7**

1. Los Tribunales Superiores de Justicia tienen su sede en la ciudad que indiquen sus respectivos Estatutos de Autonomía y, si no la indicaren, en la ciudad en que la tenga la Audiencia Territorial existente y, cuando no exista, en la capital de la Comunidad Autónoma.

2. Los Tribunales Superiores de Justicia de Castilla-León y Andalucía tienen su sede en alguna de las Audiencias Territoriales hoy

existentes, conforme establezca la respectiva Comunidad Autónoma.

3. Las Salas de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social con jurisdicción limitada tienen su sede donde la establece el artículo 2 de esta Ley.

#### Artículo 8

1. Las Audiencias Provinciales y los Juzgados con jurisdicción provincial tienen su sede en la capital de la provincia.

2. Los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, los Juzgados de lo Social y los Juzgados de Menores con jurisdicción inferior o superior a una provincia tienen la sede que se establece en los Anexos VII, VIII y X respectivamente de esta Ley, y toman el nombre de la correspondiente población.

3. La sede de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria se establece por el Gobierno, previa audiencia de la Comunidad Autónoma afectada y del Consejo General del Poder Judicial.

#### Artículo 9

Los juzgados de Primera Instancia e Instrucción tienen su sede en la capital del partido.

#### Artículo 10

1. La determinación del edificio o edificios sede de los órganos judiciales, incluso donde deban constituirse cuando se desplacen fuera de su sede habitual, conforme prevé el artículo 268 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es competencia del Ministerio de Justicia o de la Comunidad Autónoma respectiva. Cuando se trate de Juzgados de Paz, la determinación del edificio se efectúa a propuesta del respectivo Ayuntamiento.

2. Todas las Salas y Secciones de cada órgano judicial se hallan en el municipio de su sede, salvo las excepciones previstas en esta Ley.

## TÍTULO II

### DE LA PLANTA JUDICIAL

#### CAPÍTULO I

##### PLANTA DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS

#### Artículo 11

La planta del Tribunal Supremo es la establecida en el Anexo II de esta Ley.

#### Artículo 12

1. La planta de la Audiencia Nacional es la establecida en el Anexo III de esta Ley.

2. El Presidente de la Sala de lo Penal y el Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo lo son también de su respectiva Sección Primera.

#### Artículo 13

1. La planta de los Tribunales Superiores de Justicia es la establecida en el Anexo IV de esta Ley.

2. El Presidente de cada Tribunal Superior de Justicia integra, como Presidente, su Sala de lo Civil y Penal. De los otros dos Magistrados que la componen, uno de ellos es nombrado a propuesta en terna de la Asamblea Legislativa de la Comunidad Autónoma en la forma prevista por el artículo 330 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

3. El Gobierno, previo informe del Consejo General del Poder Judicial, puede ampliar a cinco el número de Magistrados de la Sala de lo Civil y Penal en todos o algunos de los Tribunales Superiores de Justicia; en tal caso, dos de los Magistrados son nombrados a propuesta en terna de la Asamblea Legislativa.

**Artículo 14**

1. La planta de las Audiencias Provinciales es la establecida en el Anexo V de esta Ley.

2. Las Secciones de las Audiencias Provinciales, cuando hay varias, se constituyen con tres Magistrados. Los que exceden del múltiplo de tres se integran en las Secciones existentes, a razón de uno por Sección, comenzando por la primera. La creación de nuevas plazas de Magistrado en una Audiencia Provincial da lugar a la creación de una Sección completa con las plazas de nueva creación y la reducción a tres del número de Magistrados existente en otra u otras Secciones. Para la designación de los Magistrados de la nueva Sección se atiende a los solicitantes con mejor puesto escalafonal y, en su defecto, al criterio de menor antigüedad en la categoría.

**Artículo 15**

1. La planta de los Juzgados Centrales de Instrucción, de los Juzgados de Primera Instancia, de los Juzgados de Instrucción y de los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción es la establecida en el Anexo VI de esta Ley.

2. Son servidos por Magistrados los Juzgados que tienen su sede en capital de provincia, así como los demás Juzgados en que así lo establezca el citado Anexo VI.

**Artículo 16**

La planta de los Juzgados de lo Social es la establecida en el Anexo VIII de esta Ley. Tienen la jurisdicción limitada a uno o varios partidos cuando se establece en el citado Anexo VIII.

**Artículo 17**

La planta de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo es la establecida en el Anexo VII de esta Ley. Extienden su jurisdicción a varias provincias o la tienen limitada cuando se establece en el citado Anexo VII.

**Artículo 18**

1. La planta de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria es la establecida en el Anexo IX de esta Ley.

2. Además de los diecinueve Juzgados en régimen de exclusividad, existirán otros diez que ejercerán las competencias de vigilancia penitenciaria al mismo tiempo que las competencias del orden jurisdiccional penal.

3. Los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria son servidos por Jueces o Magistrados.

4. La provisión de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria se hace mediante concurso, que se resuelve a favor de quien, habiendo accedido a la categoría de Magistrado mediante pruebas selectivas en el orden jurisdiccional penal, tenga mejor puesto en el escalafón. En su defecto, se resuelve a favor de los Magistrados o Jueces con mejor puesto en el escalafón.

**Artículo 19**

1. La planta de los Juzgados de Menores es la establecida en el Anexo X de esta Ley.

2. Los Juzgados de Menores de Ceuta y Melilla tienen la jurisdicción limitada al respectivo partido judicial.

3. Los Juzgados de Menores son servidos por Jueces o Magistrados.

4. La provisión de los Juzgados de Menores se hace mediante concurso, que se resuelve a favor de quienes acrediten la especialización correspondiente en el Centro de Estudios Judiciales y tengan mejor puesto en el escalafón y, en su defecto, a favor de los Magistrados o Jueces con mejor puesto en el escalafón.

**CAPÍTULO II****MODIFICACIÓN DE LA PLANTA JUDICIAL****Artículo 20**

1. El Gobierno podrá modificar el número y composición de los órganos judiciales establecidos por esta Ley, mediante la creación de

Secciones y Juzgados, sin alterar la demarcación judicial, y oídos la Comunidad Autónoma afectada y el Consejo General del Poder Judicial.

2. En la creación de Secciones y Juzgados se tendrá en cuenta, preferentemente, el volumen de litigiosidad de la circunscripción.

3. El Gobierno, con los requisitos y conforme al criterio a que se refieren los dos apartados anteriores, podrá crear Juzgados de lo Contencioso-Administrativo con sede en capitales de provincia distintas de las previstas en esta Ley.

4. El Gobierno, conforme a los mismos requisitos, podrá acordar el aumento de plazas de Magistrados o de Magistrados del Tribunal Supremo cuando no se estime necesario crear una Sección completa.

5. El Rey Decreto de creación de Secciones, Juzgados o plazas de Magistrado dispondrá la modificación que proceda de los Anexos de esta Ley relativos a la Planta Judicial.

6. La fecha de puesta en funcionamiento de las Secciones y Juzgados de nueva creación será fijada por el Ministro de Justicia y publicada en el «Boletín Oficial del Estado».

7. El Gobierno, a propuesta del Consejo General del Poder Judicial, podrá establecer la separación entre Juzgados de Primera Instancia y Juzgados de Instrucción en aquellos partidos judiciales en que fuere conveniente y cuyo número de Juzgados de Primera Instancia e Instrucción fuera de diez o más.

8. El Ministro de Justicia podrá establecer que los Juzgados de Primera Instancia y de Instrucción, o de Primera Instancia e Instrucción, sean servidos por Magistrados, siempre que tengan su sede en capital de provincia o en población con más de ciento cincuenta mil habitantes de derecho y el volumen de cargas competenciales así lo exija.

### CAPÍTULO III

#### DESTINOS DE LA CARRERA JUDICIAL EN ÓRGANOS NO JURISDICCIONALES

##### Artículo 21

En el Consejo General del Poder Judicial prestarán servicio los miembros de la Carrera Judicial que se determinen en su plantilla, fuera de los que integran la planta prevista en esta Ley.

##### Artículo 22

1. El Gabinete Técnico de Información y Documentación del Tribunal Supremo quedará integrado por seis Magistrados, uno de los cuales desempeñará su jefatura.

2. Estos destinos se proveerán por el Consejo General del Poder Judicial mediante libre designación, con convocatoria pública y a propuesta vinculante del Presidente del Tribunal Supremo.

3. Podrán ser removidos libremente por el Presidente del Tribunal Supremo mediante orden de incorporación a destino jurisdiccional. La orden determinará la adscripción inmediata del Magistrado a las Salas del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de la Audiencia Nacional, de la Audiencia Provincial de Madrid o a los Juzgados de Madrid, según determine para cada caso el Consejo General del Poder Judicial. La primera vacante que se produzca, en Madrid, en la categoría y turno del Magistrado afectado, se le adjudicará con carácter preferente fuera de concurso.

##### Artículo 23

La Jefatura del Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial será cubierta por Magistrado del Tribunal Supremo o por quien sea promovido a dicha categoría. El Jefe del Servicio de Inspección, cuando cese en su cargo, quedará adscrito al Tribunal Supremo hasta que obtenga destino definitivo.

##### Artículo 24

En el Ministerio de Justicia, con la adscripción que determine su Reglamento Orgánico, existirán diez plazas servidas por Jueces o Magistrados. Se proveerán mediante concurso de méritos que convocará y resolverá el Ministerio de Justicia en la forma que se determine reglamentariamente.

##### Artículo 25

En el partido judicial de Barcelona, en el de Madrid y en los demás que se estime conveniente, el Gobierno, mediante Real Decreto, establecerá las plazas de Jueces o de Magistrados encargados con exclusividad del Registro Civil.

## TÍTULO III

DE LAS DISPOSICIONES ORGÁNICAS PARA LA EFECTIVIDAD  
DE LA PLANTA JUDICIAL

## CAPÍTULO I

ESTABLECIMIENTO DE LA PLANTA DEL TRIBUNAL SUPREMO  
Y DE LA AUDIENCIA NACIONAL*Artículo 26*

1. Las actuales Salas Tercera, Cuarta y Quinta de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo se constituirán en Sala única de lo Contencioso-Administrativo, en el plazo de treinta días a partir de la entrada en vigor de esta Ley.

2. El Consejo General del Poder Judicial designará al Magistrado del Tribunal Supremo, a quien corresponderá la presidencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo en lo sucesivo, entre los Presidentes de las Salas actualmente existentes.

*Artículo 27*

1. Los Magistrados actualmente destinados en las Salas de lo Civil y de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo continuarán prestando servicios en las mismas.

2. La composición de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo se acomodará a la prevista en el Anexo II, a cuyo efecto, a partir de la entrada en vigor de esta Ley, no se cubrirán y quedarán amortizadas las vacantes que se produzcan hasta que se alcance la nueva composición.

3. La composición de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo se acomodará a la prevista en el Anexo II por el mismo procedimiento, si bien la amortización de vacantes se iniciará transcurridos cinco años a partir de la entrada en vigor de esta Ley.

*Artículo 28*

A partir de la entrada en vigor de la presente Ley, el Consejo General del Poder Judicial propondrá los nombramientos necesarios para completar las Salas de lo Penal y de lo Social del Tribunal Supremo.

*Artículo 29*

En el plazo de tres meses a partir de la entrada en vigor de esta Ley, el Consejo General del Poder Judicial efectuará las adscripciones de Magistrados del Tribunal Central de Trabajo a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, siguiendo el orden de preferencia establecido en la Disposición Transitoria Decimoctava de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Efectuadas las adscripciones, el Gobierno fijará la fecha, que se publicará en el «Boletín Oficial del Estado», en que comenzará el ejercicio de su competencia, en el plazo de un mes.

## CAPÍTULO II

CONSTITUCIÓN Y ESTABLECIMIENTO DE LA PLANTA  
DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA*Artículo 30*

1. A partir de la entrada en vigor de esta Ley, las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas presentarán la terna de juristas de reconocido prestigio con más de diez años de ejercicio profesional en la Comunidad Autónoma respectiva, para cubrir plaza de Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia.

2. En el plazo de tres meses a partir de la entrada en vigor de esta Ley, el Consejo General del Poder Judicial propondrá los nombramientos de los Magistrados de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia.

3. En el caso de que dentro del expresado plazo no se hubiese recibido la terna presentada por la Asamblea Legislativa de la Comunidad Autónoma, el Consejo General del Poder Judicial efectuará las propuestas para el nombramiento de los restantes Magistrados, sin perjuicio de que aquélla pueda presentarse posteriormente.

4. Una vez hayan tomado posesión los Magistrados del Tribunal Superior de Justicia, el Consejo General del Poder Judicial declarará constituidos los Tribunales y ordenará la publicación del acuerdo en el «Boletín Oficial del Estado». En la fecha de constitución de los Tribunales cesarán en su cargo quienes fuesen Presidentes de la Audiencia Territorial.

5. El Consejo General del Poder Judicial, constituidos los Tribunales Superiores de Justicia, procederá a proponer el nombramiento de sus Presidentes y fijará la fecha de su toma de posesión, que será la misma para todos, y se publicará anticipadamente en el «Boletín Oficial del Estado».

### Artículo 31

1. La Sala de lo Civil y Penal y la de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia iniciarán el ejercicio de su competencia el día de la toma de posesión del Presidente del Tribunal.

2. Si no se hubiera efectuado aún el nombramiento de Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal, presentado en terna por la Asamblea Legislativa de la Comunidad Autónoma, se aplicarán los mecanismos previstos por la Ley para completar la Sala.

3. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia entrará en funcionamiento cuando corresponda conforme a las previsiones de esta Ley.

4. El ámbito territorial de la jurisdicción del Tribunal Superior de Justicia tendrá efectividad para cada una de sus Salas el día del inicio del ejercicio de la competencia de ésta.

### Artículo 32

1. Los Magistrados destinados en las Salas de lo Contencioso-Administrativo de las Audiencias Territoriales quedarán integrados en las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia que tengan su sede donde la tuviesen aquéllas.

2. Los Magistrados destinados en la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en Murcia quedarán integrados en la Sala del mismo orden del Tribunal Superior de Justicia de dicha Comunidad Autónoma.

3. El Consejo General del Poder Judicial propondrá los nombramientos de los Magistrados a que se refieren los apartados anteriores

de este artículo en el plazo previsto en el apartado 2 del artículo 30.

4. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia será presidida por el Magistrado que desempeña la presidencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial. En caso de ser varios, por el Presidente de mayor antigüedad en la categoría.

5. Los Magistrados integrados en la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia continuarán ejerciendo la competencia correspondiente a la Sala o Salas de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial hasta el día de iniciación del ejercicio de la competencia por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia.

6. El personal al servicio de la Administración de Justicia que preste servicios en las Salas de lo Contencioso-Administrativo de las Audiencias Territoriales quedará destinado en el Tribunal Superior de Justicia y adscrito a la Sala de lo Contencioso-Administrativo. Dicha adscripción podrá ser modificada con arreglo a lo dispuesto reglamentariamente.

### Artículo 33

1. El Gobierno, previo informe del Consejo General del Poder Judicial, determinará la fecha de efectividad de las plazas que correspondan con arreglo a las previsiones de la planta, atendiendo a un criterio de preferencia según las cargas competenciales de cada órgano.

2. La composición plena de todas las Salas deberá alcanzarse dentro del período de programación previsto en el artículo 59 de esta Ley.

### Artículo 34

1. La composición de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia será la prevista en el Anexo IV.

2. El Consejo General del Poder Judicial podrá limitar las propuestas iniciales de nombramiento al Presidente de la Sala y, si procediese, al o a los Magistrados que se estimen necesarios en cada Tribunal, sin perjuicio de completar progresivamente la planta, hasta alcanzar su composición plena.

3. Las propuestas a que se refiere el apartado anterior se efectuarán en el momento en que se estime conveniente, con sujeción a criterios de gradualidad, teniendo en cuenta las posibilidades de cobertura

de las plazas correspondientes y las vacantes que puedan originarse en otros órganos.

4. Efectuados los nombramientos, el Consejo General del Poder Judicial determinará la fecha en que cada Sala iniciará el ejercicio de la competencia, que se publicará en el «Boletín Oficial del Estado».

#### Artículo 35

En los supuestos previstos en los artículos anteriores, el plazo de cese en los órganos de procedencia y el plazo posesorio de los Magistrados y de los miembros del personal que hayan de integrarse en las respectivas Salas, se computará con sujeción a lo que se determine en el acuerdo de nombramiento o destino.

#### Artículo 36

El Consejo General del Poder Judicial, una vez hayan iniciado el ejercicio de su competencia las Salas de lo Social de la Audiencia Nacional y las de los distintos Tribunales Superiores de Justicia, y efectuadas las integraciones que prevé la Disposición Transitoria Decimotercera de la Ley Orgánica del Poder Judicial, determinará la fecha de supresión del Tribunal Central de Trabajo y finalización del ejercicio de su competencia y ordenará su publicación en el «Boletín Oficial del Estado». A partir de esta fecha, los asuntos pendientes ante dicho Tribunal serán conocidos por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en la forma que establece la Disposición Transitoria ya citada, con excepción de lo que corresponda a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

### CAPÍTULO III

#### ESTABLECIMIENTO DE LA PLANTA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES

#### Artículo 37

1. La planta inicial de las Audiencias Provinciales será la actual. El Gobierno, a tenor de las disponibilidades presupuestarias de cada ejercicio económico, y atendiendo a un criterio de preferencia por razón de cargas competenciales, determinará la fecha de efectividad de las

plazas correspondientes, hasta alcanzar la planta definitiva en el plazo de programación establecido en el art. 59 de esta Ley.

2. Cuando la planta fijada en esta Ley comprendiera un número de Magistrados inferior al actualmente previsto para la Audiencia Provincial, se amortizarán las plazas correspondientes a partir de la entrada en vigor de esta Ley, a tenor de las vacantes que se fueran produciendo.

#### Artículo 38

1. Las Audiencias Provinciales radicadas en localidades donde actualmente existan Salas de lo Civil quedarán integradas, además de por los Magistrados que actualmente las componen, por los Magistrados de las Salas de lo Civil de las Audiencias Territoriales de la sede, distribuidos en las correspondientes Secciones a tenor de lo que determine, según criterio de posición escalafonal, el Consejo General del Poder Judicial, hasta completar la planta prevista en esta Ley. El resto de Magistrados de la Sala o Salas de lo Civil quedarán integrados en la propia Audiencia, en calidad de adscritos, con arreglo al orden de preferencia escalafonal.

2. Los Magistrados adscritos según lo establecido en el apartado anterior ocuparán automáticamente las primeras vacantes que se produzcan en la Audiencia Provincial.

3. El personal al servicio de la Administración de Justicia que preste servicios en las Salas de lo Civil de la Audiencia Territorial quedará destinado en la Audiencia Provincial. La adscripción se determinará con arreglo a lo dispuesto reglamentariamente.

### CAPÍTULO IV

#### ESTABLECIMIENTO DE LA PLANTA DE LOS JUZGADOS

#### Artículo 39

1. El Gobierno, dentro de las disponibilidades presupuestarias correspondientes a cada ejercicio económico, teniendo en cuenta la marcha de los procesos de selección de miembros de la Carrera Judicial y atendiendo a criterios preferenciales según las mayores cargas de competencia, procederá de manera escalonada a la constitución, así

como a la conversión y supresión de Juzgados, necesaria para la plena efectividad de la planta prevista en esta Ley, con sujeción a los criterios que establecen los artículos siguientes.

2. La constitución de los nuevos Juzgados previstos en esta Ley se realizará atendiendo, preferentemente, a las zonas de concentración urbana, industrial y turística. Los límites geográficos de los citados partidos se mantendrán a la entrada en vigor de esta Ley.

3. El ámbito territorial de la jurisdicción de los distintos órganos, conforme a la demarcación establecida por esta Ley, iniciará su efectividad en la fecha que se determine con arreglo al apartado primero de este artículo.

4. La fecha de entrada en funcionamiento de dichos órganos se fijará de conformidad con lo dispuesto en el art. 20.6 de esta Ley.

#### *Artículo 40*

En el plazo de un año a partir de la fecha de la promulgación de la presente Ley, el Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial, efectuará la conversión de los actuales Juzgados de Distrito en Juzgados de Primera Instancia, de Instrucción, de Primera Instancia e Instrucción, o, en su caso, de Paz, con arreglo a lo dispuesto en la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

#### *Artículo 41*

1. En la fecha de entrada en vigor de esta Ley, dejarán de ejercer sus funciones las actuales Magistraturas de Trabajo y entrarán en funcionamiento los Juzgados de lo Social, con los correspondientes titulares y funcionarios adscritos a aquéllas.

2. El Gobierno, a tenor de las disponibilidades presupuestarias de cada ejercicio económico, y atendiendo a criterios preferenciales de mayores cargas competenciales, dispondrá, previo informe del Consejo General del Poder Judicial, la constitución de los Juzgados de lo Social que resulte necesaria hasta completar la planta prevista en esta Ley, en el plazo general de programación establecido en el art. 59.

3. La fecha de entrada en funcionamiento se fijará de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20.6 de esta Ley.

#### *Artículo 42*

1. El Gobierno, dentro de las disponibilidades presupuestarias de cada ejercicio económico, y atendiendo a criterios preferenciales de mayores cargas competenciales, dispondrá, previo informe del Consejo General del Poder Judicial, la constitución de los distintos Juzgados de lo Contencioso-Administrativo previstos en esta Ley, dentro del plazo general de programación establecido en el artículo 59.

2. La fecha de entrada en funcionamiento se fijará de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20.6 de esta Ley.

#### *Artículo 43*

1. El Gobierno, dentro de las disponibilidades presupuestarias de cada ejercicio económico y atendiendo a criterios preferenciales de mayores cargas competenciales, previo informe del Consejo General del Poder Judicial, acordará la constitución y determinará la sede de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria necesarios para alcanzar el número total fijado en esta Ley, en el plazo general de programación establecido en el art. 59.

2. La fecha de entrada en funcionamiento se fijará de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20.6 de esta Ley.

#### *Artículo 44*

1. El Gobierno, dentro de las disponibilidades presupuestarias de cada ejercicio económico, acordará la constitución de los distintos Juzgados de Menores, previo informe del Consejo General del Poder Judicial, en el plazo general de programación establecido en el art. 59.

2. La fecha de entrada en funcionamiento se fijará de acuerdo con lo dispuesto en el art. 20.6 de esta Ley.

#### *Artículo 45*

La entrada en funcionamiento del Juzgado o Juzgados de Menores supondrá el cese de los actuales titulares del Tribunal Tutelar de Menores cuyo ámbito territorial quede cubierto por aquél o aquéllos y la integración del resto del personal en el Juzgado o Juzgados constituidos.

**Artículo 46**

1. En la fecha de entrada en vigor de esta Ley, quedará suprimido y cesará en el ejercicio de su competencia el Tribunal de Apelación de los Tribunales Tutelares de Menores.

2. El personal que presta servicios en el Tribunal de Apelación será destinado a los órganos judiciales de Madrid, que tengan competencia en materia de menores, en régimen de titularidad de la plaza o, en su defecto, de adscripción con ocupación automática de primera vacante.

**Artículo 47**

1. La Ley de Presupuestos Generales del Estado fijará, para cada ejercicio económico, un crédito destinado a atender a la subvención en favor de los Ayuntamientos en orden a las percepciones que se prevén en el apartado siguiente de este artículo.

2. Los Jueces de Paz de poblaciones de más de siete mil habitantes de derecho percibirán del respectivo Ayuntamiento una cantidad, en la cuantía que se fija en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, en función del número de habitantes de la localidad.

3. El Ayuntamiento podrá incrementar a su cargo las percepciones a que se refiere el apartado anterior para compensar un mayor nivel de dedicación.

4. Los Ayuntamientos de municipios de menos de siete mil habitantes de derecho podrán asignar una cantidad al Juez de Paz, fijada de acuerdo con los criterios que se consideren oportunos.

5. Las percepciones a que se refieren los apartados anteriores de este artículo serán compatibles con las percepciones ordinarias obtenidas por el interesado en el ejercicio de actividades profesionales o mercantiles. En ningún caso supondrán reconocimiento de dependencia alguna con respecto al Ayuntamiento.

**Artículo 48**

1. El personal del Juzgado de Paz dependerá administrativamente del Ayuntamiento, sin perjuicio de la competencia del Gobierno y del Consejo General del Poder Judicial. Se exceptúan los funcionarios pertenecientes a los Cuerpos de funcionarios al servicio de la Administra-

ción de Justicia, allí donde se prevean las correspondientes plazas en la plantilla de dichos Cuerpos.

2. Las instalaciones y medios instrumentales del Juzgado de Paz correrán a cargo del Ayuntamiento respectivo, sin perjuicio de las subvenciones que puedan acordarse por el Gobierno, en favor de los entes locales, para atender a estas finalidades.

**Artículo 49**

1. Los actuales Jueces de Paz continuarán ejerciendo sus funciones, con la competencia que tienen actualmente asignada, hasta la entrada en funcionamiento del Juzgado de Paz constituido de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. Las percepciones a que se refiere el artículo anterior únicamente corresponderán a los Jueces de Paz nombrados a partir de la entrada en vigor de esta Ley.

**TÍTULO IV****DE LAS DISPOSICIONES DE ORDEN PROCESAL  
PARA LA EFECTIVIDAD DE LA PLANTA JUDICIAL****Artículo 50**

1. Los órganos judiciales se atenderán a las normas orgánicas, procesales y de funcionamiento actualmente en vigor, con las modificaciones que se establecen en la presente Ley.

2. De no establecerse lo contrario, los órganos de nueva planta ajustarán su modo de proceder al vigente para los órganos suprimidos de naturaleza similar.

3. La composición de las Secciones se ajustará a lo dispuesto en el artículo 198 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

4. La iniciación del ejercicio de la competencia por los órganos de nueva planta o de nueva creación previstos en esta Ley no supondrá la asunción de los asuntos en trámite ante otros órganos ya existentes, salvo en los casos de supresión de éstos y sin perjuicio de lo que pueda acordarse por vía de reparto.

**Artículo 51**

1. La competencia atribuida a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia por el artículo 73.1 a de la Ley Orgánica del Poder Judicial se ejercitará con arreglo a las normas sobre el recurso de casación previstas en los artículos 1.686 y siguientes y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en lo que fueren aplicables, con las siguientes particularidades:

1) Cuando el recurso de casación se fundamente conjuntamente en infracción de normas de Derecho Civil Común y Foral o Especial propio de la Comunidad, corresponderá entender de él a la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma, excepto si se fundamenta en la infracción de un precepto constitucional, supuesto en que la competencia corresponderá a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

2) Si se preparasen por la misma parte sendos recursos de casación contra una misma resolución ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y ante la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia, se tendrá el primero de ellos por desistido en cuanto se justifique esta circunstancia, con los efectos prevenidos en el apartado 2, del art. 410 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3) En el trámite previsto en el artículo 1.709 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Ministerio Fiscal, antes de pronunciarse sobre la procedencia o improcedencia del recurso, si entendiera que corresponde conocer de él a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en el caso de que se hubiese interpuesto ante la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia, o a éste, en el caso contrario, lo expondrá por escrito razonado, y la Sala, oídas las partes, resolverá por auto lo que corresponda, con remisión de las actuaciones y rollo de apelación, en el plazo de cinco días, y emplazamiento a las partes para que comparezcan ante la Sala que correspondiera, en el plazo de diez, sin perjuicio, en su caso, de lo dispuesto en la regla siguiente.

4) Las dudas sobre competencia que pudieran suscitarse entre la atribuida al Tribunal Supremo y al Tribunal Superior de Justicia se resolverán aplicando lo que disponen los artículos 52 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 81 a 83 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, entendiéndose referido a la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia lo que el último de los citados preceptos dispone con respecto a las Audiencias.

5) Para la vista del recurso de casación deberán concurrir el Presidente de la Sala y dos Magistrados, o el Presidente y cuatro Magistrados, si ésta fuera su composición.

6) Si el Tribunal Supremo, en la decisión del recurso, estimase que no concurre la infracción de precepto constitucional invocada, si además se hubiese fundado en infracciones de normas de Derecho Civil, Foral o Especial, remitirá las actuaciones al Tribunal Superior de Justicia que corresponda, en el plazo de quince días, con emplazamiento de las partes por plazo de diez días.

7) Los recursos de casación o nulidad establecidos en la Ley contra los laudos que dicten los árbitros de derecho o equidad respectivamente, serán resueltos por la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia, en los mismos casos y términos previstos en las anteriores reglas.

2. Los recursos de revisión se resolverán por la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia cuando la sentencia firme impugnada hubiese sido dictada por un Juzgado o Tribunal de la Comunidad Autónoma cuyo Estatuto de Autonomía hubiese previsto tal atribución. La tramitación y resolución del recurso se ajustará a lo previsto en los artículos 1.796 y siguientes y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto fueran aplicables.

**Artículo 52**

Los Magistrados de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia completarán las demás Salas del Tribunal, con arreglo al turno que se establezca de conformidad con el artículo 199 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

**Artículo 53**

1. Las Audiencias Provinciales de Albacete, Ávila, Barcelona, Vizcaya, Burgos, Cáceres, La Coruña, Granada, Guadalajara, La Rioja, Madrid, Murcia, Asturias, Baleares, Las Palmas, Navarra, Guipúzcoa, Santa Cruz de Tenerife, Cantabria, Segovia, Sevilla, Toledo, Valencia, Valladolid y Zaragoza asumen sus competencias en el orden civil a partir del día de la entrada en vigor de la presente Ley.

2. Las restantes Audiencias Provinciales conservarán las atribuciones de orden civil que les corresponden en la actualidad. El Gobierno

no, a medida que lo permita la integración de la planta de cada Audiencia Provincial, a tenor de la efectividad de las plazas y cobertura de las mismas, dispondrá la fecha de asunción plena de la competencia de orden civil por estas Audiencias Provinciales, dentro del plazo máximo de programación establecido en el artículo 59 de esta Ley, y ordenará su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

3. En tanto no asuman la plenitud de sus competencias en el orden civil las Audiencias Provinciales a que se refiere el párrafo anterior, tales competencias serán ejercidas por la Audiencia Provincial radicada en la localidad donde a la entrada en vigor de esta Ley existía Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial.

#### Artículo 54

Las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia tendrán las competencias que hoy corresponden a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de las Audiencias Territoriales, en tanto no se pongan en funcionamiento los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo.

#### Artículo 55

1. Los asuntos de que conozcan las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia contra actos o disposiciones provenientes de los órganos de la Comunidad Autónoma, no serán susceptibles de recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, salvo si en el escrito de interposición del recurso se invocase, como fundamento del mismo, la infracción de normas no emanadas de los órganos de aquélla.

2. Lo establecido en el apartado anterior se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 102 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa sobre el recurso de revisión.

3. Las dudas sobre competencia que pudieran suscitarse entre la atribuida al Tribunal Supremo y al Tribunal Superior de Justicia se resolverán de conformidad con la regla 4) del apartado 1 del art. 51.

#### Artículo 56

1. En tanto no se regulen los procesos especiales de impugnación de convenios colectivos y los procesos sobre conflictos colectivos a

que se refiere el art. 67 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional conocerá de los recursos de suplicación que se interpongan contra las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Social en tales materias, con arreglo a la legislación vigente, siempre que el ámbito territorial de aplicación del convenio colectivo o en el que haya de surtir efecto la resolución del conflicto colectivo sea superior al de una Comunidad Autónoma.

2. Las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia entenderán de los recursos interpuestos contra resoluciones de los Juzgados de lo Social en el ámbito de la Comunidad Autónoma de que actualmente conoce el Tribunal Central de Trabajo, salvo los previstos en el apartado anterior.

3. En tanto no hubiesen iniciado el ejercicio de su competencia las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia respectivos, el conocimiento de los recursos previstos en el apartado anterior seguirá correspondiendo al Tribunal Central de Trabajo.

4. Las cuestiones de competencia entre la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y el Tribunal Central de Trabajo o las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia se resolverán con arreglo a lo dispuesto en el art. 51 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

#### Artículo 57

Los Juzgados de lo Social conocerán de todos los asuntos actualmente atribuidos a las Magistraturas de Trabajo en tanto no se promulgue la ley reguladora del proceso laboral.

#### Artículo 58

1. Los Juzgados de Menores tendrán la competencia que reconoce a los Tribunales Tutelares de Menores la legislación vigente.

2. Los asuntos pendientes ante el Tribunal de Apelación de los Tribunales Tutelares de Menores, así como los recursos que se interpongan, serán resueltos por la Audiencia Provincial a la que corresponda por razón del territorio.

## TITULO V

DE LAS MEDIDAS ECONÓMICO-FINANCIERAS PARA LA IMPLANTACIÓN  
Y SOSTENIMIENTO DE LA PLANTA JUDICIAL*Artículo 59*

Se autoriza al Gobierno para programar la aplicación efectiva de la nueva planta judicial, en el período comprendido entre 1988 y 1992. Corresponderá al Ministerio de Justicia su desarrollo y ejecución.

*Artículo 60*

Para la realización de los programas de aplicación a que se refiere el artículo anterior, el importe de los créditos del Ministerio de Justicia, que se estimen necesarios para su realización, se cifrará en los presupuestos de cada ejercicio, en aquellas cantidades precisas para ejecución de los programas anteriormente citados.

*Artículo 61*

Previo cumplimiento de los requisitos establecidos en la vigente legislación sobre contratación administrativa, podrá contratarse la totalidad de las obras, suministros, adquisiciones o servicios incluidos en el programa, aun cuando su ejecución deba tener lugar en varias anualidades y excedan del número de ejercicios y de los porcentajes señalados en el número 3 del art. 61 de la Ley General Presupuestaria, sin que los compromisos totales anticipados para cada año superen el ochenta por ciento de los créditos previstos para cada uno de los años de ejecución del programa.

*Artículo 62*

En el caso de que la especial índole de las adquisiciones o inversiones exija, en alguna anualidad, un desembolso superior al importe de los créditos habilitados como consecuencia de lo dispuesto en los artículos anteriores, el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Economía y Hacienda, y a iniciativa del de Justicia, podrá conceder las amplia-

ciones de crédito necesarias, debiendo incluir cada propuesta de ampliación en el calendario de compensación de la cantidad ampliada, mediante la reducción correspondiente en el importe de la anualidad o anualidades de los ejercicios siguientes dentro del período fijado para la ejecución del programa.

*Artículo 63*

La declaración de utilidad pública a que se refiere el art. 10 de la Ley de Expropiación Forzosa se entenderá implícita respecto de las expropiaciones de los inmuebles necesarios para el adecuado cumplimiento de la presente Ley.

## DISPOSICIONES TRANSITORIAS

*Primera*

En tanto las Comunidades Autónomas no determinen la capitalidad de los partidos judiciales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ésta se entenderá reconocida al municipio que la ostentare a la entrada en vigor de esta Ley; si existiesen varios, al municipio en que radicasen más Juzgados de 1.ª Instancia e Instrucción; en caso de igualdad, al de mayor población de derecho, y en su defecto, al municipio o municipios en que radicasen Juzgados de Distrito, con igual criterio de preferencia.

*Segunda*

Los Presidentes de las actuales Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que no sean nombrados para la presidencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del mismo mantendrán, a título personal, los derechos económicos que correspondan a un Presidente de Sala del Tribunal Supremo, presidirán las Secciones que puedan constituirse y continuarán formando parte de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo.

### Tercera

1. Los Presidentes de las actuales Salas de lo Contencioso-Administrativo de las Audiencias Territoriales a los que no correspondiera la Presidencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia presidirán, en su caso, las Secciones que pudieran constituirse y mantendrán los derechos económicos correspondientes a un Presidente de Sala, mientras no obtuviesen otro destino, pero sin derecho, por este solo carácter, a formar parte de la Sala de Gobierno.

2. Los Presidentes de las Salas de lo Civil de las Audiencias Territoriales mantendrán únicamente, a título personal, los derechos económicos correspondientes a un Presidente de Sala, en tanto no obtuvieren otro destino.

### Cuarta

El actual Jefe del Gabinete Técnico de Información y Documentación del Tribunal Supremo continuará desempeñando sus funciones hasta que le corresponda cesar. En este caso, pasará a ocupar la primera vacante que se produzca en el Tribunal Supremo, correspondiente al turno por el que fue promovido a dicho Tribunal.

### Quinta

En tanto no se produzca la constitución de los Juzgados de Menores, y sin perjuicio de lo establecido en la Disposición Transitoria Vigésima sexta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Consejo General del Poder Judicial podrá proceder al nombramiento de miembros de la Carrera Judicial para las plazas correspondientes a los Tribunales Tutelares de Menores, disponiendo el cese de sus actuales titulares.

### Sexta

Los miembros de la Carrera Judicial a que se refiere la Disposición Transitoria Vigésima quinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, podrán participar en el concurso de méritos a que se hace referencia en el artículo 24 de la presente Ley. Si no obtuviesen plaza en el referido concurso, en el plazo de tres meses a partir de la fecha de la resolución, deberán optar por pasar al servicio activo en la Carrera Judicial, quedando adscritos al Tribunal Superior de Justicia o Audiencia Provincial de Madrid hasta que obtengan destino en propiedad, o pasar a la situación de excedencia voluntaria en la misma.

## EXEQUATUR DE TITULOS PUBLICADOS

*Yearbook Commercial Arbitration*, vol. XII, 1987, Kluwer, XXI + 605 páginas, 92 \$ USA.

Con absoluta regularidad aparece el por ahora último volumen del principal Anuario en materia de arbitraje comercial. Como en los precedentes, aparece dividido en varias partes que incluyen informes nacionales, laudos arbitrales, reglamentos de arbitraje, jurisprudencia y lista de instituciones arbitrales. Los materiales son de suma actualidad y recogen exhaustivamente las principales novedades a todos los niveles en materia de arbitraje comercial durante el año 1987.

Entre los informes nacionales, este volumen recoge el relativo a nuestro país, obra del profesor Bernardo Cremades. Con todo, las informaciones en él recogidas son sumarias, seguramente en aras de la claridad del mensaje. Incluso parece probable que haya transcurrido un largo tiempo entre la fecha del manuscrito y la fecha de publicación, pues p. ej. la relación de Tratados bilaterales suscritos por España no está al día. Es de esperar que en un futuro inmediato se revise la información.

También merece especial mención las reseñas de laudos del Tribunal arbitral Irán-USA, una de las experiencias más señeras en la historia del arbitraje.

Junto con este volumen se entrega un completísimo índice de los doce números aparecidos. En 189 páginas se condensa y ordena una información utilísima sobre el arbitraje comercial internacional.

KASSIS, Antoine, *Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international*, tomo I, *Arbitrage jurisdictionnel et arbitrage contractuel*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1987, 408 páginas, 300 FF.

Se trata de un libro sugestivo, pero que desde el punto de vista de la construcción dogmática pudiera suscitar no pocas controversias. No se trata del clásico problema de las diversas teorías sobre la naturaleza del arbitraje, que se polarizan en torno a las tesis jurisdiccionalistas y contractualistas. El autor presenta bajo la cobertura del arbitraje contractual aquellas formas de intervención de terceras personas en la perfección de

negocios jurídicos, que no siempre se distinguen claramente del verdadero arbitraje. El problema se complica aún más cuando el autor trata de distinguir entre amigable composición y arbitraje de equidad.

Evidentemente, en no pocos casos, el principal problema es la terminología que utilizan los diversos ordenamientos jurídicos. Rúbricas similares encubren instituciones diversas. Por ello se corre el riesgo de que, según quien sea el interlocutor, se esté refiriendo a cosas distintas, con el consiguiente riesgo de incompreensión. El autor echa mano del derecho comparado para exponer la situación. No hay referencias al derecho español, que seguramente podría aportar algunas conclusiones interesantes.

*Beiträge zum International Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtsbarkeit*, Festschrift für Heinrich Nagel zum 75. Geburtstag. Herausgegeben von W. J. Habscheid und K. H. Schwab, Verlag Aschen-dorff, XVIII + 502 páginas, 128 DM.

La obra contiene 30 estudios de la mayor solvencia sobre problemas de derecho procesal internacional y arbitraje. Han colaborado en el volumen los profesores Ahrens, Barbosa, Fasching, Geimer, Gottwald, Habscheid, Henckel, Von Hoffmann, Jayme, Kerameus, Kornblum, Kropholler, Laschet, Leipold, Linke, Matscher, Mezger, Mitsopoulos, Pfaff, Rechberger, Roth, Rüssmann, Schlosser, Schmidt, Schütze, Schumann, Schwab, Stürner, Sturm y Vollkommer.

La lista de especialistas da idea de la riqueza del contenido de la obra, de la que sería injusto reseñar un artículo con preferencia a otros. Con todo, quisiera llamar la atención, por su novedad, sobre el único estudio que resulta extraño al contenido de la obra. Se trata de la contribución de Russmann sobre la matemática de la prueba de testigos. Quien quiera ver reducida a fórmulas matemáticas toda la mecánica de la prueba de testigos debiera sin duda dedicarle especial atención a dicho estudio.

Al principio del volumen se recoge la bibliografía completa del home-najeado, sobresaliente especialista en el campo del proceso internacional.

**BRUNS, R.-PETERS, E.**, *Zwangsvollstreckungsrecht*, 3.<sup>a</sup> edición, Verlag Vahlen, Munich, 1987, XIII + 383 páginas, 65 DM.

La obra del profesor de Marburg es un clásico de la ejecución forzosa. Nació como libro didáctico, con clara exposición y abundantes ejemplos prácticos, y así ha permanecido en el tiempo. Esta edición es una puesta al día en jurisprudencia y literatura de la mano del profesor Peters. Se incluye asimismo un capítulo sobre los principios del proceso de ejecución.

**HEISS, Bernhard-Rudolf**, *Einstweiliger Rechtsschutz im europäischen Zivilrechtsverkehr*, Duncker & Humblot GmbH, Berlín, 1987, 108 páginas, 48 M.

Si existe algún tema de contenido siempre excitante en materia procesal, sin duda las medidas cautelares se llevarían la palma. Si además se trasciende el derecho interno y el problema se plantea en el plano internacional, el tema pone a prueba cualquier dogmatismo científico.

Como es sabido, el artículo 24 del Convenio de Bruselas de 1968 deja abierta la posibilidad de solicitar medidas cautelares ante cualquiera de los Tribunales de los estados parte en el Convenio, sin perjuicio de cuál sea el Tribunal competente en cuanto al fondo del asunto. Si las actuaciones se mantuviesen siempre en el ámbito estrictamente cautelar, la regla pudiera considerarse útil y correcta. Sin embargo, muchos derechos nacionales permiten en vía cautelar decisiones que realmente condicionan el fondo del asunto o inclinan el balance inicialmente en favor de una de las partes. Ello resulta todavía más drástico cuando la medida se solicita ante un Tribunal con competencia exorbitante, simplemente aprovechándose de las facilidades del art. 24 del Convenio de Bruselas. El libro trata de plantear y buscar una línea moderada de actuación que permita compaginar la necesidad de las medidas cautelares con la prevención de los posibles abusos.

Obra sugestiva, no obstante su brevedad.

**FERID-FIRSCHING**, *Internationales Erbrecht*, Verlag C. H. Beck, Munich, 1988.

Puesta al día de esta monumental obra sobre las sucesiones internacionales. La entrega incluye un nuevo país, Albania, y actualiza la información referente a Ecuador, Francia, México y varios estados USA.

**GRABITZ**, *Kommetar zum EWG Vertrag*, C. H. Beck, Munich, 1987.

La obra base se pone al día con la incorporación de los Comentarios al Acta Unica Europea, que entró en vigor el 1 de julio de 1987. Se revisan en consecuencia los diversos capítulos de la obra base afectados por esta novela legislativa.

Para darse una idea de la importancia de la puesta al día, baste considerar que incluye unas 500 páginas revisadas.

*Jura Europae*, Obra de hojas recambiables publicada por C. H. Beck, Munich, 1987-1988.

Las últimas puestas al día afectan al derecho de sociedades, que recoge las modificaciones habidas en derecho inglés, francés, italiano y alemán.

También se ha actualizado el capítulo belga y francés en lo relativo al derecho de establecimiento.

A recordar que la obra base constituye una enciclopedia plurilingüe del derecho de los países miembros de la CEE en relación con los aspectos de derecho comunitario. Los textos no sólo se publican en alemán, sino también en francés e inglés.

*Lexikon des Rechts*, Hermann Luchterhand Verlag, 1987.

Se siguen completando los capítulos de esta obra concebida en forma de diccionario enciclopédico con diversas aportaciones. Las últimas entregas se refieren a derecho del trabajo, derecho de propiedad, historia del derecho y derecho de sucesiones.

WEYLAND, P., *Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz in der Zwangsvollstreckung*, Duncker & Humblot, GmbH, Berlín, 1987, 231 páginas, 86 DM.

La monografía aborda una interesante problemática que se plantea en materia de ejecución forzosa, en cuyo momento entran en colisión el derecho del acreedor a obtener satisfacción y el ámbito del respeto de los derechos fundamentales del deudor. El autor, siguiendo a la doctrina procesal y constitucional alemana, apela al principio de proporcionalidad para dar solución al problema. Tal principio, entre otras manifestaciones, prohibiría la adopción de medidas ejecutivas condenadas al fracaso y la elección de los medios de ejecución menos gravosos para el deudor. La idoneidad y la necesidad de las medidas configuran así en sus justos límites el alcance de la ejecución forzosa.

El tema es de suma actualidad y carece en nuestra literatura de precedentes. Pero no por ello deja de tener aplicación a nuestra ejecución forzosa, que muchas veces no es el medio más idóneo para extraer el mayor provecho posible del patrimonio embargado.

VARVITSIOTIS, D., *Einführung in die Rechtsnatur der Aufrechnungseinrede im Zivilprozess*, Verlag Peter Lang AG, Frankfurt, 1987, 236 páginas, 50 FS.

Una vez más se revisa el famoso tema de la compensación en el proceso civil, que siempre ha servido como ejemplo de las mejores ejercitaciones dogmáticas al estilo clásico. El contenido no defrauda dicho esquema, pues es obvio. Ordenadamente se estudia la naturaleza jurídica de la compensación, exponiendo los pros y los contras de las diversas teorías. Luego se estudia su articulación procesal, básicamente desde la fórmula de la excepción, y finalmente se aborda el tema más espinoso: el alcance de la cosa juzgada.

Seguramente el contenido viene un tanto condicionado por el punto de partida a que alude el título: la compensación como excepción, perspectiva clásica en la doctrina alemana. Quedan un tanto marginados los temas que se derivarían de la compensación ejercitada en vía reconventional. Con todo, la obra resume el estado de la cuestión en la dogmática alemana actual.

BALDI, R., *El derecho de la distribución comercial en la Europa comunitaria*, EDERSA, Madrid, 1988, XVI + 375 páginas.

Esta obra de Baldi viene precedida del éxito de su edición original en lengua italiana, que se ha visto luego extendida a otras lenguas europeas. Las razones del éxito son obvias. Fuera del contrato de compraventa ningún otro tema alcanza más impacto en el comercio internacional que la distribución comercial. A ello contribuyen diversos factores. Por un lado, las fórmulas en uso son múltiples y las fronteras entre una y otra no siempre claras. Por otro lado, los ordenamientos internos no siempre regulan con claridad dichas figuras. En este terreno el legislador ha ido siempre un poco a remolque de los hallazgos de la práctica. En fin, el derecho comunitario incide en un terreno en el que la libre concurrencia y el mercado único son factores dinamizantes e interactivos.

Para el público español la obra presenta el aliciente de tratar con una visión sistemática las diversas figuras que pueden incidir en el campo de la distribución comercial. Por supuesto, se estudia la figura del agente de comercio, la del distribuidor en sentido estricto y la del concesionario. Pero también se estudian el *franchising* y algunas figuras jurídicas menores como el corredor o el comisionista.

Particular mención merecen los aspectos que caen dentro del ámbito del derecho comunitario: el alcance de las cláusulas de exclusiva y la libre concurrencia, la ley aplicable al contrato y también los problemas procesales, sobre todo desde la perspectiva de la Convención de Bruselas de 1968. En resumen, una obra destinada claramente a servir de guía a la práctica para la opción por uno u otro modelo en materia de distribución comercial.

*Effiziente Rechtsverfolgung*, Deutsche Landesberichte zur VIII. Weltkonferenz für Prozessrecht in Utrecht, Herausgegeben von Peter Gilles, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1987, X + 211 páginas.

En 1987 se celebró en Utrecht el VIII Congreso Internacional de Derecho Procesal, bajo el lema de la eficacia de la justicia. En esta obra se recogen, una vez más, bajo la iniciativa del profesor P. Cilles, las ponencias nacionales de los profesores alemanes sobre los temas del Congreso.

En el libro se encuentran los trabajos de Stürner (Causas de la ineficacia del procedimiento judicial), Röhl (La saturación de los Tribunales), Schütze (Mejora del procedimiento civil a tenor de la experiencia del arbitraje), Koch (Lecciones para el procedimiento civil extraídas del proceso administrativo), Gottwald W. (Alternativas informales para la justicia civil), Leibold (Medidas cautelares), Gottwald P. (Cómo tratar el exceso de asuntos en los Tribunales de apelación), Koch (Ejecución de sentencias y laudos extranjeros) y Grunsky (Simplificación de la prueba).

MARTÍNEZ CALCERRADA, L., *Derecho médico*, 3 volúmenes, Editorial Tecnos, Madrid, 1986, 989, 1027 y 958 páginas, respectivamente.

Esta monumental obra puede calificarse de verdaderas pandectas del derecho médico. Hasta ahora, lo habitual eran estudios sectoriales sobre temas médicos con trascendencia jurídica, sobre todo en el ámbito de la medicina forense. En este caso, se ha optado por una obra enciclopédica que cubre los diversos aspectos del tema, con la colaboración de varios especialistas.

El volumen I está dedicado al derecho médico general y especial. En él se recogen los temas doctrinales y de fondo. Se ha optado por exponer las diversas facetas de la actividad médica en relación con cada uno de los sectores jurídicos. Así nos encontramos con el estudio del médico ante el derecho civil, el derecho penal, el derecho laboral, el derecho administrativo y el derecho fiscal. Sin duda que la actividad médica es polifacética y seguramente se resiste a un ensayo de conjunto desde el punto de vista jurídico, pero que no debiera excluirse de antemano. Ello no significa que el análisis sectorial carezca de interés. Al contrario, en cada caso se intenta profundizar en la filosofía de las instituciones a nivel de ensayo. Junto con los temas tradicionales criminalísticos, se encuentra la problemática más moderna que afecta, por ejemplo, a los trasplantes, a la inseminación artificial o a la igualdad de sexos. Es por ello que no faltan referencias a cuantos problemas suele plantear la actividad médica.

El volumen II es un código de la legislación médica actual, compuesto en su mayor parte por las disposiciones administrativas que regulan la profesión médica.

En el volumen III se recopila toda la jurisprudencia publicada del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. El grueso de la jurisprudencial corresponde a la Sala de lo Laboral del Tribunal Supremo. En cambio sólo se pueden contabilizar cinco sentencias de la Sala de lo Civil.

La obra es de interés jurídico general, incluidos los procesalistas, y es de esperar que se mantenga actualizada.

POMBO, F., *Doing business in Spain*, Matthew Bender, Nueva York, 1987.

Bajo un título sugestivo y muy al gusto americano se presenta esta ambiciosa recopilación de datos sobre el derecho español para uso de gentes con prisa sin nociones del idioma castellano. En pequeñas píldoras se recogen sumarias informaciones sobre la organización jurídica del Estado español y las más variadas materias, no sólo las que tienen relación con el mundo de los negocios: conflictos de leyes, inversiones extranjeras, permisos de trabajo, responsabilidad contractual y extracontractual, derecho de propiedad, garantías, propiedad industrial, derecho mercantil, fiscal y laboral, etc. Se contienen asimismo dos capítulos relativos al derecho concursal y al derecho procesal.

No puede decirse que la obra obedezca a un sistema lógico. Más bien se han yuxtapuesto las materias, una a continuación de otra, a medida que se va engrosando la obra. La información que proporciona la obra es forzosamente muy sumaria, dado que pretende abarcar todos los campos. No por ello puede dejar de ser útil como primera información o guía en lengua inglesa de determinados aspectos de las leyes españolas. Pero el lector hará bien en confirmar la vigencia de las disposiciones citadas, pues muchas de ellas afectan a sectores en plena renovación y en constante movimiento.

En cuanto a la traducción se ha adoptado un criterio de literalidad, ya que no es fácil profundizar en el tema. Pero ello también debe ser una advertencia para el público de habla inglesa, pues debe tamizar el mensaje.

ALTMAN, M. A.-WEIL, R. I., *How to manage your law office*, Matthew Bender, 1987 (puesta al día).

La organización de los servicios profesionales de la abogacía está necesariamente abocada a grandes cambios en nuestro país. Los países anglosajones llevan años de adelanto en cuanto a organización se refiere. Esta obra puede ser de suma utilidad para cuantos quieran comenzar a planear su puesta al día en la gestión y comercialización de servicios jurídicos. En ella se encontrará una información de primera mano sobre cómo organizar un despacho de abogados o el departamento jurídico de una empresa, comenzando por el diseño y planificación de la oficina, pasando por el mobiliario y maquinaria a instalar y terminando por el soporte administrativo y de personal. Capítulos específicos están dedicados a las asociaciones de

abogados, a los honorarios profesionales, los sistemas de previsión, fusiones y convenios con otras firmas, etc.

En el terreno del *management* hay que reconocer que los americanos son unos expertos. La obra es verdaderamente completa y, aunque no se aspire a implantar una gran firma de abogados, puede ayudar incluso a aquéllos que quieran sacar rendimiento de su práctica artesanal.

BAR, Christian v., *Internationales Privatrecht, erster Band, allgemeine Lehren*, C. H. Beck, Munich, 1987, XLIII + 565 páginas, 118 DM.

El derecho internacional privado alemán ha sufrido una importante reforma a partir del 1 de septiembre de 1986. La obra del profesor de la Universidad de Osnabrück constituye a la vez un manual y una obra de consulta sobre el nuevo sistema. A pesar de ser contemporánea de la reforma, el libro no es ninguna lectura superficial de la misma, si acaso todo lo contrario, con exhaustivas notas bibliográficas y citas jurisprudenciales.

La obra se abre con un sugestivo capítulo sobre las relaciones entre derecho uniforme, derecho comparado y derecho internacional privado, que da pie al estudio de temas de suma actualidad como la *lex mercatoria* internacional o la realidad de un derecho transnacional. Desde el punto de vista dogmático es también profundo el capítulo dedicado a la teoría y el método del derecho internacional privado.

Particular interés para nuestros lectores merece el capítulo dedicado al derechos procesal internacional, que se centra en torno a los problemas de la aplicación del derecho extranjero en el proceso y del reconocimiento y ejecución de resoluciones.

LANGE, D. G.-BLACK, S. F., *Zivilprozess in den Vereinigten Staaten*, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, Heidelberg, 1987, 202 páginas, 86 DM.

Se trata de un libro escrito por prácticos para la práctica. El objetivo es familiarizar a las empresas alemanas con las particularidades del sistema procesal americano, tal como confiesa el subtítulo del libro. Por ello, las informaciones que se recogen siguen el orden lógico de las preguntas que se formulan a un abogado, cuando uno tiene que habérselas con la aventura de un proceso en América. El libro contiene asimismo atisbos de las vías que pueden llevar a la declaración de incompetencia de los Tribunales americanos, como un medio de defensa no desdeñable.

En los apéndices se recogen los Convenios de La Haya sobre comisiones rogatorias y pruebas.

RIGAUX, F., *Droit international privé, Maison F. Larcier S.A., 2.ª edición*, Bruselas, 1987, XC + 386 páginas, tomo I.

Se trata de un manual serio de derecho internacional privado, en el que se encuentran los capítulos clásicos sobre la significación del derecho internacional privado, la norma de conflicto, la nacionalidad, etc. Los problemas procesales reciben un tratamiento específico y detallado: el sistema de competencia judicial internacional, el arbitraje, el reconocimiento y ejecución de sentencias, el auxilio judicial, la aplicación del derecho extranjero tanto ante los Tribunales de instancia como el Tribunal de casación, son el grueso de las materias de este primer volumen.

El autor está familiarizado con la literatura en lengua castellana. Las páginas en números romanos contienen un valiosísimo fondo bibliográfico para el estudio de la disciplina.

PATERSON, Robert K. and THOMSON, Bonita J., *UNCITRAL arbitration model in Canada*, Carswell, Toronto, Vancouver, 1987, XII + 253 páginas.

Canadá ha sido el primer país que, aun disponiendo de un organismo como el International Commercial Arbitration Centre (BCICAC), ha introducido en el ámbito de su Ordenamiento jurídico aspectos estrechamente relacionados con el UNCITRAL Model Arbitration Law.

El presente volumen es fruto de los trabajos elaborados por el BCICAC y la Universidad de British Columbia, junto con las autoridades de dicho departamento, reuniendo a un importante grupo de expertos en arbitraje comercial internacional de todo el mundo, tanto juristas, abogados, como árbitros y *managers* de empresa, que analizaron en profundidad los diferentes aspectos procedimentales en torno al arbitraje comercial internacional y a la conciliación. Entre ellos se encuentran las aportaciones de H. C. Álvarez, J. Blom, C. Croft, W. C. Gramam, G. Herrmann, M. F. Hoellerling, S. Jarvin, N. T. Nemetz, R. K. Paterson, K. Sond, T. Houzhi, B. J. Thompson, B. H. Tisdall, D. Tung Shih-Chung y R. Wilberforce.

La obra aparece dividida en tres partes. Resaltamos, como aspectos más interesantes, el análisis realizado respecto de los posibles diferentes métodos o sistemas de resolución (alternativas) de los conflictos en que aparecen implicados intereses transnacionales.

DASHWOOD, A.; HACON, R. J., y WHITE, Robin, C. A., *A Guide to the Civil Jurisdiction and Judgments Convention*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, The Netherlands, 1987, XLII + 604 páginas.

El presente volumen analiza con detalle el contenido del Convenio de 27 de septiembre de 1968 sobre *Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters*, que viene a desarrollar el artículo 220 del Tratado de la Comunidad Económica Europea en lo relativo al reconocimiento y ejecución de sentencias entre los países miembros, recogiendo además el conjunto de textos (protocolos, adhesiones, modificaciones, etc.) conexos y posteriores a dicho Convenio.

Destacamos el análisis acerca de la naturaleza e interpretación del Convenio, así como de las materias propias de su regulación, con especial referencia al conjunto de materias excluidas del ámbito de su aplicación (capacidad civil, relaciones patrimoniales dentro del ámbito matrimonial, testamentos y sucesiones).

El capítulo Tercero alude a la Jurisdicción, regulada en el Título II del Convenio; el ámbito de aplicación del Convenio incide sobre los Estados Contratantes, que son todos los de la CEE excepto Portugal, Grecia y España. La determinación del domicilio (*actor sequitur forum rei*), con las especialidades propias del Reino Unido, los accidentes y perjuicios causados (*forum delicti commissi*), jurisdicción en materia marítima, supuestos especiales en materia de seguros, contratos de consumidores, son, todos ellos, también analizados en este capítulo.

Otros aspectos estudiados son el reconocimiento y ejecución de sentencias, con los problemas que se plantean en torno al orden público, incompatibilidades respecto de Estados no contratantes, etc., junto con las relaciones con otros Convenios existentes entre los propios Estados contratantes, destacando el Convenio entre Francia y Suiza.

Por último, destacar la actuación de la Corte Europea de Justicia en materia de interpretación de las posibles cuestiones que la aplicación del Convenio pueda suscitar.

El libro recoge asimismo una gran cantidad de materiales, entre los que destacan los trabajos preparatorios de la propia Convención. Por ello puede considerarse como una verdadera enciclopedia de la Convención de Bruselas.

#### J. SOLÉ

BERNSTEIN, Ronald, *Handbook of Arbitration Practice*, Sweet Maxwell, Londres, 1987.

Nadie cuestiona hoy en día el auge del arbitraje como solución a la multiplicidad de problemas que surgen con respecto al comercio, nacional e in-

ternacional, y también respecto de otros litigios de orden civil. Desde la perspectiva de análisis de esta institución, enmarcada en el ámbito del derecho anglosajón, se nos presenta este Manual de Práctica Arbitral que resulta de especial interés por varios motivos. Así, destacamos la ventaja adquirida en materia de arbitraje por parte del ordenamiento anglosajón, adecuando sus disposiciones a las peculiaridades de las diferentes materias a tratar. Esta ventaja permite analizar desde la vertiente de una experiencia ya consolidada una serie de cuestiones que tienden a repetirse en supuestos *a priori* diferentes, pero con nexos comunes entre sí. También es reseñable el contenido eminentemente práctico con que son analizados los diez capítulos o partes en que se divide la obra.

Dentro de lo que serían los principios generales de la materia, son analizados temas como la naturaleza y objeto del arbitraje, constitución del tribunal arbitral, remuneración de los árbitros, su ámbito de actuación, así como sus posibles dilaciones y retrasos, la sentencia o laudo arbitral y costes.

Otros temas interesantes dentro del contenido de la presente obra son el arbitraje en materia de construcción, así como en el ámbito del Derecho marítimo, donde dicha institución adquiere especial relevancia, junto con los arbitrajes en el comercio internacional.

En definitiva, este libro es recomendable, tanto por la información y conocimientos prácticos que aporta, no sólo para aquellas personas que se vean envueltas en procesos arbitrales por primera vez sino también para los que ya estén familiarizados en materia arbitral, destacando las particularidades propias del procedimiento arbitral anglosajón.

INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, *Comparative arbitration practice and public policy in arbitration*, General editor Pieter Sanders, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, The Netherlands, 1987, X + 402 páginas.

El presente volumen recoge los trabajos elaborados en el seno del International Council for Commercial Arbitration (ICCA), en su VII Congreso celebrado en la ciudad de Nueva York en mayo de 1986, tratando esta vez dos temas de especial relevancia en el ámbito del arbitraje internacional.

El primero de ellos analiza lo que podría definirse como la práctica arbitral comparada, desde la perspectiva de las diversas vicisitudes que aparecen en el mundo del arbitraje comercial internacional. El método de trabajo seguido parte del estudio y discusión de cuantos problemas se puedan plantear sobre la materia arbitral analizando un caso hipotético especialmente preparado, del cual surgen temas que son estudiados tanto por destacadas personalidades de instituciones y asociaciones de arbitraje como por abogados y profesores de Universidad de diferentes nacionalidades. El análisis comparativo realizado en base a los posibles criterios de actuación aportados en función del estudio sobre el caso hipotético planteado indica

la tendencia progresiva hacia una internacionalización de la práctica arbitral, al existir, paulatinamente, mayor número de aspectos comunes que diferencias, así como una voluntad de llegar al establecimiento de criterios y normas generales, aceptados por la mayoría de países.

El segundo tema estudiado hace referencia a la noción de *orden público* en arbitraje, destacando los problemas que surgen respecto de un concepto como el de orden público siempre polémico al no tener un carácter y tratamiento homogéneo en los diferentes ordenamientos legislativos. Destacamos el análisis realizado respecto de temas como el orden público respecto del procedimiento arbitral, y de la ley aplicable al litigio planteado. También reseñar la incidencia en materia de orden público desde la perspectiva de sistemas como el soviético, el argentino, egipcio, etc., analizados en la última parte de este trabajo.

J. SOLE

SCHWEBEL, Stephen M., *International arbitration: Three salient problems*, Grotius Publications Limited, P.O. Box 115, Cambridge, 1987, CB3 9BP, UK, 33 £.

En el ámbito del arbitraje internacional, tanto a nivel interestatal como a nivel comercial privado, cada día adquiere mayor relevancia la actividad del Tribunal Arbitral, no tan sólo por su propia gestión sino también en relación a los diferentes problemas que se suscitan entre las partes que se someten al arbitraje. El presente volumen analiza con rigor tres problemas, ya comunes en materia arbitral debido a la experiencia anglosajona sobre el tema, cuales son: en primer lugar, la relación existente y las cuestiones que plantea la cláusula arbitral y el contrato o convenio principal en el cual aparece integrada. Se discute si la invalidez, finalización, nulidad o la suspensión del dicho contrato o convenio pueden viciar las obligaciones arbitrales contraídas entre las diferentes partes.

En segundo término, se discute si el rechazo a la práctica arbitral puede entenderse o significar una negación a la voluntad de ser aplicada para la resolución del problema los principios acuñados en el ámbito de la Justicia internacional, dentro de los supuestos de la aplicación arbitral interestatal.

En tercer lugar, los problemas que genera la retirada, o bien abstención de participar, incapacidad o muerte, de un miembro del Tribunal Arbitral, respecto tanto de los intereses del Estado como de los intereses propios de la entidad a la cual representa. Ello en los supuestos, frecuentes en la práctica, en que el convenio o contrato no prevea tal posibilidad, dado que en los casos en que esté previsto ya se determina una solución más o menos coherente para el caso en cuestión, según sus características.

Cada uno de estos tres temas, de eminente interés práctico, aparecen respaldados, como ya es tradicional en la literatura jurídica anglosajona, por un elevado número de precedentes, relacionados todos de forma directa o indirecta con los supuestos mencionados.

J. SOLE

TARZIA, Giuseppe, *Manuale del processo del lavoro*, Giuffrè, Milán, 1987, XI + 300 páginas.

Se trata de la tercera edición del manual sobre el proceso laboral escrito por el Prof. Tarzia de la Universidad de Milán. Esta obra nos ofrece un magnífico camino para penetrar en el conocimiento del proceso laboral italiano; a lo largo de sus páginas se van abordando sistemáticamente los principales temas que pertenecen a esta rama del Derecho procesal. En su primer capítulo se define el conjunto de controversias que pueden acceder a este tipo de proceso; en el segundo, se trata la conciliación extrajudicial y el arbitraje como medios alternativos de solventar los litigios nacidos de las relaciones laborales; en el capítulo tercero, que es el más extenso, se estudia con detalle el que puede considerarse el procedimiento laboral ordinario que está recogido en los artículos 413 y ss. del Código Procesal Civil italiano; el cuarto se ocupa de los medios de impugnación y en el quinto, y último, se analizan distintos procesos especiales que afectan a la materia laboral.

ASENCIO MELLADO, J. M.<sup>a</sup>, *La prisión provisional*, Editorial Civitas, Madrid, 1987.

La libertad, entendida como Derecho Fundamental, es el derecho más digno de protección, por ser, sin duda, el más relevante de los atribuidos a la persona humana. Así lo recoge el artículo 17 de la Constitución española de 1978, y así lo entienden los demás textos normativos de inferior rango.

Es por ello que toda medida que restrinja la libertad de una forma directa y expresa sea observada con especial atención.

La prisión provisional aparece así configurada como aquella medida cautelar del proceso penal que tiene por finalidad asegurar la presencia del imputado en el juicio oral, evitando mediante la privación de la libertad individual que dicho imputado, aún presunto inocente, se sustraiga a la actividad de la Justicia.

Pero, sin embargo, no es sólo esta función cautelar la que aparece incardinada en el ámbito de la prisión provisional, sino que temas tan candentes y polémicos como la seguridad ciudadana han influido de forma determinante en la regulación positiva que de la prisión provisional realizan la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el Código Penal. Ejemplo claro de ello lo son las reformas legislativas sucesivas; así, la Ley de 1980, que supuso una desnaturalización de la esencia propia de la prisión provisional, convirtiéndola en verdadera pena; la Ley de 1983 retornó a la institución lo que le es propio, «eximiéndole de la enojosa misión de satisfacer demandas sociales de seguridad, lícitas, pero cuyo cumplimiento ha de corresponder esencialmente a la pena», tal como señala el autor del presente trabajo; por último, la llamada «contrarreforma» de 1985, que se ha quedado a medio camino entre las dos anteriores.

El autor de esta monografía se decanta por atender a la naturaleza del hecho y a la personalidad del imputado como factores básicos a la hora de decretar la adopción o no de la prisión provisional.

Las modificaciones legales, su estudio, y la importancia, en definitiva, de la prisión provisional, como medida que «ataca» la libertad individual, constituyen el presente trabajo del Dr. Asencio Mellado, que no sólo analiza el tema desde la vertiente teórica sino que desciende a tratar la problemática subyacente que la práctica genera.

Destacamos el análisis realizado respecto de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, así como de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de su Comisión, de aplicación directa a España. Al respecto, cabe mencionar el capítulo referido al plazo razonable de duración de la prisión provisional, analizando los criterios adoptados por la Comisión Europea y por el TEDH.

En definitiva, una obra de interés no sólo para los estudiosos de los diferentes aspectos del proceso penal sino también para todos los profesionales del Derecho.

#### J. SOLE

SARMIENTO NÚÑEZ, J. G., *Condiciones sustanciales del recurso de casación*, Editorial Arte, Caracas, 1986.

Dentro del ámbito del ordenamiento jurídico venezolano, el presente estudio analiza con rigor los diferentes aspectos que integran el recurso de casación, entendido éste, según el Dr. Sarmiento Núñez, como un recurso extraordinario y supremo, limitado a resolver cuestiones de Derecho, y que normalmente no decide acerca de la materia de fondo de la controversia.

Junto con el análisis de su naturaleza jurídica, fundamento, tipos y requisitos, cabe destacar la parte referente a los motivos de casación, en donde se separan las infracciones de fondo (entendida la sentencia como un silogismo, en donde la conclusión es el fallo, la premisa mayor la norma jurídica, y la premisa menor la subfunción de los hechos al Derecho), de las infracciones de forma, bien sea en la iniciación del proceso, durante el desarrollo del mismo, o bien a su terminación.

La última parte del libro recoge unos comentarios acerca de las perspectivas futuras de la casación civil, tanto respecto a lo concerniente a aspectos técnicos como a la simplificación de trámites de la casación.

#### J. SOLE

HOYLE, Mark S. W., *Cases and Materials on the Law of International Trade*, Second Edition, The Laureate-Thomson Press, 1983, Londres.

La presente obra se enmarca dentro del conjunto de problemas que surgen en el ámbito del Derecho del Comercio Internacional. La intención del autor es la de proporcionar los principales Estatutos, Convenios, casos y documentos aplicables a esta materia. Los lectores encontrarán la legislación corregida y puesta al día, facilitando así su manejo encaminado a la vertiente práctica. A pesar de ello, el trabajo no es exhaustivo, ya que el autor ha tratado de seleccionar aquellos casos que mejor muestran los principios implicados y aquellos documentos que mejor dan una indicación práctica. Casi todos los Estatutos, Convenios y Reglas han sido bastante resumidos para hacer más fácil su comprensión.

La segunda edición del texto refleja los cambios habidos en el Derecho del Comercio Internacional desde la primera edición de 1980, incluyendo las nuevas cláusulas de Seguros Marítimos, los casos habidos bajo el Acta Arbitral de 1979, las disposiciones del Acta de la «Supreme Court» de 1981 y las del Acta de Jurisdicción Civil de 1982.

Su contenido está dividido en seis capítulos a los que preceden las habituales tablas o listas de casos, legislación y documentos.

Destacamos los capítulos dedicados a las Ventas Internacionales, con especial mención del Acta de 1979 sobre Venta de Bienes, el tratamiento de los daños y perjuicios, la transmisión de la propiedad, el riesgo y las Reglas Uniformes para Documentos de Transporte Combinado y los Incoterms. También el capítulo dedicado a los pagos y la financiación en las Ventas Internacionales, recogiendo las Actas de 1882 sobre Letras de Cambio y de 1971 sobre Sistema Monetario, así como costumbres y reglas uniformes sobre créditos documentarios y garantías contractuales. Especial interés tienen las páginas dedicadas al transporte de bienes, tanto por Mar (Actas de 1894 y 1971), como por Aire (Acta 1961) o por Carretera (Acta 1961).

Por último, son tratados en el presente volumen el tema de los seguros marítimos, el análisis de la importante institución del Arbitraje en el desarrollo del Comercio Internacional, así como los problemas surgidos en torno a los conflictos de leyes y procedimiento, haciendo especial referencia a la fuerza de las sentencias y laudos extranjeros en esta materia, según el Acta de 1933 sobre validez recíproca de Sentencias extranjeras.

#### J. SOLE

DE HAAS, Margaret R., *Domestic Injunctions*, Sweet & Maxwell, 1987, Londres.

La presente obra no pretende convertirse en una aportación teórica al ámbito del Derecho de Familia; pretende, por el contrario, proveer de res-

puestas inmediatas a los problemas inmediatos propios del Derecho de Familia. Como afirma su autora, el texto intenta ser algo más que «otro libro de Derecho», para convertirse en una guía práctica por su accesible formato y la claridad de su exposición, así como las abundantes notas marginales que facilitan las tareas de búsqueda y consulta.

Al principio del trabajo nos encontramos con un fácil y completo cuestionario dirigido a poner en orden las ideas del cliente (posiblemente confusas), obteniendo así todos los datos precisos que el asunto requiere.

Con el fin de facilitar la labor de búsqueda de legislación y jurisprudencia el texto dispone de unas tablas, a las que ya nos tienen habituados los textos anglosajones: En primer lugar, una exhaustiva lista de precedentes —«Table of Cases»— que aparecen a lo largo de sus páginas, muchos en más de una ocasión, para ilustrar las diferentes situaciones posibles. Le sigue una tabla de legislación que incluye, en forma cronológica, desde la antigua «Acta sobre ofensas a la persona» de 1861 hasta la reciente sobre Derecho de Familia de 1986. Para acabar con las tablas, una sumaria selección de resoluciones del «Supreme Court» y de los «County Courts», que han llegado, por su continuidad, a formar jurisprudencia.

El contenido del libro en sí se divide en cinco capítulos. El primero de ellos, a modo de Introducción, contiene los principios generales de la materia. En el segundo, titulado «Práctica y Procedimiento», se nos describen los distintos procesos existentes y los pasos procedimentales a seguir. El tercero está dedicado íntegramente al auto de prisión, subdividiéndose en principios generales, procedimiento y sentencias. En el capítulo cuarto encontramos los llamados «preceptos para preservar la propiedad», y, finalmente, el capítulo quinto está dedicado a los recursos en esta materia.

En definitiva, y basándose directamente en su propia experiencia diaria, la autora ha conseguido reunir en «Domestic Injunctions» un material de gran ayuda para el Derecho del matrimonio, campo cargado de emotividad y presiones, y que sin duda valorarán los que se dediquen a la llamada «Domestic Litigation».

#### J. SOLÉ

GIULIANI, Alessandro, y PICARDI, Nicola, *La responsabilità del giudice*, Giuffrè, Milán, 1987, XVI + 257 páginas.

La obra que nos ofrece el «equipo» Giuliani-Picardi es la última etapa, por ahora, de una investigación comenzada hace unos trece años y en la que encontramos frutos en parte comunes y en parte individuales. En común dirigieron el volumen *La responsabilità del giudice*, incluido en la colección «L'educazione giuridica», Perugia, vol. III, 1978, en el cual incluyeron sus trabajos titulados *La responsabilità del giudice: problemi storici e metodologici*, *La responsabilità del giudice: dalle Stato liberale allo Stato fascista* y *La responsabilità del giudice nello Stato repubblicano*. También en colaboración publicaron *I modelli storici della responsabilità del giudice*,

en el vol. I de los tres dedicados a «L'ordinamento giudiziario», Rimini, 1985, y dirigidos asimismo por ellos, y *Responsabilità e professionalità del giudice*, en la «Rivista di Diritto Procesuale», 1987.

Ya por separado, a la pluma de Picardi se deben *Problemi attuali della responsabilità del giudice*, en la «Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile», 1979, y *Giurisdizione e responsabilità*, en prensa, en las Actas del Encuentro de Estudio celebrado en Roma en junio de 1987 y organizado por el Consiglio Superiore della Magistratura y el Consiglio Nazionale delle Ricerche. A la de Giuliani hay que imputar *Interpretazione della legge e responsabilità del giudice*, en el volumen colectivo dirigido por Ferrati «Garanzie processuali o responsabilità del giudice», Milán, 1981.

Todo este conjunto de estudios culmina en la obra, pequeña en la apariencia por el número de páginas pero profunda y distinta, de la que ahora damos noticia. Que no se trata de algo improvisado, para aprovechar la ocasión del referéndum celebrado en Italia en noviembre de 1987, es evidente.

Las últimas décadas han supuesto en Italia el replanteamiento doctrinal, desde las raíces, del modelo de juez y de su función en la sociedad, y un aspecto de ese tema central es el de la responsabilidad que, a riesgo de convertirlo en algo formal y sin sentido no puede separarse del tema base. Cuando se estudia la responsabilidad judicial atendiendo sólo a ella misma y centrándose en la interpretación de una norma, en buena medida sin aplicación práctica —sin perjuicio de hacer *alusiones* a la historia y al derecho comparado— se está dando una visión deformada e inútil. Es éste el caso de algunos trabajos aparecidos en nuestro país.

Giuliani y Picardi parten de encuadrar el tema de la responsabilidad en el marco general del modelo de juez, de su función y de su formación. Dividen así el trabajo en dos partes. En la primera estudian los presupuestos filosóficos (con referencia a la democracia griega, al Derecho natural moderno, al positivismo jurídico y a las corrientes antiformalistas) y los modelos puros de la responsabilidad, desde la tradición italiana del juez profesional responsable hacia el exterior, hacia las partes, hasta el juez burócrata del *Codex Marchicus* de 1748 y de la ordenanza procesal prusiana de 1793 responsable hacia el interior, esto es, disciplinariamente, pero irresponsable frente a las partes. Del mayor interés es la evolución de la francesa *prise à partie* desde el siglo XVI hasta nuestros días.

En esta primera parte llama especialmente la atención el que el juez de las ciudades italianas era preferentemente extranjero y profesional, no estando encuadrado en una carrera ni dependiendo de un soberano; su función era práctica, de solución de controversias mediante la aplicación de un derecho que se concibe como saber universal, separando *iurisdictio* de *gubernaculum*. En esta situación el concepto clave es el de *isonomia*, es decir, igualdad entre gobernantes y gobernados, de donde se deducirá que el juez es responsable profesionalmente, no disciplinariamente, de manera similar a como responde el médico (similar solamente, pero en todo caso con referencia a la *imperitia*).

En la parte segunda se atiende a la responsabilidad del juez en Italia y el método seguido es el histórico, partiendo de los estados preunitarios y pasando por el Estado liberal y el fascismo para llegar al momento actual, al

Estado republicano de la Constitución de 1947, y centrándose en el modelo de juez que se pretende conseguir y en la formación que se le da. Las últimas décadas son estudiadas especialmente, distinguiendo tres fases: el ataque contra el modelo burócrata, que se efectúa en los años cincuenta y sobre todo en los sesenta, el problema de la responsabilidad política, de la que se discute especialmente en los años setenta y a la vuelta a los orígenes, a cuestionarse el juez como profesional, que es lo propio de los años ochenta.

Respecto de los últimos años hay que destacar una controversia que está todavía por encontrar un final y en la que se enfrentan la clase política y la magistratura. Frente al aumento del papel del juez en la vida social italiana, los políticos buscan un nuevo sistema para seguir controlando a la magistratura y creen haberlo encontrado en el desarrollo de la responsabilidad; así se explican los anteproyectos y proyectos de ley de los que últimamente se ha discutido, el referéndum de noviembre del pasado año y la defensa de la vuelta al juez funcionario. En este orden de ideas la responsabilidad del Estado y la acción de regreso de éste contra el juez por dolo o culpa grave es el sistema moderno de seguir controlando a los jueces, sobre todo cuando la acción de regreso es facultativa.

Desde el punto de vista de la magistratura se está llegando a concebir el juez como profesional, en el sentido de las ciudades medievales italianas, y se vuelve a hablar de la deontología profesional, de la honestidad profesional, acabándose por considerar que el poder político debe estar ausente en la exigencia de responsabilidad, la cual será interna, exigida por los mismos jueces. como ocurre en el resto de las profesiones (abogados, médicos).

Se está asistiendo así a una verdadera lucha entre poderes cuyo fin está todavía por ver y ello independientemente de que el proyecto Rognoni, hoy en el parlamento italiano, se convierta o no en ley.

Hasta aquí una aproximación al contenido de la obra. Ni que decir tiene que la técnica es de primera calidad y que el aparato bibliográfico es desbordante. El único reproche a hacer es el de la brevedad; hay aspectos en los que la «curiosidad» no queda del todo satisfecha.

J. MONTERO

## TERMINOS PERENTORIOS

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 Rovorsi 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. TAKESHI 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

## 1988 MUNICH (R.F.A.) 5-9 SEPTIEMBRE

XXVI Congreso Anual de la AIJA. Destacamos alguno de los temas de trabajo de interés para nuestros lectores:

## Inscripción e información

*Séance de travail V*  
*Mercredi, 7.9.88*  
*AIJA Commission d'Arbitrage International*

»Méthodes alternatives de  
 résolution de litiges:

**Médiation, conciliation,  
 expertise technique, arbitrage,  
 mini-trial«**

L'objectif des travaux de la commission sera d'analyser les différentes approches de résolution des litiges et de discuter leurs mérites respectifs.

● La médiation, ou le règlement d'un litige par le recours à un tiers médiateur qui tentera de jeter un pont entre les antagonistes;

● La conciliation ou l'analyse du litige par un conciliateur ou un collège de conciliateurs qui exprimeront leur point de vue sur le litige et essaieront sur cette base de convaincre les parties d'accepter la solution amiable qu'ils proposent;

● L'expertise technique n'est pas en soi une méthode de résolution des litiges. Cependant, dans des affaires hautement techniques, l'expert désigné par les parties ou le Tribunal, après avoir clarifié les problèmes techniques, pourra dans de nombreux cas rapprocher les points de vue des parties et finaliser un accord amiable.

● Le mini-trial, une technique qui a été découverte aux Etats-Unis et en Suisse et est largement pratiquée dans ces deux pays. Elle constitue une méthode nouvelle et originale de résolution de différends.

A la lumière de ces méthodes alternatives, que doit-on penser de l'Arbitrage?

*Président:*  
*Bernhard Hanotiau*  
*Av. Louise 391, bte. 11-12, B-1050 Bruxelles*  
*Tél. 32-2-6403525*  
*Télex: 64880 HABRUS B*  
*Télécopieur: 32-2-6485086*

**AIJA Kongress München '88 e.V. (i. G.)**

*c/o Dr. Michael Brauch, Leopoldstraße 18, D-8000 München 40*  
*Tél: 49-89-349067, Télex: 898376 D, Fax: 49-89-346989*

**1988 BUENOS AIRES (ARGENTINA) 25-30 SEPTBRE.**

Destacamos algunos de los comités interesantes para nuestros lectores:



**COMMITTEE D**

**Procedures for Settling Disputes**  
Chairman *Ottoandt Glossner Germany*

**Tuesday 27 September**

0900-1700 **ARBITRATION IN LATIN AMERICA - A COMPARATIVE STUDY**

**Wednesday 28 September**

0900-1200 **MERITS OF INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION**

**Thursday 29 September**

0900-1130 **ARBITRATION WORKSHOP**  
1200 **Arbitrators Forum - Luncheon**

**Friday 30 September**

0900-1230 **ARBITRATION PROCEDURE BY WAY OF NEW MEDIA**

**SUBCOMMITTEE D1**

**Transnational Claims and Litigation**  
Chairman *Peter Perry Australia*

**Monday 26 September**

0900-1700 **ENFORCEMENT OF JUDGMENTS**

This full-day programme will consider the enforcement of foreign judgments against (a) non-state entities; (b) state entities; and (c) assets of state entities in other jurisdictions.

The enforcement of domestic judgments will be considered insofar as that has international aspects or is necessary to put the enforcement of foreign judgments in context.

Issues to be considered will include sovereign immunity, public policy and the currency of judgment and recovery.

There will be a panel of speakers representing USA, UK, Europe, Latin America and Asia. Additionally papers will be

Inscripción e información

prepared by lawyers from several individual jurisdictions.

**Thursday 29 September**

**1400-1700 THE CONVENTION ON SERVICE ABROAD OF JUDICIAL AND EXTRA-JUDICIAL DOCUMENTS IN CIVIL OR COMMERCIAL MATTERS**

There will be short papers giving an overview of the Convention and the advantages and some of the difficulties arising from the use of the Convention.

**Business Meeting**

**SUBCOMMITTEE D2**

**Alternative Dispute Resolution Systems**

*Chairman David St John Sutton England*

**Wednesday 28 September**

**1430-1700 SETTLEMENT OF COMPLEX COMMERCIAL DISPUTES**

Consideration of domestic and international methods of dispute resolution in such disputes which may be 'complex' due to the subject matter, eg highly technical evidence or the number of parties, including third parties and insurers.

**COMMITTEE 12**

**Civil Procedures**

*Chairman Malcolm Jowett England*

**Tuesday 27 September**

0900-1700 *Joint session with Committee 15 (Administration of Justice)*

**SPEEDY JUSTICE IN THE COURTROOM**

This session, which in many respects is a continuation of similar topics covered by both Committees 12 and 15 at the Section on General Practice Conference in Montreux

(July 1987), will centre on ways that both the courts and the litigants can resolve disputes *speedily and inexpensively* while preserving fundamental rights. The morning session will give particular emphasis to how that is accomplished in Latin American countries and in the afternoon will focus on other countries.

**Wednesday 28 September**

**0900-1230 PROCEDURES FOR OBTAINING SUMMARY JUDGEMENT**

This session will focus on how summary judgement is obtained in different jurisdictions. This will be particularly directed towards the prerequisites in obtaining an expedited judgement including such matters as the amount of proof necessary, what forms it may take, what documentation is otherwise required, etc. The specific rules for various different countries will be examined with the idea of giving practitioners some basic insight into the workings of several different legal systems.

**COMMITTEE 15**

**Administration of Justice**

*Chairman Anne-Marie Trahan Canada*

**Tuesday 27 September**

0900-1700 *Joint session with Committee 12 (Civil Procedures)*

**SPEEDY JUSTICE IN THE COURTROOM**

This session, which in many respects is a continuation of similar topics covered by both Committees 12 and 15 at the Section on General Practice Conference in Montreux (July 1987), will centre on ways that both the courts and the litigants can resolve disputes *speedily and inexpensively* while preserving fundamental rights. The morning session will give particular emphasis to how that is accomplished in Latin American countries and in the afternoon will focus on other countries.

**Wednesday 30 September**

**1400-1700 THE ROLE OF JUDGES IN ADJUDICATING STATE SECURITY MATTERS**

Details to be announced.

*A visit to the Supreme Court of Argentina is planned.*

**International Bar Association**  
2 Harewood Place, Hanover Square  
London W1R 9HB, England

Tel. 01-629 1206  
Tlx: 8812664 Inbar G  
Fax: 01-409 0456

1988 BARCELONA (ESPAÑA) 11-15 OCTUBRE

I Conferencia Intercongresual de la Unión Internacional de Abogados

**TEMAS DE ESTUDIO**

**Temas principales**

**Tema I  
Los medios de pago en el umbral del siglo XXI**

Estudio de la transformación experimentada por los medios de pago (letra de cambio, cheque, crédito documentario, pagaré, tarjeta de crédito, etc.), tanto en los respectivos ámbitos nacionales, como en el tráfico internacional, debida a las posibilidades abiertas por los nuevos sistemas electrónicos de transferencia de fondos.

Ponente General:  
**Lawrence J. HOHLT**  
**HUGHES HUBBARD & REED**  
NEW YORK

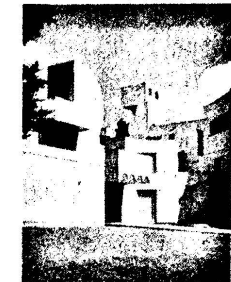
Ponencias Especiales:  
**Fernando SANCHEZ-CALERO**  
MADRID

**Rafael JIMENEZ DE PARGA**  
JIMENEZ DE PARGA  
ABOGADOS ASOCIADOS  
BARCELONA

**Tema II  
Justicia y sociedad. ¿Hacia una justicia para todos?**

Valoración de la influencia que la organización social y política y el nivel económico de un país tienen sobre la Administración de Justicia, así como del papel de los Abogados y de sus organizaciones profesionales ante el reto del futuro.

Ponente General:  
**Mario STASI**  
PARIS



Fundación Miró - Barcelona

COMISION	TEMA	PRESIDENTE
1) DERECHO DE ASILO Y EXTRADICION	Poder judicial y poder ejecutivo en la aplicación del derecho de asilo.	Juan Muñoz Campos MADRID
2) DERECHO COMUNITARIO	España y Portugal en la CEE: los primeros tres años. Derecho social europeo. Libre circulación de personas. En especial los derechos de igualdad y los derechos de los estudiantes.	David Vaughan LONDON
3) DEFENSA DE LA DEFENSA	Los abogados ante el terrorismo	Albert Dupont-Willemin GENEVE
4) DERECHO FISCAL	Aspectos fiscales de la concentración de empresas.	Christian Steinmann BAR & KARRER ZURICH
5) DERECHOS HUMANOS	Ratificación de los convenios. Balance de la sesión de las Naciones Unidas y de las situaciones nacionales en 1988.	Louis E. Pettiti PARIS  Carlo Russo SAVONNE

GRUPOS DE TRABAJO	TEMA	PRESIDENTE
1) CREDITOS DOCUMENTARIOS	Créditos documentarios.	Christopher Jackson HEALD NICKINSON LONDON
2) REGULACION DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS	Constitución de filiales y sucursales en el extranjero.	Ramon M. Mullerat BUFETE BERTRAN Y MUSTU BARCELONA
3) LA FRANQUIA	Filosofía y desarrollo de la franquicia.	Olivier Gest PARIS
4) RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE	Daños indemnizables. Responsabilidad del fabricante y seguro de responsabilidad civil productos.	Helmar Lang LANG & LANDWEHRMANN DÜSSELDORF
5) DERECHO INMOBILIARIO	Estudio comparativo de los estatutos de las comunidades de propietarios.	Patrice Labeteux PARIS
6) OPINION LEGAL	Evaluación del informe 1987 de la IBA sobre la opinión legal.	Paul Storm DUTILH, VAN DER HOEVEN & SLAGER ROTTERDAM
7) ARBITRAJE INTERNACIONAL	Problemas prácticos del arbitraje ad hoc en materia internacional.	Guy Danet PARIS  Juan Antonio Cremades J. y B. CREMADES MÁDRID  Mauro Rubino-Sammartano MILANO
8) DERECHO MARITIMO	El alcance actual de los conocimientos de embarque y su finalidad histórica. La distinción entre los documentos de crédito y ventas, y los documentos de transporte. El advenimiento de la carta de transporte y la documentación electrónica, y su impacto.	Johanne Gauthier MONTREAL  Ignacio Arroyo RAMOS Y ARROYO BARCELONA
9) DERECHO TURISTICO	Aspectos jurídicos del <i>overbooking</i>	Antonio Gisbert L'HOSPITALET DE LLOBREGAT
10) DERECHO DEPORTIVO	Análisis jurídico de la violencia en el deporte.	Ferran Pérez-López BARCELONA  Juez Bernier QUEBEC  Laurent Paris PARIS
11) FINANCIACION DE LOS COLEGIOS DE ABOGADOS	Financiación externa de los Colegios de Abogados.	Julio de Miquel BUFETE ARASA y DE MIQUEL ABOG. ASOC. BARCELONA  Pedro Brosa BROSA Y ASOCIADOS BARCELONA

GRUPOS DE TRABAJO	TEMA	PRESIDENTE
12) EL LIBRE COMERCIO	El libre comercio	William Graham FACULTY OF LAW UNIVERSITY OF TORONTO
13) EL JOVEN ABOGADO	Bufete individual o integración.	Jaume Alonso-Cuevillas BARCELONA
14) PREVISION SOCIAL DEL ABOGADO	Análisis de las etapas hacia la universalización de la previsión social del Abogado	Henri Boerner BORDEAUX  Juan Caldes ESTUDIO JURIDICO JUAN CALDES MÁDRID  Josep Ma. Antràs BUFET ANTRÁS BARCELONA
15) DERECHO LABORAL	El contrato de trabajo internacional, su formalización, ejecución y resolución.	Leonard De Haas VAN DOORNE & SJOLLEMA AMSTERDAM
16) MINAS Y PETROLEO	Minas y petróleo	Paul Fortin BOISVERT, FORTIN, SURPRENANT MONTREAL
17) DERECHO INFORMATICO	Estudio comparativo en el plano internacional de la protección de los programas de ordenador (software). El delito informático.	Alain Bensoussan PARIS  Emilio-José Zegri DE OLIVAR, SELVA Y ZEGRI BARCELONA

**PROGRAMA DE ACTIVIDADES**

**MARTES 11 OCTUBRE**

10,00 a 18,00 h.  
Inscripción y entrega de documentación.

16,00 a 18,00 h.  
Reunión de Presidentes de Comisiones

**MIERCOLES 12 OCTUBRE**

9,30 a 12,30 h.  
Entrega de documentación. Reunión de la Presidencia.

12,30 a 13,30 h.  
Cocktail de bienvenida.

15,30 a 18,30 h.  
Sesiones de trabajo.

20,00 a 21,00 h.  
Santa Misa celebrada por el Excmo. y Rvdmo. Sr. Arzobispo de Barcelona. En la Catedral de Barcelona organizada por el Movimiento Internacional de Juristas Católicos.

22,00 h.  
Concierto en la Basílica de Santa María del Mar (construida en el siglo XIV).

**ACOMPAÑANTES:**

9,00 a 12,30 h.  
Visita al Barrio Gótico, Museo Picasso y Museo Textil y de la Indumentaria.

**JUEVES 13 OCTUBRE**

9,30 a 12,30 h.  
Sesiones de trabajo.

15,30 a 18,30 h.  
Sesiones de trabajo.

21,00 h.  
Inauguración Oficial de la Conferencia y Recepción ofrecida por el Molt Honorable President de la Generalitat de Catalunya.

**ACOMPAÑANTES:**

9,00 a 17,00 h.  
Visita a la Barcelona de Gaudí Conferencia sobre Gaudí a cargo del Catedrático de Arquitectura D. Joan Bassegoda, Director de la Cátedra Gaudí. Comida en el Parque Güell.

**VIERNES 14 OCTUBRE**

9,30 a 17,00 h.  
Actividades (alternativas):  
1. Excursiones  
a) Monasterio Cisterciense de Santa María de Poblet (110 km).  
Parque de los Monarcas de la Corona de Aragón y Catalunya.

SABADO 15 OCTUBRE		
Recepción por el Rvdo. P. Abad del Monasterio. Almuerzo en el Casal de l'Espuga de Francolí.	9,00 a 10,00 h. Reunión Comisiones Nacionales	21,30 h. Cena de Gala y Clausura.
b) Costa Brava (100 km). Visita a la Inmortal Gerona, Catedral, Barrio Judío (El Call) y baños romanos. Salida hacia Aiguablava, almuerzo en el Parador Nacional.	10,00 a 12,30 h. Sesiones de trabajo.	<b>ACOMPAÑANTES</b> Catalunya, una cultura singular Conferencia a cargo de D. Carlos Sentís. Presidente del Colegio de Periodistas.
2. Actividades deportivas.	15,30 a 17,00 h. Sesiones de trabajo.	
	17,30 a 18,30 h. Resumen de los trabajos. Sesión de clausura.	

**CONDICIONES GENERALES**

La inscripción definitiva a la Conferencia, se efectúa por medio del formulario adjunto. Cada congresista debe cumplimentar el formulario y remitirlo junto con el pago de la inscripción a:  
Conferencia U.I.A., Barcelona 1988, Secretaria de la Conferencia, OTAC, S.A., Sepúlveda, 45-47, 08015 Barcelona (España) Tx. 93284 HAOT-E

La inscripción como participante da derecho a:

Asistencia a las sesiones de trabajo, documentación de la Conferencia y asistencia a los siguientes actos sociales: Cocktail de bienvenida, Concierto en Santa María del Mar, Recepción Inaugural en la Generalitat con cena incluida.

La inscripción como acompañante da derecho a:

Cocktail de Bienvenida, Concierto en Santa María del Mar, Recepción Inaugural en la Generalitat con cena incluida, Visita al Barrio Gótico y Museo Picasso, Visita a la Barcelona de Gaudí.

No quedan incluidos:

Gastos de Hotel y Viajes, Excursiones a 1) Monasterio de Poblet, o 2) Gerona-Costa Brava, actividades deportivas, Cena de Gala, y demás actividades no mencionadas en el párrafo anterior.

**DERECHOS DE INSCRIPCIÓN**

Los derechos de inscripción son:

	Antes 15-5-88	Después 15-5-88
Congresistas Miembros UIA	44.000,- Ptas.	50.000,- Ptas.
Congresistas No Miembros	48.000,- Ptas.	54.000,- Ptas.
Acompañantes	27.000,- Ptas.	31.000,- Ptas.
Abogados Jóvenes (menos de 5 años colegiado)	18.000,- Ptas.	21.000,- Ptas.

1 \$ U.S.A. = 110,- Ptas. aprox.

**PAGOS INSCRIPCIÓN**

Los pagos de inscripción y reservas de hoteles serán efectuados en pesetas. Deberán ser remitidos a la Secretaría de la Conferencia mediante cheque extendido por banco.

**ALQUILAMIENTO**

Las reservas de hotel deben solicitarse a través del formulario adjunto. Las reservas no serán confirmadas hasta recibir el importe total de las mismas.

**ACUSE DE RECIBO**

Cada Congresista recibirá un acuse de recibo, un bono de reserva de hotel, en su caso, y una tarjeta de participante con su número de inscrito. La documentación será entregada contra la presentación de dicha tarjeta.

**DEVOLUCIONES POR ANULACION DE INSCRIPCIÓN**

Antes de 30 de Julio 1988 50 % devolución

Antes del 30 de Agosto 1988

25 % devolución

Las devoluciones serán abonadas una vez finalizada la Conferencia.

Para las anulaciones de reservas hoteleras, ver las condiciones en el formulario de reservas.

**INFORMACION GENERAL**

**Lugar de la Conferencia**

La Conferencia tendrá lugar en el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, Calle Mallorca, 283, Telf. 34-3215 46 12, Telex 50533 LAWB-E

**CLIMA**

La temperatura en Barcelona durante el mes de octubre oscila entre los 17 °C y los 22 °C.

**CORRIENTE ELECTRICA**

El Voltaje es de 220 V 50 Hz.

**AGENCIA DE VIAJES**

Una agencia de viajes estará a disposición de los Congresistas para reservas, viajes y excursiones.

**VESTIMENTA**

Se ruega etiqueta para la Cena de Gala.

Para mayor información diríjense a:

OTAC, S.A., Congress Organization  
Sepúlveda, 45-47  
08015 Barcelona - España  
Telf. 34-3/325 25 46 - 423 94 08  
Tx. 93284 HAOT-E

**CENTRE UIA PARIS**

18, Avenue Charles de Gaulle  
92200 Neuilly sur Seine - Francia  
Tel. 3314 738 1311  
Telex UIA PARI 620101 F

**PATROCINADORES\***

— GENERALITAT DE CATALUNYA  
— AYUNTAMIENTO DE BARCELONA