

# JUSTICIA 88

NUMERO II

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

## INDICE

<b>RUIDO DE TOGAS</b> .....	259
<b>EN ESTRADOS</b>	
<i>El mito de Sísifo y la ciencia procesal</i> por Franciso Ramos Méndez	263
<b>AUDIENCIA PÚBLICA</b>	
<i>La justicia es un cachondeo: Epílogo judicial</i> .....	277
<b>DACIONES EN CUENTA</b>	
<i>Los plazos procesales tras las últimas reformas de la LEC y de la LOPJ</i> por Manuel Serra Domínguez .....	293
<i>La justicia penal y su reforma</i> por Victor Moreno Catena .....	313
<i>Las competencias civiles de los Tribunales Superiores de Justicia. Especial referencia a la revisión y los recursos de casación autonómicos</i> por José F. Valls Gombau .....	319
<i>El plazo razonable como derecho fundamental en los procesos penales por delitos de escasa gravedad o flagrantes</i> por Luciano Varela Castro .....	361
<i>La competencia objetiva y funcional en el enjuiciamiento penal de los gobernadores civiles</i> por Juan Jacinto García Pérez .....	379
<i>Notas sobre la responsabilidad de Jueces y Magistrados</i> por Claudio Movilla Álvarez .....	411
<b>DESPACHO ORDINARIO</b>	
<i>Cuestionada la constitucionalidad de los procesos penales de uso más frecuente</i> .....	443
<b>COMISIONES ROGATORIAS</b>	
<i>Carta internacional de los derechos de la defensa</i> .....	469
<b>PARA MEJOR PROVEER</b>	
<i>Reseña Legislativa Procesal (del 1-I al 31-X-1987) Nueva Ley de Conflictos Jurisdiccionales</i> por Manuel Lozano-Higuero Pinto .....	475
<b>EXEQUATUR DE TÍTULOS PUBLICADOS</b> .....	495
<b>TÉRMINOS PERENTORIOS</b>	
<i>Bolonia</i> .....	501
<i>Associazione giuristi di lingua italiana</i> .....	505
<b>ACLARACIÓN DE RESOLUCIONES</b> .....	507

© 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

## Ruido de togas

*Al contrario que los sables, las togas no echan chispas ni siquiera cuando se confabulan. Son de natural suave, a veces aterciopeladas, de amplio vuelo y majestuosa cadencia. Es difícil utilizarlas como instrumentos de percusión, pero es que, en ocasiones, el silencio se convierte en el más molesto ruido, en algo que escuece los oídos más duros.*

*En el crescendo del deterioro que sufre la administración de justicia, los Jueces de Distrito se han echado a la calle. Así, como suena. Ha sido un paso más, probablemente esperado para un observador atento, después de las huelgas de abogados y personal auxiliar. La pasividad corría el riesgo de que se interpretase como aquiescencia con la debacle progresiva. El estoicismo resignado tiene una frontera en la sensatez: ciertos estados de cosas son sencillamente intolerables, incluso a nivel humano. Los Juzgados de Distrito, semiafijados por el peso de la reforma de la LEC de 1984, fueron condenados a muerte por la LOPJ de 1985, sin que la sentencia se haya ejecutado, acaso por incómodos remordimientos sobre la bondad de la misma. La medida, comparable a una eventual supresión de los ambulatorios de la Seguridad Social, seguramente adoleció de improvisación. Ahora, la interinidad produce desasosiego y desconcierto. Máxime cuando los Juzgados de Distrito canalizan lo que podríamos llamar el sector primario de la asistencia jurídica en los asuntos más modestos, pero también más ligados a las necesidades cotidianas de los ciudadanos.*

*Es saludable que la levedad del ruido de las togas en solemne procesión huya inquietado a algún miembro del órgano de gobierno de la magistratura. Ello significa que ya nadie se traga la hilarante excusa de otros tiempos de que los movimientos de las bases sean obra de la masonería o del comunismo, cuando no cosa de brujas. El malestar de fondo ha contagiado ya a los propios ciudadanos puestos para administrar justicia, que muchas veces ven como tienen que limitarse a echar balones fuera. Ya que algunas orejas parecen haberse sensibilizado al paso de las togas, ¿tendremos la ventura de que se les preste audiencia?*

Francisco Ramos

## EL MITO DE SÍSIFO Y LA CIENCIA PROCESAL\*

Francisco RAMOS MÉNDEZ  
Catedrático de Derecho Procesal

### SUMARIO:

I. El mito de Sísifo. — II. El esfuerzo de la moderna ciencia procesal por emanciparse. — III. Ya tenemos la ciencia procesal emancipada. — IV. Cómo se mide la eficacia. — V. El reto del futuro.

### I. EL MITO DE SÍSIFO

Señor Presidente, Señoras y Señores:

Me van a permitir que me tome la libertad de decirles que son ustedes magníficos, porque sabiendo que esta tarde, a esta hora tan intempestiva, va a haber tormenta, ustedes están aquí presentes.

He buscado un título estrambótico, que podría servir como título también de cualquier esperpento valleinclanesco, pero la filosofía que late por debajo es bastante más seria y, por eso, poniendo ciertas cuestiones en solfa, a veces es como nos damos cuenta de la importancia que tienen para el ciudadano los trabajos que en congresos como el presente, tan bien llevados, ocupan a los procesalistas. Ustedes han oído hablar, sin duda, de Sísifo, ese personaje mitológico de vida disipada que en un determinado momento fue condenado al Hades y allí los jueces de los muertos le impusieron un castigo ejemplar. Yo creo que el libro que mejor describe ese castigo de Sísifo es la

\* Transcripción de la conferencia pronunciada el 14 de agosto de 1986 en Bogotá, en el marco de las X Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal.

*Odisea* de Homero. Por eso, brevemente y como introducción, les voy a leer lo que dice Ulises cuando ve pasar ante sí a Sísifo en la ocasión en que él ha descendido al Hades, antes de reemprender el camino hacia su patria Itaca. El pasaje dice esto:

*Sísifo hacía violentos esfuerzos. Con los brazos empujaba una piedra enorme, apoyándose en los pies para subirla a lo alto de una colina. Cuando iba a doblar la cima, la piedra se venía sobre él y le hacía retroceder, hasta que la maldita piedra rodaba nuevamente hacia la llanura. Otra vez Sísifo recomenzaba su inútil trabajo con todas sus fuerzas, corriéndole el el sudor por todos sus miembros, cubierto de polvo de pies a cabeza.*

A mí esta imagen me ha hecho reflexionar más de una vez, y en esta ocasión la he tomado como pretexto para hacer, no una conferencia, sino un examen de conciencia o una reflexión personal en voz alta sobre las diversas vicisitudes de la ciencia procesal. Veremos si logro transmitirles mis inquietudes.

## II. EL ESFUERZO DE LA MODERNA CIENCIA PROCESAL POR EMANCIPARSE

Ustedes imagínense la escena de Sísifo: Sísifo agarra la piedra con las manos, se ayuda con los pies y trata de llevarla a lo alto de la colina. Sepan ustedes que el esfuerzo que ha hecho la moderna ciencia procesal para emanciparse es semejante al esfuerzo de Sísifo. Hacia finales del siglo pasado, comienzos de éste, según los países, la ciencia procesal comenzó a buscar su emancipación, su mayoría de edad. Venía siendo considerada como un apéndice más de las disciplinas que llamábamos derecho material. Ahí estaba el Derecho civil, ahí estaba el Derecho penal y ahí teníamos como apéndice los procedimientos judiciales. En este momento se trataba lógicamente de buscar una emancipación. Tomamos conciencia de que somos científicos autónomos y con esa conciencia buscamos construir nuestras categorías propias. ¿Cómo lo hacemos? Pues muy fácil, somos un apéndice vermicular del derecho material, de ese derecho que llamamos sustancial o sustantivo. Para que nadie corra el riesgo de confundir-

nos con ese derecho material, ese derecho sustantivo, tratamos de alejarnos todo lo posible de él. Así hemos empezado.

Ustedes recuerden qué es lo que se ha dicho, cuáles son los esfuerzos que se han hecho para identificar o definir el concepto de acción, de jurisdicción o de proceso, esas tres categorías tan fundamentales que todavía siguen siendo, en todos los manuales y en todos los sistemas, pilares de nuestra disciplina. Esa acción, que en un principio parece unida al derecho subjetivo y que nosotros tratamos de separar, tratamos de llevar hasta unas cumbres tan altas, en las que culmina en una abstracción suma. En ese momento, cuando nos hemos dado cuenta, o cuando ya unos autores alzan la voz de la realidad —mejor, de la relatividad, porque nadie se pone de acuerdo—, las aguas vuelven a su cauce, vuelven a un remanso, porque habíamos olvidado aquello que realmente era más evidente: acción es moverse, acción es actividad, y seguramente nunca hemos debido sacar el término de ahí. Pero hemos pagado el precio, la ciencia procesal tenía que emanciparse.

Lo mismo ocurre con la jurisdicción. Vamos buscando cómo digerirla, que si la solución de controversias, que si la tutela de intereses subjetivos, que si la tutela de intereses objetivos, y vamos avanzando cada vez más hasta que llegamos a la montaña del Olimpo y nos encontramos con un concepto abstracto que no nos dice nada. ¿Simplemente por qué? Porque seguramente hemos olvidado una vez más lo que era más obvio: que así como la acción es actividad de las partes, la jurisdicción es lo que entendemos como actividad del Juez. Pero ése ha sido un precio que, otra vez, hemos pagado.

Hemos pagado este mismo precio en la categoría del proceso. Recuerden ustedes la retahíla de concesiones que hemos tenido que hacer sobre la naturaleza jurídica del proceso. Total, al final nos damos cuenta de que posiblemente esta institución no hace falta definirla. Esta institución, que es la piedra de Sísifo, la seguimos teniendo presente siempre y tenemos que habérmolas con ella; y, por tanto, no nos es necesario recurrir ni a la teoría de institución, ni a la de las situaciones jurídicas, ni a la del procedimiento, ni a la del contrato, etc., etc. En estos momentos, mientras estamos construyendo todas estas categorías, tenemos una cierta vergüenza. Corremos, se corre el riesgo, una vez más, y nos avergonzamos de que se nos tache de procedimentalistas: éramos las personas de los plazos, las personas de los trámites y habíamos acusado a nuestros mayores de entretenerse sólo con los plazos, sólo con los trámites. Nos avergonzamos de ello y

huimos. Huimos de esos trámites procedimentales y empezamos a elaborar toda una serie de bellas categorías: que si la legitimación, que si los presupuestos procesales, que si las excepciones, que si las nulidades, etc. Categorías todas ellas que, efectivamente, nos han llevado a una meta. Si eso era lo que íbamos a buscar, ¡a fe que lo hemos conseguido!

Ahora hemos dejado de ser unos apéndices del derecho sustantivo, hemos dejado de ser unos adminículos del derecho material. Ya no se explica nuestra disciplina por los profesores de derecho civil o de derecho penal. Hemos creado la categoría del procesalista que tiene voz y voto y tiene hasta código autónomo en donde se compendia su ciencia. Damos a luz diversos códigos de procedimiento. Fíjense ustedes que toda esta labor codificadora data, por lo menos en Europa, de finales del siglo pasado y aquí todavía, en Latinoamérica, se extiende la influencia en los años posteriores.

### III. YA TENEMOS LA CIENCIA PROCESAL EMANCIPADA

Bien, ahora ya somos autónomos y nos preguntamos: ¿Bueno, y qué? ¿Son éstos los objetivos que perseguíamos? Si nosotros sólo hemos logrado una autonomía como ciencia y una autonomía como procesalistas para que se hable de nosotros, o para tener voz y voto en el ordenamiento jurídico, el propósito puede ser legítimo. Pero, para saber si ha sido legítimo, o para saber si efectivamente éste es el camino, habría que ver o habría que examinar ahora cómo se usan esas categorías que nosotros hemos creado, cómo echamos mano en la práctica de todos esos conceptos, de todo ese sistema que nosotros hemos construido, que nos ha permitido independizarnos y que ahora, a veces, parece que se vuelve contra sus creadores.

Un somero repaso de la realidad arroja, al menos en ocasiones —y sigo diciendo que esto es una reflexión personal mía—, datos como los siguientes: ¿Cuál es la imagen que tiene el hombre de la calle del procesalista, incluso a nivel de juristas? Es ese hombre cargado de plazos, cargado de excepciones, cargado de incidentes. Es el perfecto estratega del proceso, el que sabe vender precisamente el arte de ganar los pleitos o el arte de que cuando hay que perder un pleito se pierda matando, es decir, a largo plazo, de tal manera que se tarde mucho en ver que no tenemos razón. ¿Es cierta esa imagen? ¿Alguno se ha sentido identificado a veces? Yo confieso, a nivel de reflexión

personal, que sí, que efectivamente algunas veces se nos ha reprochado y se nos ha dicho: Ya estáis aquí los procesalistas, con vuestros presupuestos procesales y con vuestras excepciones y con vuestro árbol con tanto follaje que no deja ver la esencia del procedimiento, la esencia de lograr el objetivo, de pronunciar el derecho del caso concreto.

¿Y bien? No cabe duda de que durante años todas estas categorías que nosotros hemos ido construyendo poco a poco nos han dado mucho juego en la práctica. No sólo nos han dado mucho juego sino que, a veces, nos han entretenido, han entretenido a cientos de jueces y litigantes. ¿Por qué? Porque ustedes saben —y la experiencia española es un ejemplo clásico al respecto— que nuestros códigos, redactados mayoritariamente a finales del siglo pasado, tenían diversas lagunas y esas lagunas han debido ser colmadas, precisamente, por la jurisprudencia. Muchas de las instituciones procesales de las cuales hoy nos enorgullecemos han sido hallazgos jurisprudenciales, que han ido sedimentando poco a poco con el paso del tiempo. Durante años hemos estado entretenidos con esos hallazgos. A veces se me ha ocurrido la reflexión, y al menos la reflexión es actual, de que seguramente ese camino es ya un camino agotado.

Es más, en estos momentos no sólo hemos logrado subir esa ladera del monte con la piedra. Además, hemos llegado a instaurar entre los principios del proceso verdaderas garantías constitucionales. Es decir, muchos de esos conceptos, muchas de esas categorías trabajadas reiteradamente con el paso del tiempo —incluso algunas que no lo merecían—, las hemos llevado, y con razón, a nuestras normas fundamentales, a la Constitución. Y es así que en estos momentos se nos llena la boca y se nos ensancha el corazón cuando hablamos de temas como la independencia judicial, la audiencia de la parte contraria, la igualdad de las partes, la eficacia del proceso. Es legítimo nuestro orgullo. Pero, ¿debemos recrearnos simplemente en este sentimiento emocional o tenemos que hacer algo más? Aquí llega una vez más la reflexión, la piedra que se nos puede volver a caer, como a Sísifo, al fondo de la ladera.

Si tomamos en cuenta tales antecedentes, en estos momentos observamos varias consecuencias:

En primer lugar, que a nivel de funcionamiento de la institución procesal, a nivel de funcionamiento de ese instrumento que tenemos ahí puesto en el ordenamiento jurídico para tutela del ciudadano, se produce en muchos casos en la práctica una verdadera inversión de

los principios que debían presidirlo. Nosotros concebimos, teóricamente al menos, en el sistema que hemos creado, que el proceso está para tutelar a aquella persona que tiene razón, para tutelar al litigante que acude a los tribunales de justicia con una pretensión que aparentemente va a ser fundada. La pregunta es: ¿Se cumple ese *desideratum*, ese principio en la práctica? Tomemos un caso concreto. Hay casos que son realmente significativos y podríamos enumerarlos, digamos casuísticamente, durante toda la tarde. Un caso típico son las reclamaciones de cantidad. ¿Ustedes creen que el proceso satisface realmente al acreedor que tiene razón? O, por el contrario, ¿protege al moroso que se encuentra dulcificado en las mil y una excusas que le ofrecen los mecanismos procesales para que sea condenado? Reflexiones como ésta nos llevan también a una observación práctica innegable. La práctica no es idiota, los abogados y los litigantes no son tontos. Sacan conclusiones del funcionamiento del sistema tal como éste funciona en la práctica: ¿Que el sistema se me revela útil como tutela del moroso, como tutela del deudor empedernido o como tutela de la persona que no tiene razón? Ideal, a partir de ahora yo adapto mi comportamiento a esa característica y realmente me desquitaré cuando yo tenga un deudor moroso al que defender. Cuando yo vaya de parte del acreedor, ya sé que tengo las de perder. La reflexión es si eso es lo correcto, si eso responde a ese sistema que nosotros habíamos montado o no.

La segunda observación, a propósito de las garantías constitucionales, es la siguiente: ¿Le hemos puesto alguna vez el termómetro a la práctica para medir si efectivamente se cumplen o no esas garantías constitucionales? ¿Tenemos que seguir esforzándonos por definir lo que es la independencia judicial, lo que es la audiencia de la parte contraria, o nos hemos de preocupar alguna vez y vale la pena preocuparse de ver si efectivamente en la legislación positiva, en el sistema concreto de un país, se cumplen los baremos de la independencia judicial, se cumplen los baremos que justifiquen la vigencia de ese principio de audiencia de la parte contraria, se cumplen, en definitiva, todos aquellos síntomas que revelan la efectiva realización práctica de todo ese catálogo que nosotros hemos colocado bellamente en el frontispicio de nuestras Cartas Magnas? Si esta pregunta no tiene respuesta, o la respuesta es negativa, ya tenemos tema para los próximos congresos. Ocupémonos de ver si efectivamente las garantías se cumplen o no.

Y una última observación desde el punto de vista de la práctica:

Después de todo lo que hemos hecho hay como un cierto sentimiento de ineficacia, a pesar de que incluso constitucionalmente hemos establecido un principio de que el proceso debe ser eficaz y que en ningún caso se debe causar indefensión. Ustedes saben que a través de ese parámetro de la indefensión se miden otras muchas posibles oscilaciones de termómetro para muchas instituciones, de entre esas que nosotros hemos creado como categorías de nuestro sistema. Es más, incluso aquellos países con mejor doctrina se encuentran con que la práctica cotidiana no corre pareja con los logros doctrinales o va por unos cauces tan lejanos que parece mentira que los avances doctrinales no tengan una mayor influencia en los comportamientos de la práctica. Yo no quiero decir que la culpa sea de la doctrina —puede que la doctrina sea la voz que clama en el desierto—, pero a veces no cabe duda que una parte de culpa la hemos tenido por alimentar todos esos conceptualismos y todos esos esfuerzos para que el sistema doctrinal no perezca.

#### IV. CÓMO SE MIDE LA EFICACIA

A raíz de estas tres observaciones que acabo de hacer, me concentro en una que en estos momentos es, por así decirlo, el tema de nuestro tiempo. No en vano se ha utilizado como lema del Congreso Internacional de Derecho Procesal en Würzburg, Alemania Federal, y no en vano se ha vuelto a poner como frontispicio del Congreso Internacional que se celebrará el año que viene en Holanda. Si hay necesidades o sentimientos a los cuales debe subvenir la doctrina procesal, yo diría que en estos momentos estamos justo en el campo de la eficacia del proceso. El ejemplo de la Mesa Redonda de esta mañana y todas las intervenciones que se han hecho es el mejor canto a todo ese principio de eficacia, porque, en definitiva, ¿cómo se mide la eficacia de un proceso? Yo creo que estaremos de acuerdo en que hay por lo menos tres parámetros que repercuten en el tema: la duración del proceso, el costo y el cumplimiento de las resoluciones judiciales.

Esta mañana hablábamos del problema de la lentitud, que tiene que ver con el primer parámetro que rige la eficacia. Seguramente nos tendremos que preguntar si todos nuestros esfuerzos se han de concentrar en acelerar el proceso. Ustedes han visto que incluso los coches de mayor cilindrada y de mejores prestaciones, cuando están en un atasco, en plena calle, son iguales que los demás aunque sean

chatarra. Seguramente todos estos empeños de aceleración son ímpetus de maníacos, porque el proceso debe tener una duración razonable. Esto es lo que nos preocupa, nos preocupa el desfase, pero lo que no se puede negar es que el proceso no es algo instantáneo, sino que necesita siempre un tiempo para definirse.

Igual ocurre con el tema costo, que a veces creemos solucionar de raíz con un apotegma o con un *desideratum*, porque no se podría llamar de otra manera, de establecer una gratuidad de acceso para todas las circunstancias, que no cueste nada la aplicación de la justicia. ¡Ojalá! ¡Qué mejor solución! Pero me temo que tal vez ése no es, en estos momentos, un objetivo viable, al menos en muchos países.

Pero sin duda el tercer parámetro de la eficacia, el tema del cumplimiento de las decisiones judiciales, es el tema que más incide y es el tema que realmente preocupa más al ciudadano. Yo me he encontrado, y ustedes se han encontrado miles de veces, con ciudadanos pacientes, esto es, que tienen toda la paciencia del mundo, para esperar una resolución judicial; incluso ciudadanos pudientes, o ciudadanos que están dispuestos a sacrificar un costo económico, incluso elevado, con tal de purificarse con esa especie de catarsis que produce el proceso y obtener una resolución favorable. Pero lo que realmente frustra, lo que realmente no es entendible hoy en día, es que una vez obtenida la resolución nos desentendamos de ella y esa resolución sirva para adornar —no diría como un cuadro de gran valor o de poco valor— las paredes de la casa del litigante, como recuerdo de un trofeo conseguido después de quién sabe cuántas escaramuzas procesales.

¿Ustedes creen de veras que el proceso no es eficaz? Yo creo poder denunciarles cómo, al menos en muchos casos, sí que es eficaz. Veamos qué pasa: La experiencia enseña que el proceso en estos momentos es eficaz al cien por ciento contra el ciudadano normal, tan eficaz que lo aplasta sin mayores escrúpulos. El ciudadano normal, que es solvente, que tiene su casita, con una deuda de mil dólares, se le embarga la casita que vale doscientos mil dólares y no hay nada que hacer. Se le arruina porque de todas maneras hay que llegar a la subasta. El ciudadano normal, cuando se ve sometido a un proceso penal, no es capaz de echar mano de las garantías constitucionales. Digan ustedes al ciudadano normal que cite su derecho al silencio, a quedarse callado y a no responder, ¡ay la que se le viene encima! En estos casos el proceso funciona. Lo que nos tenemos que preguntar es si sólo en estos casos tiene que funcionar el proceso.

Abundando en esta idea, hay que señalar que existe una especie de umbral económico de la litigiosidad, una especie de tope mínimo hasta el cual cualquier acción está condenada totalmente al fracaso. Mejor dicho, ni siquiera accede a los Tribunales de Justicia. Hoy no se reclaman diez mil, ni veinte mil pesos. ¿Quién es el necio que se atreve a reclamar estas modestas sumas ante los Tribunales de Justicia? Sin embargo, ésta es la necesidad del ciudadano normal y ésta es la necesidad del ciudadano de a pie para sentir que verdaderamente toca la justicia cuando la necesita. Porque el ciudadano de a pie no tiene los grandes pleitos, no tiene las grandes causas. Este límite inferior, en muchos países, entre ellos el nuestro, ya está bastante alto, ya asciende a unos topes que realmente son preocupantes, de tal manera que muchas veces, a partir de este tope para abajo, hay absoluta indefensión. Lo mismo ocurre en los límites superiores. Existe un umbral económico de la litigiosidad a partir de unas cifras que jamás pisan los Tribunales de Justicia. Los comerciantes se ponen de acuerdo mucho antes, tienen sentido práctico, tienen sensibilidad, solucionan el tema en la vía de los negocios, por razones obvias. Eso significa que el instrumento ahí no funciona.

Está bien, yo no quiero aburrirles con toda una serie de consideraciones de la experiencia práctica. Otro profesor esta mañana hacía referencia a la eficacia del proceso y me llamó la atención porque es una idea tan bien acuñada respecto de aquel ciudadano medio, respecto de aquella empresa media que no tiene ocasión de hacer valer su fuerza o su poderío económico en el mercado, de tal manera que si aparece en el registro de efectos impagados o de pleitos pendientes no obtiene crédito. ¿Es ésa la finalidad del proceso? ¿Sigue siendo ésa la tarea de los procesalistas? ¿Sigue siendo ése nuestro cometido? No, permítanme que lo diga claramente. ¡Así no! Seguimos con la piedra en el fondo de la ladera.

## V. EL RETO DEL FUTURO

Tenemos ante nosotros un reto de futuro. Parece que ya no sabemos cómo agarrar la piedra. Ya lo hemos intentado todo. Yo quiero que el mensaje que aquí deriva no sea un mensaje pesimista. ¡Ni mucho menos! Es un mensaje optimista, por varias razones:

Todos estamos de acuerdo en que hay unos puntos de partida adquiridos. Tenemos una mayoría de edad como doctrina procesal. Te-

nemos un sistema bello, tenemos una serie de categorías procesales acuñadas, pero no nos recreemos, no nos deleitemos en esas categorías. Si hace falta, hagámonos el harakiri, destruyámoslas, pensemos en la realidad, tratemos de solucionar los problemas concretos. Solucionándolos, no poniendo parches. Eso no tiene interés, eso se traduce en la chapuza. Así tampoco vamos a ningún sitio. Tratemos —y para eso son buenos estos Congresos— de sacar una conclusión operativa, induciendo de los casos particulares la regla general, pero no por la vía de construir a través de sistemas. Dejemos de discutir eso de las categorías dogmáticas, tratemos de solucionar los problemas. Hay puntos de partida adquiridos en los cuales todos estamos de acuerdo, o si no digámosle al país que no esté de acuerdo, a la doctrina procesal que no esté de acuerdo, que se autodefina, que se destape, porque a lo mejor está en un estadio anterior. No hay por qué valorar esto negativamente, no. La doctrina procesal es flexible y avanza paulatinamente y por eso debe estar siempre al día.

Entre esos puntos de partida adquiridos había anotado algunos aquí que me parecen obvios. ¿Quién discute hoy en día que el Estado no ha asumido sobre sus espaldas todas las cargas que comporta el ejercicio jurisdiccional, es decir, que es el depositario de la administración de justicia como organización en este momento histórico determinado? No siempre fue así, pero en este momento sí lo es. En este punto, ¿qué debemos volver a discutir? Me parece que después de todo este siglo que llevamos de procesalistas modernos, este aserto está consolidado. Nosotros hemos renunciado a la autodefensa privada, hemos renunciado al arco, manos y flechas y hemos renunciado a la autodefensa, porque en nuestra fórmula moderna de organización el Estado nos ha dicho: «Yo te organizo el servicio de Administración de Justicia». Pero, fijémonos bien: es un servicio de la Administración de Justicia. Por ello es comprensible, a nivel práctico, que cuando el Estado no presta ese servicio, cuando el servicio de Administración de Justicia no funciona, surjan brotes de autodefensa y volvemos al canibalismo. Señores, no es justificable a nivel de nuestra ciencia procesal, pero a nivel humano es comprensible. Por tanto, debemos exigir a ese Estado que ya que va a prestar el servicio, que efectivamente lo preste y que ponga los medios. Las naciones más evolucionadas en sus sistemas han establecido una responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento anormal de ese servicio. Me parece óptimo, pero nos hemos quedado todavía cortos. No basta con establecer esa responsabilidad patrimonial, a mí no me basta el prin-

cipio de responsabilidad patrimonial. Es más útil y más necesario un instrumento de cómo exigir esa responsabilidad patrimonial, es decir, una reparación efectiva. ¿Tengo la vía expedita? ¿Es fácil el acceso? ¿O es tan complicado que después de un proceso que dura varios años tengo que embarcarme en otros tantos para que condenen al Estado a pagar? Si es así, enterremos el principio, sin ningún rubor. No nos sirve como tal el principio.

Están ustedes viendo que estamos siempre pensando en que lo que importa es el instrumento para hacerlo valer.

Otro de estos principios adquiridos en nuestra experiencia actual es que el proceso es el medio necesario para exigir esa tutela judicial; es el medio puesto por el ordenamiento jurídico para exigir o para tener el derecho, como ustedes quieran llamarle. ¡Utilicémoslo! No creamos que vamos a ser tachados otra vez de procedimentalistas, si nos ocupamos en examinar una a una esa escenografía de reglas de procedimiento y de normas de procedimiento que, al menos, son unos principios que están puestos como reglas del juego. ¿Qué les parecen a ustedes las reglas del juego del póker? Está claro que a quien no las respeta se le tacha de tramposo. Nosotros ponemos unas reglas de juego del proceso, que en definitiva son esas normas de procedimiento y pasamos de ellas. Con toda razón nos podrían llamar tramposos. Entonces, ¿qué tenemos que hacer? Pues preocuparnos de que se cumplan. Si esto no es una verdad adquirida, o si esto es algo que todavía hay que cuestionarse en este momento, entonces todo lo que he dicho, toda la reflexión que me he hecho, es también algo estéril.

Una vez superados estos puntos de partida adquiridos, dado que son puntos comunes en los que todos estamos de acuerdo, qué duda cabe que también podemos identificar los objetivos a conseguir. Para empezar podemos basarnos en el principio de eficacia, que ha sido puesto como modelo en estas últimas reuniones de procesalistas. Tratemos de conseguir un proceso con una duración razonable, que tenga un costo soportable y que al final las resoluciones se ejecuten y haya posibilidad de cumplirlas, y no que se tomen anticipadamente las cautelas necesarias para que ello sea posible, porque si no hemos perdido el tiempo.

No perdamos de vista que en la consecución de estos objetivos el proceso es una realidad cambiante que debe ser flexible, que debe adaptarse al momento social y a la realidad social de cada país en concreto. Por eso conviene en primer lugar hacer un examen de conciencia, un examen de conciencia tanto a nivel personal, a nivel de procesalistas,

como a nivel de cada país. Yo no comprendo por qué no se utilizan las estadísticas de cada país, por qué no se utilizan científicamente los datos que nos aporta la estadística, por qué no se analiza la litigiosidad, cómo se produce, cuáles son los procesos más comunes, etc. Por qué no se analiza, cuáles son las soluciones posibles, pero no a nivel teórico. Esta mañana, por ejemplo, hemos desembocado en el viejo binomio de oralidad y escritura. Poco importa implantar la oralidad si no hay buenos jueces ante los cuales litigar, ante los cuales poder hacer oír nuestras cuitas. Por lo tanto, cualquier sistema puede ser bueno. Tenemos que analizar la realidad concreta de cada país y tratar de buscar una solución posible que tal vez no sea la óptima, que tal vez no sea la mejor, pero que puede ser buena. Siempre que sea posible. Es lo mismo, y apelo al campo de la política, que se define como el arte de lo posible. Aquí no podemos ser en ningún caso maximalistas. Tenemos que ser siempre razonables, flexibles, y buscar soluciones adaptables a las circunstancias concretas.

Es obvio que en esta solución o en estos trajes a medida para cada país hay un componente político, como se ha dicho esta mañana. Y lo malo es que somos conscientes de que, a veces, habría que decir, como me ha dicho un colega esta mañana: Esto sólo se arregla si fulano y zutano se ponen de acuerdo y hacen esto. Y fulano y zutano son el poder político, o el líder del partido tal o del partido cual. Entonces, la función de los procesalistas no es glosar una y otra vez instituciones que ya conocemos, que ya hemos superado. Seguramente ayudarían mucho más si se dedicaran a ver o a tratar de convencer a esas personas que, en definitiva, son las que tienen los resortes del poder para hacer viable cualquier intento de reforma.

En esta tarea —y creo que todos estaremos de acuerdo— hay que tener otro objetivo presente y en esto tenemos una gran responsabilidad los procesalistas. A fuerza de querer crear categorías y, como se dice siempre, de tener materia para explicar, de tener materia sobre la que adoctrinar a la población, nos hemos creado un marasmo de procedimientos.

¿Han pensado alguna vez en la gran cantidad de procedimientos que existen en nuestros códigos? ¿Creen que sería posible una poda en profundidad, de tal manera que el procedimiento fuera uno solo para todo? ¿Sería esto una utopía? ¿Seamos más serios Valdría la pena tener un solo procedimiento, sencillo, de tal manera que todo ciudadano supiera de antemano cómo se va a ventilar y por qué trámites se va a desarrollar su cuestión, porque en estos momentos no lo sabe. La

prolijidad de procedimientos, la intoxicación legislativa que padecemos, no justifican ni legitiman, por así decirlo, nuestra labor de abogados, de jueces o de juristas. Yo creo que el trabajo de los abogados y de los jueces se legitima por otras vías mucho más serias, tratando de colaborar efectivamente unos con otros, en sus respectivos campos, con esa administración de justicia.

Pensemos si podríamos suprimir de un plumazo toda la cantidad de procedimientos que hemos creado. Cuando hemos partido y antes del punto de partida de la moderna ciencia procesal, el proceso no era tan complicado. Era mucho más sencillo. Y, seguramente, si nos remontamos hacia atrás, en otros tiempos, era prácticamente pura simplicidad: audiencia de las dos partes en presencia de un tercero, que dirime definitivamente con fuerza de cosa juzgada. No perdamos de vista nunca la sencillez de los grandes principios y la sencillez de esas observaciones. No nos empecinemos en crear sobre todo ello construcciones o edificios, que son bellos desde fuera, pero que dejan absolutamente indiferente al ciudadano, que tiene otros intereses mucho más vitales.

Se han de introducir asimismo criterios empresariales en la organización y funcionamiento de la oficina judicial. Y no se trata de informatizar a toda costa. Pero, cuando menos, se han de revisar los módulos de rutina y los equipamientos. ¿Qué hubiera pasado si nuestras empresas se hubiesen quedado ancladas en el barco velero, la máquina de vapor o la pluma de ave? Sin embargo, toleramos esa situación respecto de la administración de justicia. No sólo eso: cuestiones meramente mecánicas y que apenas exigen inversión de medios materiales se siguen prodigando en sus atávicas formas al ritmo de ronroneante carreta. El horario de la oficina, los impresos que se utilizan, el uso del papel, la gestión de los expedientes, la cualificación del personal, el horror al teléfono y otros muchos temas están exigiendo algo más que manos y pies para transportar la piedra de Sísifo. No es de extrañar que, con frecuencia, nos la volvamos a encontrar en el fondo de la ladera.

Con esta reflexión termino volviendo al punto de partida. La ciencia procesal —al menos ésta es la síntesis de mi reflexión— ha estado subiendo a la montaña y retorna ahora al fondo de la ladera como Sísifo. No es que nuestra misión sea una misión sin futuro, o una misión estéril, como es la condena de Sísifo. ¡Ni mucho menos! Nuestra misión es operativa, nuestra misión se traduce luego en criterios prácticos porque, en definitiva, no olvidemos nunca que el elemento humano sea

abogado, sea parte, sea juez, es el que manipula el instrumento procesal. Nuestros trabajos son productivos. Gracias precisamente a este mito de Sísifo, o a esos renovados esfuerzos por levantar la piedra, es por lo que nos hallamos hoy aquí, en Bogotá, en las Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Y todavía nos queda materia y nos quedan suficientes argumentos para llenar ulteriores jornadas, para llenar ulteriores reuniones de procesalistas. ¿Qué hacer si no? Aquí queda el mensaje de futuro: Seguramente debemos concentrar nuestros esfuerzos en esta nueva perspectiva que he anunciado al principio para que nuestro trabajo no sea tachado de estéril como el de Sísifo y no tengamos ese traje o esa apariencia de hombres expertos en la chicana y en la estrategia procesal. Porque esto, hoy, señores, en los países que presumen de ser civilizados, ya no vende. Y si no, pregúntenselo a los ciudadanos.

## AUDIENCIA PUBLICA

### LA JUSTICIA ES UN CACHONDEO:

#### EPILOGO JUDICIAL

La expresión *la Justicia es un chachondeo* ha hecho fortuna en nuestros pagos de la mano de don Pedro Pacheco, Alcalde de Jerez de la Frontera. Esta y otras declaraciones que realizó a raíz de una resolución dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Territorial de Sevilla le catapultaron a la fama y, al mismo tiempo, provocaron su enjuiciamiento y condena por la Audiencia Territorial de Sevilla, constituida en pleno, por un delito de desacato a la autoridad. El último episodio de esta historia llega ahora a nuestras manos: se trata de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo ante el recurso de casación interpuesto por el procesado. El Tribunal Supremo, escudándose en la dificultad de armonizar la libertad de expresión y el derecho al honor, ha optado por absolver al procesado, no sin antes afearle su conducta por haberse extralimitado en su crítica. Exceso que, sin embargo, no merece, a su entender, sanción penal sino tan sólo *una sanción social en cuanto a las inexactitudes, excesos verbales o escritos, radicalismos y descalificaciones improcedentes que pueden herir determinados sentimientos sociales en cuanto una Comunidad ha de asentarse sobre unas normas de respeto y consideración, compatibles con la crítica, la oposición y el disenso.*

El caso del Alcalde de Jerez ha levantado una gran expectación y viva polémica. Incluso los miembros de la propia Sala del Tribunal Supremo encargada de fallar no pudieron llegar a una decisión unánime y dos de sus cinco miembros emitieron un voto particular conjunto contrario a la decisión adoptada por la mayoría. Por esta razón se ha creído de interés transcribir la sentencia que ha dictado el Tribunal Supremo en este caso, así como el voto particular de los Magistrados que han discrepado.

Madrid, 21 de enero de 1988

En el recurso de casación por infracción de ley, que ante Nos pende, interpuesto por el procesado don Pedro, contra sentencia dictada por la AT Sevilla, constituida en pleno, que le condenó por delito de desacato a la autoridad, los componentes de la Sala 2.ª del TS se han constituido para la vista y fallo bajo la Ponencia del Magistrado señor Ruiz Vadillo, siendo también parte el MF.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.** El JI Jerez de la Frontera, núm. 2, instruyó sumario con el núm. 33 de 1985, contra don Pedro y una vez concluso lo remitió a la AT Sevilla, que constituida en pleno y en funciones de la Sala de Justicia, dictó S 9 de diciembre de 1986, que contiene los siguientes hechos probados: «Resultando probados y así se declaran los siguientes hechos: Primero: La Gerencia Municipal de Urbanismo de Jerez de la Frontera inició actuaciones por infracciones urbanísticas, y entre ellas acordó la demolición de obras ejecutadas sin licencia municipal, en edificaciones de doña Alejandra y su esposo don Norberto, y de otra parte de don Antonio y de don Juan. Contra los respectivos acuerdos de demolición de fechas 7 de agosto y 22 de junio de 1984, se interpusieron por los afectados sendos recursos de alzada, que fueron desestimados por el Ayuntamiento de Jerez de la Frontera que confirmó los acuerdos de demolición del Consejo de Gestión de la Gerencia Municipal, informándose a los interesados de su derecho a interponer contra lo acordado recurso de reposición con carácter potestativo o

recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal competente. Segundo: Por el Abogado de don Antonio y don Juan se interpuso el 29 de octubre de 1984 ante la AT Sevilla recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo de demolición y paralelamente el mismo Abogado entró en negociaciones con la Gerencia de Urbanismo para solucionar el asunto por vía amistosa, negociaciones que culminaron en un acuerdo mediante el cual las viviendas de don Antonio y don Juan quedaban destinadas para la Asociación de Vecinos de la Barriada N., recibiendo aquellos a cambio 1.700.000 ptas., aunque según su valor real era muy superior. Como consecuencia de dicho acuerdo el referido Abogado decidió no publicar los Edictos de la Sala de la Contencioso-Administrativo de la AT Sevilla, dejando así paralizado el recurso para evitar gastos innecesarios a sus clientes, puesto que ya carecía de interés. Por su parte el Ayuntamiento de Jerez de la Frontera tampoco se interesó ya por el derribo, por lo que el auto del JD Jerez de la Frontera, núm. 2, por el que se autorizaba al Ayuntamiento a entrar en las referidas viviendas ya no tuvo efectividad. Tercero: Por otra parte el Presidente del Consejo de Gestión de la Gerencia Municipal, con el fin de llevar a efecto la ejecución del acuerdo de demolición de las obras efectuadas en la vivienda de doña Alejandra y don Norberto, solicitó del JD citado el correspondiente mandamiento de entrada con fecha 17 de septiembre de 1984, y ante lo infructuoso de su cumplimiento reiteró la misma petición el 26 de noviembre de dicho año, fue acogida por el titular de dicho Juzgado, quien dictó A 14 de enero de 1985, en el que autorizaba al Ayuntamien-

to para la entrada en la referida vivienda a fin de que pudiera llevarse a efecto la demolición acordada. Cuarto: Paralelamente, en uso de los derechos que la Ley les reconoce y de los que fueron informados por el mismo Ayuntamiento, don Norberto, con fecha 7 de enero de 1985, interpuso recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo de demolición y al mismo tiempo solicitó la suspensión de la ejecución conforme al art. 122 LJCA, recurso que fue admitido a trámite por la correspondiente Sala de la AT Sevilla por providencia de 23 de enero de 1985, publicándose los Edictos en el BOP Cádiz en día 28 del mismo mes y año. Quinto: Simultáneamente don Norberto, mediante escrito de su Abogado, interesó del JD Jerez de la Frontera núm. 2 que declarase la nulidad de las actuaciones y dejase sin efecto el A 14 de enero de 1985, en el que se había fijado la fecha del 31 de enero para la entrada en el domicilio y consiguiente demolición, y en el mismo escrito se ponía en conocimiento del Juzgado que el asunto se hallaba pendiente del recurso contencioso-administrativo. Sobre dicha solicitud el Juzgado dictó auto declarando no haber lugar a la nulidad de lo actuado, pero acordó posponer la fecha de entrada en el domicilio al día 8 de febrero, al tomar el Juez conciencia de que si no lo hacía el derecho que se había ejercitado ante la AT quedaría sin efectividad por absoluta indefensión de los recurrentes. Sexto: La Sala de lo Contencioso-Administrativo en el recurso interpuesto por don Norberto y doña Alejandra, ante la proximidad de la fecha señalada para la demolición, sin agotar el plazo para oír al Ayuntamiento, con el fin de evitar perjuicios irreparables o de difícil repara-

ción, por A 30 de enero de 1985 ratificado por el de 5 de febrero y posteriormente confirmado por resolución del TS acordó suspender con carácter cautelar el acuerdo del Consejo de Gestión de la Gerencia de Urbanismo sobre la demolición de las obras efectuadas para ampliación de la vivienda de don Norberto, y en la misma fecha comunicó telegráficamente la suspensión al Ayuntamiento de Jerez de la Frontera. Séptimo: Al tener noticia de dicho despacho telegráfico el procesado don Pedro, Alcalde del Ayuntamiento de Jerez de la Frontera, que desempeñaba la doble función de Presidente y Gerente del Consejo de Gestión de la Gerencia Municipal de Urbanismo, Abogado y que tenía y tiene la condición de Diputado del Parlamento de Andalucía, en la noche del 30 de enero de 1985 durante conversación telefónica mantenida con un locutor de Radio X., hizo las siguientes declaraciones: «La gente dirá que la Justicia es un cachondeo... y que favorece a los ricos, y yo tengo que darle la razón... el rico es el que gana los pleitos..., en este caso nos han tomado el pelo al Alcalde y a los 27 Concejales y además al interés colectivo, que ha visto cómo los poderosos se salen con la suya... vamos a arremeter con todas las armas contra los autores de este desafuero... los 27 Concejales del Ayuntamiento de Jerez han sido burlados impunemente por un auto de la Audiencia de Sevilla... en este caso la Audiencia ha metido la pata... y lo que es más grave, se sabía, desde hace unas semanas, que se iba a dictar ese auto y a eso no hay derecho», a continuación, a una pregunta del locutor sobre cómo podía ponerse en duda la decisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla el proce-

sado contesta «la Justicia... son servidores públicos y hay que quitarse el miedo cuando hay que juzgar la actuación de los Magistrados y los Jueces, tan servidores públicos como nosotros los políticos y yo la juzgo nefasta» y al final de la conversación telefónica el Alcalde manifiesta «mañana, muy tranquilamente, vamos a exponer el tema a la opinión pública». Y sobre las 12,40 h del día 31 de enero de 1985, en entrevista emitida en directo por Radio X., el referido Alcalde hizo entre otras las siguientes manifestaciones: «que se investigue a ver qué pasa, qué tipo de complacencias o connivencias pueden existir entre algunos Magistrados y los Abogados defensores, porque no se explica si no que ese auto se hubiera sabido con una semana de antelación... nosotros estamos entrando en polémica con los Magistrados de la Sala de lo Contencioso que son los que han dictado ese auto precipitado y sin audiencia del Ayuntamiento... lamentamos que otros señores no hayan acudido a esa vía fácil de cercenar la... municipal... como es acudir en este caso a la Audiencia y conseguir por arte de biribirloque una sentencia favorable o un acto favorable..., vamos a intentar mandar los expedientes al Presidente de la Sala de lo Contencioso y que los ejecute él...»; de las referidas conversaciones telefónicas y rueda de prensa se hicieron eco varios periódicos de Andalucía y entre ellos el Diario J., de fecha 1 de febrero de 1985. Octavo: El día 8 de febrero de 1985 el Diario J., bajo el título «Las pruebas del Alcalde», publicó una nota enviada por el Ayuntamiento con anuencia del inculpado en la que paralelamente se relacionaban los trámites seguidos en los recursos interpuestos ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo, destacándose Asunto don Antonio y Asunto don Norberto, y en relación al primero se indicaba: 25 de enero de 1985, fecha de derribo; y respecto al segundo: 30 de enero de 1985, telegrama de la AT suspendiendo el acto de demolición, en dicha nota se omitía que la vivienda de don Antonio no se había derribado. Noveno: Salvo en los casos de don Norberto, don Antonio y don Juan, en ningún otro supuesto de demolición anterior al 31 de diciembre de 1984 fue utilizado el recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo de la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Jerez de la Frontera.

*Segundo.* La Audiencia de instancia estimó que los indicados hechos probados constituían un delito de desacato, previsto y penado en el art. 244 CP, del que es criminalmente responsable, en concepto de autor, el procesado don Pedro, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, y dictó el siguiente pronunciamiento: «*Fallamos:* Que desestimando la excepción de falta de autorización administrativa para procesar, planteada como cuestión previa, y acordando no haber lugar a declarar la nulidad de actuaciones, debemos condenar y condenamos al procesado don Pedro en concepto de autor responsable de un delito de desacato a la autoridad ya definido y sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de 2 meses de arresto mayor, multa de 40.000 ptas. con arresto sustitutorio de 16 días en caso de impago e inhabilitación absoluta de 6 años y 1 día, y al pago de las costas procesales. Declaramos solvente al procesado y llévase testimonio de este particular a la pieza de responsabilidad

civil. Al notificar la sentencia instrúyase al procesado de los recursos que caben contra la presente resolución, y una vez firme ésta comuníquese al Parlamento de Andalucía y al Ayuntamiento de Jerez de la Frontera».

*Tercero.* Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley, por el procesado don Pedro, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala 2.ª del TS las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

*Cuarto.* La representación del procesado recurrente basa su recurso en los siguientes motivos: Primero: Por infracción de Ley al amparo del art. 849 LECrim., cuando dados los hechos que se declaran probados en los artículos anteriores, se hubiese infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal, y en el caso presente se plantea la cuestión de nulidad de actuaciones de acuerdo con la doctrina afirmada por esta Sala, entre otras en SS 20 de febrero y 17 de octubre de 1984, por entender que no corresponde, en todo caso, al Pleno de la AT Sevilla las funciones de Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en atención de lo dispuesto en la disp. adic. 2.ª ap. 3.ª LOPJ 6/1985 de 1 de julio, en relación con los arts. 7, 48, 49, 50 y 52 EA Andalucía y disp. trans. 2.ª.3 LOPJ. Segundo: Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 LECrim. «cuando dados los hechos que se declaran probados en los dos artículos anteriores, se hubiese infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de

la Ley Penal», y en el presente caso encontramos que se ha infringido el art. 14 CE, por cuanto dada la condición de Diputado del Parlamento Andaluz del procesado debió obtenerse previamente el *placet* de la Cámara Autónoma para su procesamiento, y al no haberlo hecho así el Pleno de la AT Sevilla, ha incurrido en nulidad de actuaciones, de acuerdo con la doctrina de la Sala 2.ª del TS ya invocada en el motivo primero, por cuanto se produce una desigualdad jurídica con el régimen seguido por el art. 71 CE referente a los Diputados y Senadores de las Cortes Generales. Tercero: Por infracción de Ley al amparo del art. 844.2 LECrim. «cuando haya existido error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios», y en el caso presente el Tribunal *a quo* ha incidido en dicho error en la apreciación de la prueba, pues ha consignado en el Resultando de hechos probados hechos que quedan desvirtuados por documentos que obran en autos y que fueron al tiempo de la preparación del presente recurso significados nominalmente y en los particulares que así lo evidenciaban, documentos que damos por reproducidos en aras de economía en este lugar. En efecto, la Sala de Instancia, como acreditan los razonamientos que integran el Considerando Sexto de la resolución que recurrimos, niega el *animus informandi* del procesado, entre otras razones, por entender que al exponer públicamente las razones que justificaban sus afirmaciones, falta a la verdad al buscar comparaciones entre el asunto de

la Ley Penal», y en el presente caso encontramos que se ha infringido el art. 14 CE, por cuanto dada la condición de Diputado del Parlamento Andaluz del procesado debió obtenerse previamente el *placet* de la Cámara Autónoma para su procesamiento, y al no haberlo hecho así el Pleno de la AT Sevilla, ha incurrido en nulidad de actuaciones, de acuerdo con la doctrina de la Sala 2.ª del TS ya invocada en el motivo primero, por cuanto se produce una desigualdad jurídica con el régimen seguido por el art. 71 CE referente a los Diputados y Senadores de las Cortes Generales. Tercero: Por infracción de Ley al amparo del art. 844.2 LECrim. «cuando haya existido error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios», y en el caso presente el Tribunal *a quo* ha incidido en dicho error en la apreciación de la prueba, pues ha consignado en el Resultando de hechos probados hechos que quedan desvirtuados por documentos que obran en autos y que fueron al tiempo de la preparación del presente recurso significados nominalmente y en los particulares que así lo evidenciaban, documentos que damos por reproducidos en aras de economía en este lugar. En efecto, la Sala de Instancia, como acreditan los razonamientos que integran el Considerando Sexto de la resolución que recurrimos, niega el *animus informandi* del procesado, entre otras razones, por entender que al exponer públicamente las razones que justificaban sus afirmaciones, falta a la verdad al buscar comparaciones entre el asunto de

don Norberto y otros semejantes, siendo así que los documentos escogidos a los efectos del presente motivo acreditan el error padecido por la Sala de Justicia, en funciones de Tribunal Superior de Andalucía que conduce a la errónea aplicación del artículo 244 CP. Cuarto: Por infracción de Ley, al amparo del art. 844.1 LECrim. «cuando dados los hechos que se declaran probados en los dos artículos anteriores se hubiese infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal», y en el caso presente, se han aplicado indebidamente los arts. 244 y 250, ambos del CP, pues el recurrente no ha verificado el tipo de desacato previsto en el primer artículo citado, pues ni ha calumniado, ni injuriado, ni insultado, ni amenazado de hecho o de palabra a ninguna autoridad en el ejercicio de sus funciones; si se ponen en consideración los hechos, relatados como probados, con los arts. 453 y 457 CP, estos últimos no pueden ser afirmados con base en la conducta del condenado, pues no se da ninguno de los requisitos, objetivo o subjetivo, por ellos exigidos. Y asimismo se ha visto infringido al art. 20.1 a) y el art. 20.4 CE, que protege y proclama la libertad de expresión, puesto que no se ha quebrantado honor alguno en el presente supuesto, en atención a que las frases entrecuilladas en el «Resultando» de hechos probados no se compadecen con las argumentaciones recogidas en los «Considerandos» de la sentencia recurrida, por lo que no existe delito de clase alguna. Quinto: Por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 LECrim. «cuando dados los hechos que se declaren probados en los dos artículos anteriores, se

hubiese infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal», y en el caso presente, encontramos que no se ha aplicado indebidamente el art. 6 bis a) párr. último en relación con el artículo 8.11, ambos CP., todo ello de forma subsidiaria para el supuesto de que no prosperasen los motivos antes expuestos, especialmente los motivos de casación tercero y cuarto, debido a que el condenado siempre creyó que estaba obrando lícitamente en cumplimiento de un deber que como Alcalde y miembro del Parlamento Andaluz le correspondía, informando a la opinión pública y ejercitando legítimamente su derecho a la libre expresión y a la crítica política, de acuerdo con el art. 20.1 aps. a) y d) CE. Sexto: Por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 LECrim. «cuando dados los hechos que se declaran probados en los dos artículos anteriores, se hubiese infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal», y en el caso presente, de forma subsidiaria aludimos a la inaplicación indebida del art. 570.5 CP, puesto que si bien partimos de la inexistencia de desacato, pudiera ser acogida, no sin renuncia por nuestra parte, la falta de respeto y consideración debida a la autoridad judicial como una simple falta no constitutiva de delito, pues bajo ningún concepto creemos puedan ser incluidas las expresiones del condenado en el art. 240 CP, y a lo sumo y en un entendimiento en abstracto de la Justicia lo podía ser, en el peor de los casos, como la simple falta ya citada.

Quinto. Instruido el MF del re-

curso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de vista cuando por turno correspondiera.

Sexto. Hecho el señalamiento, se celebró la vista prevenida el día 14 de los corrientes, con asistencia e intervención del Letrado don Manuel Cobo del Rosal, defensor del recurrente don Pedro, que mantuvo su recurso, y del MF, que impugnó los seis motivos del mismo.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 LECrim., se formula el motivo inicial del recurso, interesando la nulidad de actuaciones por entender que no corresponde al Pleno de la AT Sevilla, en funciones del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, la competencia para conocer del proceso objeto de este recurso, en atención a lo dispuesto en la disp. adic. 2.ª ap. 3.ª LOPJ 6/1985 de 1 de julio, en relación con los arts. 7, 48, 49, 59 y 52 EA Andalucía, disp. trans. 2.ª LOPJ.

El tema fue ya resuelto por A 27 de noviembre de 1985 de esta Sala, cuyos fundamentos y parte dispositiva han de ser íntegramente ratificados en este momento procesal en todos sus extremos y en consecuencia, como se argumenta en la referida resolución, al no existir en nuestro Ordenamiento Jurídico normas que determinen, en el aspecto procesal, el régimen transitorio, en tanto en cuanto no se hallen constituidos los correspondientes Tribunales de Justicia de las Comunidades Autónomas, hay que acudir para determinar el órgano jurisdiccional al que, durante este período transitorio correspondía conocer de los delitos cometidos dentro del territorio de las respecti-

vas Comunidades Autónomas, al *usus fori* dimanante de la jurisprudencia del TS y de los principios generales del Derecho en esta materia, de cuya aplicación resulta que procede declarar la competencia para conocer de estas actuaciones a las que se refiere este recurso a la AT Sevilla, que actuó como Sala de Justicia y en cuya jurisdicción se cometieron los hechos presuntamente delictivos.

Segundo. Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 LECrim., se alega infracción del art. 14 CE por cuanto, dada la condición de Diputado del Parlamento Andaluz del procesado, debió obtenerse previamente el *placet* de la Cámara Autonómica para su procesamiento, entendiéndose que al no hacerlo así la AT Sevilla ha incurrido en nulidad de actuaciones.

El problema fue planteado y rechazado en la instancia con acierto. El art. 71 CE, incluido en el Tít. III bajo el epígrafe de «Las Cortes Generales», sólo alcanza a los Diputados y Senadores de las mismas y, por otra parte, el art. 26 EA Andalucía no exige tal autorización.

Los Estatutos son la norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma, pieza esencial del Estado que los reconoce y ampara como parte integrante de su Ordenamiento Jurídico (arts. 2, 138 y 147 CE). No hay, pues, laguna legal porque, tratándose de una norma excepcional, lo que no se haya regulado específicamente queda sujeto al art. 14 CE.

El A 27 de noviembre de 1985 de esta Sala se pronunció en el mismo sentido, recordando la S 12 de noviembre de 1981 del TC y el A 20 de abril de 1983 de la propia Sala. El motivo debe ser por ello desestimado.

**Tercero.** Al amparo del art. 839.2 LECrim. se alega error en la apreciación de la prueba basado en los documentos que en el recurso se citan y que obran en los folios sumariales 257, 262 y ss., 269 vuelto, 176 y 177 del rollo y otros, tratando de combatir una de las afirmaciones de la sentencia del Tribunal de instancia en el sentido de que la actuación de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla fue distinta en unos y otros supuestos. El motivo, aparte otras consideraciones que en seguida se pondrán de relieve, no puede prosperar porque la certeza o no de lo que en la sentencia se contiene no incidiría en el fallo o parte dispositiva de la misma.

**Cuarto.** El motivo cuarto, formalizado bajo el apoyo procesal del artículo 849.1 LECrim., alega aplicación indebida de los arts. 244 y 250 CP, así como del art. 20.1 a) y art. 20.4 CE.

El motivo ha de prosperar en virtud de las consideraciones jurídicas que a continuación se exponen, las primeras referidas a los principios generales que han de informar la materia y las siguientes en relación con la proyección que aquéllas han de tener en el caso al que se refiere este recurso.

Con carácter amplio y generalizado hay que indicar lo siguiente:

1. Existe una jerarquía intraconstitucional de los bienes o valores integrados en la CE, pero de su determinación no cabe establecer reglas absolutas e inflexibles, sino que éstas han de fijarse en función de las circunstancias concurrentes. El perfil de cada uno de los derechos, en principio, no es nunca absoluto ni ilimitado, sus notas y fronteras, cuando colisiona con otro, u otros, vendrán determinadas por razones de ponderación y en su caso de preferencia.

2. Estos factores, siempre variables, como corresponde al dinamismo de la propia vida social, han de actuar con distinta intensidad, según los casos, para equilibrar la protección plural y no siempre convergente ni paralela de los derechos fundamentales.

3. La libertad de expresión y de información, dentro de la cual se contiene el derecho a recibirla, de la que es destinatario el Pueblo, constituye uno de los ejes del pluralismo político y uno de los fundamentos esenciales de la sociedad democrática; una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres (Cfr. S 7 de diciembre de 1976 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso «Handyside» núm. 49). Una de las expresiones más significativas es el derecho de los medios de comunicación a informar, sin el cual, como acaba de decirse, no existe sociedad democrática y también lo es el derecho-deber de quienes desempeñan funciones para las que fueron elegidos por los ciudadanos y en general de cuantas personas ocupan puestos de autoridad, de comunicar, dentro de los límites que en cada caso procedan, las vicisitudes de los asuntos encomendados y los problemas que su administración produce con análoga significación a la obligación que el mandatario tiene de dar cuenta al mandante o comitente de la gestión ejecutada.

4. Sopesar, dentro de la realidad social, siempre compleja, los intereses que convergen en una determinada situación es tarea muy difícil pero inevitable. El enfrentamiento, real o aparente, entre el derecho a la libre expresión y el derecho al honor en cualquiera de sus manifestaciones, comprendiendo el nivel de respeto y

respetabilidad a que tienen derecho todas las personas físicas y jurídicas y las Instituciones, ha de encontrar vías de solución. Es por ello por lo que corresponde a los jueces ponderar la relación entre el derecho al honor (y dentro de él con los adecuados temperamentos, la idea de desacato) y las libertades del art. 20.1 aps. a) y d) CE. Aquél no sólo es un límite a estas libertades, sino en sí mismo un derecho fundamental (Cfr. TC S 17 de julio de 1986). Los conceptos necesidad social, así como la proporción al fin que se persigue sí es legítimo han de estar presentes en esta decisión.

5. Cuando la doctrina científica se refiere al «efecto irradiante» del derecho fundamental a la libre expresión, lo hace de manera esencial para, dentro del campo de la protección jurídico-penal del honor, determinar su alcance a la luz de la significación del derecho básico a la libertad de expresión y de prensa que ha de fijarse en función de la imprescindibilidad de una información libre en un Estado de Derecho democrático y social como el nuestro. Las limitaciones que acompañan a este derecho han de ser por consiguiente interpretadas siempre de manera restrictiva (Cfr. S 26 de abril de 1979 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso «The Sunday Times», núm. 65).

6. Resulta también imprescindible examinar si concurre algún supuesto de justificación (Cfr. art. 8.11 CP) y si existe el imprescindible elemento subjetivo o culpabilístico, situándose en sede constitucional bajo las ideas de que no hay derechos absolutos ilimitados, de que cuando son varios los que concurren en un determinado supuesto hay que sopesarlos y finalmente que todo ello ha

de ser contemplado bajo el prisma del principio de proporcionalidad.

7. Siendo la justicia un horizonte de equilibrio, la CE significa la armonía por excelencia y dentro de ella se integra la idea de proporción que obliga, en los casos de consecuencia de derechos, incompatibles entre sí, a fijar las preferencias, según el criterio constitucional aplicado al caso concreto debatido.

8. Como conclusión hay que señalar que el conflicto entre el derecho a la información y el derecho al honor de la persona perjudicada por aquélla no puede resolverse dando preferencia al segundo, sino que se impone una adecuada ponderación, sin olvidar que el derecho a la información, junto con el de libre expresión, garantiza la existencia de una opinión pública libre, condición absolutamente necesaria para el recto ejercicio de todos los demás derechos en los que se funda el sistema político democrático (Cfr. TC S 22 de diciembre de 1986). Es obligado, en este sentido, como recuerda el A 30 de octubre de 1987 de esta Sala, replantearse la adecuación de la calificación de determinadas frases y palabras, incluso cuando objetivamente parezcan ofensivas, de acuerdo con la índole eminentemente circunstancial del delito de injurias (y por extensión de los desacatos, salvando las distancias) en el contexto histórico en que las mismas fueron proferidas, como pueden ser las contenidas entre los partidos políticos o la censura, que los representantes del pueblo formulan en orden a determinadas decisiones legislativas, administrativas o judiciales.

**Quinto.** La aplicación de la doctrina acabada de exponer al caso del presente recurso conduce a las siguientes consideraciones:

1. El derecho a la crítica que el procesado, como cualquier persona, pudo ejercitar, está sometido a unas determinadas limitaciones y pautas jurídicas y sociales de comportamiento que vienen impuestas por la existencia de un conflicto con otros bienes jurídicos. Se trata, pues, de un problema de límites que ha de resolverse sopesando la naturaleza y caracteres de cada día.

2. La condición de Alcalde de una ciudad a cuyos intereses afectaba la resolución judicial censurada, con la finalidad esencial de darla a conocer a los ciudadanos, es precisamente, en este concreto caso, lo que destruye el *animus iniuriandi*, o intención de difamar, de las frases despectivas y de menosprecio por él pronunciadas, en los términos que en seguida se dirán, profundizando en su sentido y alcance y distinguiéndose así las apariencias de las realidades. En cualquier caso, en principio, el conflicto de los bienes en liza ha de resolverse en favor de aquél que tenga un mayor relieve constitucional.

3. Las expresiones proferidas por el procesado que constan en la sentencia de instancia y que no hay necesidad de repetir, han de ser examinadas en el contexto local y ambiental, muy específico, en el que se produjeron, con todas las connotaciones que tal factor supone. La referencia del procesado a una conveniente investigación sobre las complacencias o connivencias que pudieran existir entre algunos magistrados y los abogados defensores, al no explicarse cómo el auto referenciado se había conocido con una semana de antelación, demuestra, en cuanto esta idea es el centro del hilo argumental del inculcado, que la intencionalidad, aunque con evidente y censurable exceso, no era otra que la

de informar a quienes eran, en definitiva, como ciudadanos, destinatarios directos de los efectos de la resolución criticada.

4. La ineludible tensión entre el bien jurídico de la libertad, en cualquiera de sus manifestaciones, y especialmente en cuanto afecta a la libertad de expresión e información, y el derecho al honor y al respeto debido a las Instituciones y a las personas que las encarnan, afectante al ejercicio de las funciones y competencias públicas, ha de situarse en principio de una preferencia del primero sobre el segundo, lo que no significa la preterición de este último, que previene siempre, aunque su precisa configuración haya de acomodarse a las importantes exigencias de la invocada libertad de expresión y con ella inseparablemente unida, al menos en potencia, del derecho a la crítica.

5. La idea central del comportamiento del procesado, indebido, desde luego, fue la crítica política, aunque, como ya se dijo, sujeta a límites que el inculcado desbordó de manera innecesaria. Quien ejercita la libertad de expresión debe tomar conciencia de la responsabilidad que contrae y de los obligados límites que impone una normal y recíprocamente respetuosa convivencia. El problema radica en si este exceso, en este caso concreto, porque son muy difíciles las generalizaciones, está o no incluido en el campo penal y en este sentido hay que decir que no existiendo desacato por lo que luego se dirá, sólo es atribuible una sanción social en cuanto a las inexactitudes, excesos verbales o escritos, radicalismos y descalificaciones improcedentes que pueden herir determinados sentimientos sociales en cuanto una Comunidad ha de asen-

tarse sobre unas normas de respeto y consideración, compatibles con la crítica, la oposición y el disenso.

6. El delito de desacato, objeto de condena, supone: a) Una actividad injuriosa, calumniosa, insultante o amenazadora cuya existencia exige, como es obvio, la confrontación de los respectivos preceptos tipificados de las referidas conductas. b) Que el sujeto pasivo reúna los requisitos establecidos en la ley, y c) El *animus infamandi* o intimidatorio, dolo especial sobre el que, como dice la S 24 de enero de 1986 de esta Sala, gravita todo el peso del elemento subjetivo del injusto. Ninguno de estos supuestos específicos de este último número se dan en este caso: no hubo injurias porque lo que se quiso, y esa es la razón de su comportamiento, fue informar y criticar, dentro de su consideración de político, y menos aún de calumniar por la generosidad de las expresiones y sobre todo, como ya se ha indicado, por el carácter condicional de su afirmación referida a la necesidad de investigar. La acción, en consecuencia, no fue típica porque aunque las afirmaciones, directas o indirectas, pudieran ser objetivamente injuriosas y subsumibles en los delitos de desacato (art. 240 y ss.), de injurias (art. 457 y ss.) o calumnia (art. 453 y ss.) si se hubiesen realizado con ánimo de desacatar, injuriar o calumniar, no hay infracción penal al faltar el elemento subjetivo del injusto, elemento anímico que, como ha dicho la S 17 de octubre de 1984 de esta Sala ha de estar tan acreditado y probado como la acción o dinámica comisiva misma, de acuerdo con los principios en que se inspira la reforma penal realizada por la LO 25 de junio de 1983. Ese propósito no sólo

ha de traslucirse de la integridad del relato fáctico y especialmente de los elementos objetivos y puramente descriptivos integrantes del mismo, sino que ha de sobreentenderse tras su lectura detenida, de la que debe fluir, aflorar y transparentarse de modo meridiano.

7. El derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión se inspiran y cobran su fuerza legitimadora en dos diferentes fuentes o valores superiores (S 2 de junio de 1986 de esta Sala). Ambos son definitivamente importantes, pero, atendida su naturaleza, a la luz de la CE, cuando entran en colisión, se impone, como ya se anticipó, fijar una preferencia que, en principio, corresponde a la libertad de expresión porque sin ella no puede vivir una sociedad en democracia.

8. El Ordenamiento jurídico no es un conjunto de comportamientos estancos, sino un sistema clasificado de valores para garantizar una convivencia en paz, construida sobre el valor justicia. Si en la conducta del procesado, irregular y censurable, atendida su doble condición de Alcalde y Abogado, que le obligaba a un comportamiento más de acuerdo con normas de obligada consideración a todas las personas y en mayor medida, si cabe, a quienes ejercen funciones de autoridad, como él, no se aprecia desacato es muy sencillamente porque no existió ánimo de deshonorar, desacreditar o menospreciar, ni hubo calumnia porque tampoco asumió el resultado positivo o negativo de la investigación que pretendía y en consecuencia no se da el tipo del injusto porque no se ha realizado ninguna de las conductas figura penal en blanco, aunque lo sea que lo integran al tratarse de una con determinadas especificidades.

9. En resumen, corresponde a los órganos judiciales, como dice la S 12 de diciembre de 1986 del TC, asumir la interpretación más favorable al derecho fundamental y a la producción de sus efectos (en orden a la libertad de expresión), incluso sobre las normas penales limitadoras del mismo. Todas las restricciones al mismo han de recibir una interpretación restrictiva. Así pues, la contradicción y colisión entre ambos derechos en pugna conduce en este caso, llevada a cabo la correspondiente ponderación, sobre criterios constitucionales, a la solución ya señalada.

Sexto. En este sentido resulta innecesario examinar el motivo quinto, que con el mismo apoyo procesal alega no aplicación indebida del art. 6 bis párr. último en relación con el 8.11, ambos CP, que se interpone con carácter subsidiario. Si no consta acreditado el ánimo de injuriar, en virtud de las precedentes consideraciones, con razón a la idea central que presidió la actuación del procesado, de acuerdo con el cargo de Alcalde que desempeñaba, y la finalidad esencial de informar, unida a un inequívoco deseo de criticar una decisión que a su personal juicio no tenía fácil explicación, no hay infracción penal. No habiendo delito porque la conducta carece de significación jurídico-penal en orden al delito de desacato, en atención al campo desde cuya perspectiva se examina, es decir, en sede constitucional, no hay necesidad de hacer nuevas y más extensas consideraciones en este sentido.

Séptimo. Por último hay que resolver el problema que con carácter subsidiario y con amplias reservas plantea el recurrente sobre si los he-

chos constituyen la infracción prevista en el art. 570.5 CP, que se refiere a los que faltaren al respeto y consideración debido a la autoridad.

Habiéndose eliminado el delito por razones de antijuricidad y culpabilidad, en virtud de las especificidades que concurren en esta causa, ya descritas, teniendo en cuenta que en el desacato juega no sólo el contenido sustancial de la conducta, sino también las cualidades de la persona que realiza el delito, no puede haber tampoco falta.

Sólo dejando constancia expresa de estas circunstancias puede desaparecer la infracción delictiva. En orden a la decisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la AT Sevilla, merecedora siempre de respeto y consideración por los cauces legales e incluso de la denuncia, se actuó con precipitación y desacierto inexplicables, pero no hubo ánimo de injuriar ni de calumniar, ni por consiguiente desacato, sino censurable comportamiento del procesado, como se ha insistido reiteradamente.

Fallamos. Que debemos y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley, estimando el motivo cuarto del recurso interpuesto por el procesado don Pedro y en su virtud casamos y anulamos la S 9 de diciembre de 1986, dictada por la AT Sevilla, en causa seguida a dicho procesado por delito de desacato, declarando de oficio las costas procesales y devolviéndole el depósito que constituyó en su día el recurrente.

Lo pronunciamos, mandamos y firmamos: *señor Ruiz Vadillo, señor Moyna Ménguez, señor Soto Nieto, señor Jiménez Villarejo, señor Morenilla Rodríguez.*

## SEGUNDA SENTENCIA

Madrid, 31 de enero de 1988

En la causa incoada por el J1 Jerez de la Frontera, núm. 2, con el núm. 33 de 1985, y seguida ante la AT Sevilla, constituida en Pleno, en funciones de Sala de Justicia, por delito de desacato, contra el procesado don Pedro, sin antecedentes penales, en libertad provisional, y en cuya causa se dictó S 9 de diciembre de 1986, por la mencionada AT, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy, por esta Sala 2.ª del TS, bajo la Ponencia del Magistrado señor Ruiz Vadillo, hace constar los siguientes:

## ANTECEDENTES DE HECHO

*Unico.* Se aceptan y reproducen íntegramente los de la sentencia de instancia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

*Unico.* Se tienen por incorporados todos los de la sentencia de casación a los que para evitar repeticiones innecesarias se hace expresa remisión.

## FALLAMOS

Que debemos absolver y absolvemos al procesado don Pedro del delito de desacato de que venía acusado.

Lo pronunciamos, mandamos y firmamos: *señor Ruiz Vadillo, señor Moyna Ménguez, señor Soto Nieto,*

*señor Jiménez Villarejo, señor Morenilla Rodríguez.*

VOTO PARTICULAR  
DE LOS SEÑORES MOYNA  
MÉNGUEZ Y SOTO NIETO

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos jurídicos de dicha resolución al dar respuesta a los motivos primero, segundo y tercero del recurso interpuesto, y se disiente de los restantes en los términos que se desprenden de los siguientes:

*Primero.* Esta Sala viene entendiendo que la *auctoritas* y *dignitas*, que se funden en el bien jurídico atacado en el delito de desacato, no excluyen el ejercicio del derecho de crítica y de libre información que forman parte esencial y nuclear del principio constitucional de libertad de expresión —art. 20.1 a)—, pero la relación entre el derecho al honor —también constitucionalmente afirmado, art. 20.4— y la libertad de expresión provoca una tensa y difícil cuestión de límites que se resuelven a favor de la calificación delictiva en presencia de una intención preponderante de agravio, menosprecio o descrédito de la Autoridad y de la dignidad de la función desempeñada, luego de ponderar —a través de los hechos enjuiciados— el valor reconocido a la libertad de expresión en la formación de la opinión pública, de singular trascendencia en la vida comunitaria por estar ligada al pluralismo político imprescindible para el funcionamiento del Estado social y democrático de Derecho que acepta y define el art. 1 CE.

En este marco de la libertad de ex-

presión, nada debe oponerse al libre derecho a informar del contenido de las resoluciones judiciales que afectan a temas o problemas de interés general, que desde la perspectiva de quien ostenta una representación cívica es toda una exigencia, y nada puede objetarse a la crítica o censura que discurra en los términos objetivos o neutros que es norma habitual de la exégesis jurisprudencial, e incluso es admisible que trascienda o comprometa a instituciones o personas, con erosión o sacrificio de su imagen pública, dignidad o prestigio social, sólo en la medida de lo necesario para aquellos fines de crítica e información, reconociendo en estos términos el primer lugar que en la vida democrática ostenta la libertad de expresión como instrumento de formación de la opinión pública. En todo caso, la expresión oral o escrita guardará modos, formas o temperamentos, si se quiere que el juego de libertades sea armónico y sin estridencias.

Transportadas estas afirmaciones a la esfera penal, es obvio que deben tener relevancia dos órdenes de comportamientos: el de quienes rebasando toda medida en la libertad de crítica e información no se detienen ante la dignidad judicial, e innecesariamente socavan el principio de Autoridad inherente a los órganos de la Jurisdicción, también indispensable para el buen gobierno de la comunidad; y el de quienes, sin traspasar aquella medida, no lo hacen dentro de las debidas coordenadas de consideración y respeto. Para los primeros, está previsto e indicado el art. 240 y ss., y los segundos tienen su sede en el art. 570.5, todos CP ordinario, que han sido invocados —respectivamente— en los motivos cuarto y sexto del recurso.

*Segundo.* El relato de los hechos se refiere a la conversación telefónica mantenida con un locutor de radio en la que el acusado hacía alusión a los 27 Concejales del Ayuntamiento «burlados impunemente por el auto de la Audiencia de Sevilla», y al día siguiente, en la rueda de prensa convocada «para exponer con tranquilidad el tema a la opinión pública», instaba a investigar «qué tipo de complacencias o connivencias pueden existir entre algunos Magistrados y los Abogados defensores», lamentando «que otros señores no hubieran acudido a esa vía fácil, como es acudir en este caso a la Audiencia y conseguir por arte de biribirloque una sentencia favorable o un acto favorable». En esta base o fundamento fáctico de la sentencia, inatacada e inatacable en la vía del art. 849.1 LECrim., prescindiendo y desdeñando las abstractas y vulgares descalificaciones de la Justicia que hizo en la primera comparecencia ante los medios de comunicación, sugiere una investigación sobre las complacencias o connivencias que mediaron entre Magistrados y Abogados y hace una afirmación terminante sobre su existencia, que no pone en duda puesto que solamente se interroga sobre la clase o tipo de relaciones: «qué tipo de complacencias o connivencias...», poniendo el verbo en presente de indicativo y no en subjuntivo, con lo que aleja toda idea de posibilidad; hubo, por ende, una imputación de parcialidad a los Jueces directa y manifiesta, corroborada a través de esa expresión de burla impune, de las alusiones a la vía fácil para conseguir por arte de biribirloque una sentencia favorable, es decir, por medios ocultos o fuera de lo ordinario en más correcta traducción semántica, frases que en una

consideración aislada pudieran ser tachadas de equívocas, aunque siempre operarían a favor de la imputación calumniosa los arts. 462 y 464 CP.

Existe, en consecuencia, la realidad insoslayable de una imputación calumniosa —la de un delito de prevaricación— a los Magistrados de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la AT Sevilla, con patente intención difamatoria, que no puede explicarse, justificarse o desvirtuarse acudiendo al derecho de crítica y de libre información que se reconoce al acusado, como regidor y representante de una comunidad y en temas que afectaban a los intereses generales, porque el mensaje al pueblo y a los electores pudo limitarse a una circunstanciada relación de los hechos sin necesidad de comprometer la dignidad, el prestigio y autoridad del órgano jurisprudencial, y no puede estrecharse el campo de la intencionalidad y del conocimiento de la antijuridicidad de su conducta en una persona, como el acusado, en quien concurría la plural condición de Alcalde, Diputado Regional y Abogado, y que se había tomado un tiempo de reflexión para tranquilizar su ánimo. No se trata con ello de mermar en lo más mínimo el derecho de información o de crítica en orden a su dimensión y contenido, sino de revestirlo de aquellas estructuras y formas necesarias para una adecuada y pacífica convivencia. En un Estado de Derecho social y democrático no puede concluirse la existencia de derechos absolutos e ilimitados, debiendo estar afectados o restringidos en la medida en que sea necesario tutelar determinados bienes jurídicos, cuya generalizada puesta en peligro daría al traste con el propio sistema en el que se reco-

noce y resalta la libertad de expresión como valor fundamental.

La S 12 de diciembre de 1986 del TC advierte que tanto los derechos individuales como sus limitaciones, en cuanto éstas derivan del respeto a la Ley y a los derechos de los demás, son igualmente consideradas por el art. 10.1 CE como «fundamento del orden político y de la paz social»; produciéndose, en definitiva, un régimen de concurrencia normativa, no de exclusión, de tal modo que tanto las normas que regulan la libertad como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente. Las SS 25 de junio de 1986 y 17 de noviembre de 1987 de esta Sala, después de aludir, con matices diferenciales, a los derechos fundamentales activos y a los reaccionales, concluyen que el art. 18.1 CE presta cobertura y garantía al derecho al honor, y el 20.1 contiene las libertades de expresión y difusión, ajustándolas a los límites derivados del respeto a los derechos reconocidos en el Título, entre ellos el del honor.

En conclusión, el delito de desacato previsto en el art. 244 CP, en su modalidad calumniosa, ha de completarse —por tratarse de una norma en blanco— con la definición del artículo 453 CP y constituye la falsa imputación de un delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio a la Autoridad, fuera de su presencia, hallándose en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de éstas; subrayada la intención específica de agravio, menosprecio y descrédito de la Autoridad que inspira la conducta enjuiciada, y que se sobrepone —por las razones expuestas— al ánimo de crítica o de información, procede admitir la correcta subsunción de los

hechos en el susodicho art. 244 y, consecuentemente, la desestimación del motivo cuarto del recurso.

Este mismo pronunciamiento desestimatorio debe ser extendido al motivo sexto que, con carácter subsidiario, pretende la aplicación del art. 570.5 CP, porque la irrespetuosidad de las expresiones vertidas —asaz evidente— queda absorbida por la mayor entidad o rango penal que se reconoce a los hechos.

*Tercero.* El motivo quinto del recurso ampara la aplicación indebida del art. 6 bis a) en relación con el 8.11, ambos CP, y se funda en que el acusado siempre creyó que estaba obrando lícitamente en cumplimiento de su deber como Alcalde y miembro del Parlamento Andaluz. Las razones para rechazar el motivo están apuntadas en el precedente desarrollo de la sentencia, debiendo solamente subrayarse que el deber de dirigirse al electorado a través de los medios de comunicación no se discute, pero lo que sí es discutible y reprobable es que en dicha ocasión e innecesariamente se hicieran mani-

festaciones de grave descrédito para los Tribunales de Justicia; en esa falta de necesidad radica, precisamente, la imposibilidad de acoger la exención de responsabilidad. Y no puede afirmarse que el acusado obra-se en la errónea creencia de hallarse cumpliendo un deber, el deber de crítica política y de información, porque, reiterando ideas ya expresadas, no puede sostenerse con rigor que una persona en quien concurren circunstancias personales y profesionales tan preeminentes puede ignorar las limitaciones y condicionamientos del derecho de libre expresión después de haberse impuesto, además, un tiempo de reflexión. Procede la desestimación del motivo.

*Fallamos.* Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por don Pedro contra la S 9 de diciembre de 1986 dictada por el Tribunal Pleno de la AT Sevilla, sobre desacato, condenándole al pago de las costas y a la pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino legal.

## DACIONES DE CUENTA

### LOS PLAZOS PROCESALES TRAS LAS ÚLTIMAS REFORMAS DE LA LEC Y DE LA LOPJ

MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ  
Catedrático de Derecho Procesal  
Universidad de Barcelona

#### SUMARIO:

I. La dimensión temporal del proceso. — II. Los plazos procesales en el ordenamiento procesal español. — III. Concepto y clases de plazos procesales. — IV. Cómputo de los plazos procesales. — V. Suspensión de los plazos procesales. — VI. Efectos del transcurso de los plazos procesales.

#### I. LA DIMENSIÓN TEMPORAL DEL PROCESO

Estando integrado el proceso por una serie de actos ordenados por las normas de procedimiento que lo conducen desde la demanda hasta la sentencia, se comprende fácilmente que el componente temporal sea un elemento esencial del mismo concepto de proceso, y que además el mayor o menor acierto en la programación y cumplimiento de las coordenadas temporales del proceso sea en definitiva uno de los factores más importantes a tener en cuenta al valorar su eficacia.

Precisamente por ello el art. 24 de la Constitución considera como una de las garantías constitucionalmente protegidas la de un proceso público sin dilaciones indebidas, garantía no obstante que pese a las

reiteradas declaraciones del Tribunal Constitucional<sup>1</sup> no deja de ser en los actuales momentos una simple aspiración que desgraciadamente no es cumplida en la práctica.<sup>2</sup>

La dimensión temporal del proceso constituye ciertamente una imperfección necesaria. Lo ideal sería que el proceso fuera instantáneo. Pero para reconstruir la realidad extraprocesal ante un órgano jurisdiccional necesariamente imparcial, es decir, extraño a los hechos, se requiere el desarrollo de una serie de actividades humanas que deben desarrollarse en el tiempo. Podría pensarse que cuanto más tiempo se concediera para alegaciones y pruebas, más perfecto sería el resultado del proceso. Pero ello no es así, ya que de una parte el mismo retraso temporal ya supone una perturbación para el disfrute del derecho discutido, y de otra, pasado un tiempo óptimo, cualquier adición temporal más que facilitar la reconstrucción de los hechos contribuye a oscurecerla.

Se comprende por consiguiente que uno de los principios básicos del procedimiento sea el de preclusión: el proceso se divide en etapas temporales dentro de las cuales deben realizarse los actos procesales. Una vez consumido el tiempo preciso para cada etapa se pasa sin más a la siguiente. El único acto procesal que no está sujeto a unos límites temporales es la demanda.<sup>3</sup> Pero una vez iniciado el proceso se pone en marcha el reloj del tiempo procesal hasta el momento de la sentencia, en forma tal que, prescindiendo de eventuales crisis procesales, todos los procesos deberían tener una duración análoga.

1. Por ejemplo las sentencias de 22 de abril y 14 de julio de 1981. Lamentablemente, el propio Tribunal Constitucional incide en los mismos o incluso en superiores retrasos a los que denuncia respecto de los Tribunales ordinarios. Véase RAMOS MÉNDEZ, *Un retraso de dos años en dictar sentencia no constituye dilación indebida*, en *Justicia* 85, pp. 427 y ss.

2. Los estudios de DE MIGUEL Y ALONSO, *Consideraciones sobre la lentitud de los procesos civiles y sus posibles soluciones*, en *Revista de Derecho Procesal*, 1971, pp. 55 y ss., y MONTERO AROCA, *La duración del proceso civil*, en *Anuario de Sociología y Psicología jurídicas*, 1975, p. 179; pese a denunciar una situación endémica de dilaciones injustificables, han quedado desfasados ante la actual situación en que se ha entablado un verdadero duelo de despropósitos entre el deseo del legislador de acortar los plazos por debajo de los límites admisibles y la dinámica de la Administración de Justicia que reitera y acumula retrasos en progresión geométrica hasta el punto de convertir en discutible la real protección jurisdiccional de los derechos.

3. Los institutos de la prescripción y de la caducidad operan al margen del proceso, y no afectan tanto a las oportunidades procesales cuando al Derecho en sí mismo considerado. Es más, siendo la prescripción un hecho excluyente, si no se opone como excepción por el demandado, no puede ser apreciado de oficio por el Juez, como ocurre con el transcurso de los plazos procesales.

El compromiso básico de la jurisdicción de declarar el derecho pronto y declararlo bien, se traduce en varias clases de procedimientos que en principio deberían hallarse caracterizados básicamente por la mayor o menor duración de las etapas procesales. Este *desideratum* no es cumplido no obstante en nuestra actual legislación,<sup>4</sup> que diversifica en forma excesiva los procedimientos no sólo en atención a su duración temporal, sino principalmente mediante la introducción de trámites procesales variables y diversos que introducen un nuevo factor de confusión en nuestro ordenamiento procesal. La reciente reforma de la Ley 34/1984 al establecer prácticamente un solo procedimiento: el menor cuantía, dejando prácticamente inservible el mayor cuantía, y mantener a su lado el proceso de cognición, de principios y estructura totalmente heterogéneos, constituye un claro ejemplo de impericia legislativa al diversificar estructuralmente lo que sólo debería distinguirse por su duración temporal.

## II. LOS PLAZOS PROCESALES EN EL ORDENAMIENTO PROCESAL ESPAÑOL

Nuestra legislación dista mucho de ser uniforme en la regulación de los plazos procesales. La confusión empieza ya en la misma denominación: mientras las primitivas leyes de enjuiciamiento empleaban con preferencia, pero no con exclusividad, la denominación de «términos judiciales»: Sección Sexta del Título VI del Libro I de la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 301 a 312): «De los términos judiciales, apremios y rebeldías»; y Título IX del Libro I de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: «De los términos judiciales»; en las leyes más modernas se utiliza preferentemente la expresión «plazos procesales», sólo o conjuntamente con la de «términos»: art. 185 Ley Orgánica del Poder Judicial; Sección Sexta del Título I de la Ley de Enjuiciamiento Civil: «De los términos y plazos»; y art. 121 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. En cambio, en el 21 de la Ley de Procedimiento Laboral, se sigue utilizando la denominación de «términos».

Aun cuando la doctrina se inclina mayoritariamente por la expre-

4. En cambio, el Proyecto de Corrección y Actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil preparado por los profesores de Derecho procesal (Madrid, 1972-1974), II, pp. 174 y 279, regula, en sus arts. 559 y ss., el juicio de menor cuantía sobre las pautas del mayor cuantía, simplemente reduciendo los plazos y suprimiendo los trámites de réplica y dúplica.

sión «plazos procesales»,<sup>5</sup> distinguiendo normalmente el «plazo» como espacio de tiempo dentro del cual debe realizarse una determinada actuación, del «término» o momento de tiempo en que el acto procesal debe cumplirse; lo cierto es que nuestras leyes utilizan indistintamente ambas denominaciones en sentido equivalente, y que un importante sector doctrinal<sup>6</sup> previene contra el carácter marcadamente teórico de la distinción que no encuentra equivalencia alguna en los precedentes históricos y de derecho comparado,<sup>7</sup> prefiriendo distinguir entre plazos o términos procesales que serían propios del procedimiento escrito, y señalamientos aplicables más bien a los procedimientos orales.

En conjunto, y sobre todo después de la Ley 34/1984, nuestra legislación ha optado por un sistema exclusivamente rígido de plazos procesales. Las suavizaciones introducidas por los antiguos arts. 306 y 307 LEC, que ya habían sido suprimidas en el proceso laboral por el art. 21 LPL, e incluso la equitativa disposición del art. 2 del RD de 2 de abril de 1924 que permitía, sin retraso alguno del procedimiento, aprovechar un plazo caducado dentro del mismo día en que se notificara la preclusión, han desaparecido de nuestro derecho positivo con la reforma.<sup>8</sup> Únicamente subsiste el art. 121 LJC, como ejemplo de lo que la re-

5. GUASP, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1945, I, página 801; PRIETO CASTRO, *Derecho procesal civil*, Pamplona, 1985, I, p. 567; RAMOS MÉNDEZ, *Derecho procesal civil*, Barcelona, 1986, I, p. 344; ALMAGRO, *Comentarios a la reforma urgente de la LEC*, Madrid, 1984, p. 206, aplaude la sustitución de la denominación «términos» por la de «plazos» en la reforma de 1984. Dicha modificación introduce no obstante una contradicción entre preceptos de una misma sección: mientras en los arts. 301 a 305 se mantiene la antigua expresión de «términos», los arts. 306 y 308 la sustituyen por la de «plazos».

6. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1976, pp. 208 y ss., señala el carácter puramente formal de la distinción, advirtiendo que por «término» no se entiende simplemente el fin o cabo de algo, sino también el último día, poniendo de relieve que por «término municipal» no se entienden sólo los linderos, sino todo el término «de-terminado» por ellos.

7. A destacar que en nuestro Derecho el vocablo «término» era empleado incluso con anterioridad a las Partidas, y desde luego es el más comúnmente utilizado en el lenguaje forense. Significativa al respecto es la recopilación de *Los términos judiciales*, de Pascual CASTÁN, Barcelona, 1949, y la denominación tradicional del RD de 2 de abril de 1924 sobre «términos judiciales». La expresión «termini» es utilizada asimismo en Italia, e incluso en la versión inglesa de la Convención Europea del Convenio de 1972 sobre cómputo de plazos en la Comunidad Económica Europea se utiliza el término neutro: «time-limit» como correlativa a la expresión francesa de «délai».

8. La enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Minoría Catalana conducente a mantener la posibilidad de aprovechar el trámite dentro del mismo

forma hubiera debido ser. En los procesos civil y laboral los plazos son fatales, castigándose al litigante poco previsor con la pérdida de sus derechos de defensa. Poco importa que el procedimiento permanezca luego paralizado durante varios meses por falta de impulso procesal. El retraso de una sola hora en la presentación de un escrito puede traducirse en la pérdida del derecho material de los litigantes.

Contrasta dicha rigidez de nuestra ordenación con la elasticidad que caracteriza a los plazos en otros ordenamientos contemporáneos. El artículo 82 del Reglamento de Procedimiento de la Comunidad Económica Europea de 4 de diciembre de 1979 permite discrecionalmente la prórroga de los plazos. Y el art. 42.1 del Estatuto del Tribunal de Justicia de dicha Comunidad de 17 de abril de 1957, que reproduce el artículo 39.3 del Estatuto del Tribunal de la CECA, y a su vez es reiterado en el art. 43.1 del Protocolo al Tratado sobre Energía Atómica, establece que «no cabrá oponer preclusión por expiración de los plazos cuando el interesado demuestre la existencia de caso fortuito o de fuerza mayor».

En definitiva, lo realmente importante es destacar el carácter meramente instrumental de los plazos procesales en aras a evitar innecesarias dilaciones del procedimiento. Siempre que dichas dilaciones no puedan producirse —y evidentemente si el trámite procesal se cumple en el mismo día en que se declara caducado no existe retraso alguno— la pérdida de la oportunidad procesal se traduce en un formalismo inaceptable, contrario al mismo valor Justicia que debe ser actuado por el Estado a través de los Tribunales.

Contrasta nuestro exagerado formalismo en cuanto a la duración de los plazos en que las partes deben presentar sus escritos, con una inadmisibles extensión de los días hábiles, en los que se incluye nada menos que todo el mes de agosto, y sobre todo con el incumplimiento de los plazos para realización de actuaciones de los órganos jurisdiccionales que raras veces son cumplidos en la práctica. Resulta totalmente contrario a la letra y al espíritu del art. 24 de la Constitución mantener semejantes dilaciones indebidas, mientras se restringen al máximo, sin un fundamento adecuado, los derechos de defensa de las partes. Sobre ambos puntos trataremos en próximos apartados.

día de notificación de la providencia fue desestimada por la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados.

### III. CONCEPTO Y CLASES DE PLAZOS PROCESALES

La dificultad para dar un concepto unívoco de plazo procesal se puso de relieve en la misma redacción de la Convención Europea sobre Cómputo de Plazos que renunció a definir la institución en su artículo, dando en su informe dos diversos conceptos de plazos procesales.<sup>9</sup> La dificultad de dar un concepto unitario viene en gran parte determinada por las diversas clases de plazos existentes en el ordenamiento jurídico:

a) En primer lugar cabe distinguir entre plazos legales, judiciales o convencionales, según hayan sido fijados por la ley, por el órgano jurisdiccional o por las partes. No existen dudas en orden a excluir del concepto de plazos procesales a los fijados convencionalmente por las partes, en cuanto no se regularán por las normas legales, sino por las propias convenciones de las partes. Por ejemplo, no es aplicable a los plazos convencionales la prohibición de prórroga del art. 306 LEC aplicable únicamente «a los plazos establecidos en esta Ley». Por la misma razón tampoco pueden ser considerados verdaderos plazos procesales los concebidos discrecionalmente por el Juez. Serán aplicables a dichos plazos, pero sólo en forma supletoria,<sup>10</sup> algunas de las regulacio-

9. En el *Rapport explicatif concernant la convention europeen sur la computation des delais*, Estrasburgo, 1973, p. 6, se ofrecen dos diversas definiciones de plazo con varios elementos comunes:

- a) «Plazo es un período de tiempo determinado por la Ley, las autoridades judiciales o administrativas, o por las partes:
1. antes o después de cuyo transcurso algunos actos deben o no ser realizados;
  2. durante el transcurso del cual la realización o no de algunos actos implica la pérdida de un derecho u otra consecuencia jurídica;
  3. a cuya expiración ciertas situaciones, si han permanecido durante todo el período, son reconocidas con fundamento jurídico.»
- b) «Plazo es un período de tiempo determinado por la ley, por las autoridades judiciales o administrativas o por las partes:
1. antes o después de cuyo transcurso algunos actos deben o no ser realizados;
  2. cuya expiración produce o contribuye a producir efectos jurídicos.»

10. Por ejemplo, si el Juez concede tres días naturales para la realización de un acto no regulado en la ley, se computaran en dicho plazo también los días inhábiles. Pero si se limita a conceder tres días, sin indicar si son naturales o hábiles, se estimará aplicable al art. 304 LEC.

nes de los plazos procesales, por ejemplo las relativas a cómputos de plazos, pero no las referentes a la improrrogabilidad.

b) Plazos perentorios, en los que debe forzosamente realizarse una determinada actuación bajo pena de nulidad, de plazos no perentorios, en los que el incumplimiento del plazo establecido por el legislador sólo determina la irregularidad del acto.<sup>11</sup> Normalmente se califican los primeros como plazos propios, y los segundos como impropios, identificando los primeros con los actos procesales de parte, que si no son realizados dentro del plazo legal inciden en preclusión, y los segundos con los actos judiciales que deben realizarse necesariamente para la impulsión del procedimiento incluso después de transcurrido el término. La distinción es válida en el proceso civil, en el que no cabe una recuperación de plazos (art. 306 LEC), pero no respecto de otros procesos, singularmente el penal, en el que determinados actos de parte pueden recuperarse incluso transcurrido el plazo mediante justa causa (art. 302 LECr), o incluso sin ella de ser la actuación de parte necesaria, como ocurre con los escritos de calificación. Aun cuando los efectos de los plazos perentorios sean idénticos a los no perentorios, estimamos que ambos deben calificarse como actos procesales.

c) Plazos de actuación de las partes, y plazos de actuación de los Tribunales. Ambos tienen un mismo sistema de cómputo, diferenciándose únicamente en cuanto a las consecuencias de su incumplimiento. Mientras el incumplimiento por los órganos jurisdiccionales de los plazos acarrea siempre una responsabilidad disciplinaria (arts. 301 y 302 LEC), puede llevar aparejada además una responsabilidad civil e incluso penal<sup>12</sup> del funcionario responsable del retraso, y estimamos que actualmente incluso la responsabilidad objetiva del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia de conformidad con el art. 121 de la Constitución;<sup>13</sup> el incumplimiento por las partes de los plazos procesales no da lugar en principio a responsabilidad al-

11. Ver nuestro trabajo *Irregularidad de los actos procesales*, en *Estudios de Derecho procesal*, Barcelona, 1969, pp. 468 y ss.

12. GUASP, *Comentarios*, cit., p. 805.

13. En idéntico sentido, ALMAGRO, *Comentarios*, cit., p. 208, tras denunciar los que llama «tiempos muertos» como los principales responsables del retraso de nuestra Administración de Justicia, advierte de la responsabilidad objetiva del Estado por los perjuicios inherentes a dicho retraso. Personalmente estimamos que sólo una multiplicación de las solicitudes de indemnización por retrasos en la Administración de Justicia pueden convencer al Gobierno de la grave responsabilidad en que está incurriendo actualmente por los graves retrasos reiterados de la Administración de Justicia.

guna, salvo que se trate de la devolución de los autos principales, indispensables para la continuación del procedimiento, en cuyo caso pueden imponerse determinadas sanciones pecuniarias, pero previo apercibimiento y con finalidad más bien coercitiva que sancionadora (art. 308 LEC y 798 LECr, entre otros).

d) Plazos aceleratorios y dilatorios,<sup>14</sup> o activos y pasivos,<sup>15</sup> según sirvan para la realización de determinada actuación procesal o por el contrario establezcan un espacio de tiempo mínimo para la práctica de un acto procesal. Los primeros son los normales y tienen carácter de máximo: el acto procesal puede realizarse antes o después, pero sin superar el *dies ad quem*; los segundos suponen un compás de espera del proceso, de forma tal que únicamente puede realizarse el acto, bajo sanción de nulidad, una vez transcurrido el *dies ad quem*, estando sujetos en ocasiones a un máximo. Plazos dilatorios puros son por ejemplo los de los arts. 1.443 y 1.573 LEC, mientras que plazos dilatorios de mínimo y máximo los encontramos en los señalamientos para juicios verbales (arts. 726, 1.572 y 1.654 LEC, entre otros).

El estudio de los diversos tipos de plazos procesales nos permite definirlos como los espacios de tiempo establecidos en las leyes procesales para la secuencia procesal de los actos procesales, que deben ser cumplidos tanto por las partes como por los órganos jurisdiccionales, y cuyo incumplimiento determina bien la preclusión de la oportunidad procesal, bien la responsabilidad del funcionario responsable de la demora.

#### IV. COMPUTO DE LOS PLAZOS PROCESALES

Antes de la reforma del Título Preliminar del Código Civil por Decreto de 31 de mayo de 1974 existían profundas diferencias de cómputo, sobre todo en lo relativo a los plazos expresados en meses, entre el artículo 7 CC y el art. 305 LEC. Mientras los meses se computaban en los plazos materiales a razón de treinta días naturales, en los plazos procesales se calculaba de fecha a fecha. El nuevo artículo 5 CC unifica la forma de cómputo de meses, manteniéndose como única diferencia notable entre el cómputo de plazos materiales y procesales la inclusión en los primeros de los días inhábiles.

14. GUASP, *Comentarios*, cit., p. 802.

15. PRIETO CASTRO, *Derecho*, cit., p. 569.

En la actualidad el art. 185 LOPJ ha concluido el proceso de unificación en un doble sentido:

1.º Unificando el cómputo de los plazos en los diversos procedimientos. Las discutibles especialidades de la Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto del cómputo de plazos sumariales (art. 201 LECr), y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en la jurisdicción voluntaria (artículo 1.812 LEC) deben estimarse actualmente superadas: todos los plazos procesales, sean civiles, penales, contencioso-administrativos o laborales, se computan con exclusión de los días inhábiles.

2.º Declarando aplicables a los plazos procesales las disposiciones del art. 5 CC, con la única especialidad de excluir los días inhábiles para el cómputo de los plazos señalados por días, y completándolo con la indicación ya contenida en el art. 305 LEC de prórroga al primer día hábil siguiente en el caso de que el último día del plazo fuera inhábil.

Para un estudio sistemático de la unificada normativa actual es preciso distinguir tres momentos:

a) *El dies a quo*, o momento inicial de cómputo del plazo, que no es el mismo día en que se produce el acto anterior, sino precisamente el día siguiente. Según el art. 5 CC «en los plazos señalados por días a contar de uno determinado, quedará éste excluido del cómputo, el cual deberá empezar en el día siguiente»; precepto que con cierta imprecisión<sup>16</sup> aplica a los plazos procesales el art. 303 LEC en el sentido de que «los términos judiciales empezarán a correr a partir del día siguiente al en que se hubiere hecho el emplazamiento, citación o notificación». Dicho precepto general no es tenido en cuenta por el legislador, posiblemente por inadvertencia, en algunos supuestos concretos en los que hace coincidir el *dies a quo* con el mismo día de la publicación (arts. 775, 776 y 777 LEC relativos al cómputo de los plazos del

16. Advierte GUASP, *Comentarios*, cit., p. 809, que el precepto olvida hacer referencia a los requerimientos judiciales, y que por otra parte no tiene aplicación a los plazos que se cuentan hacia atrás, como por ejemplo el del artículo 574 LEC: «toda diligencia de prueba se practicará ... previa citación de las partes con veinticuatro horas de antelación por los menos». Estimamos no obstante que también en dichos supuestos de plazos dilatorios no debe computarse el día en que se efectuó la citación, ya que de lo contrario no existiría la distancia cautelar de 24 horas.

incidente de audiencia al rebelde). La discrepancia es tanto más notable si tenemos en cuenta que precisamente en los supuestos de notificación a través de publicaciones oficiales es aconsejable una mayor extensión del plazo para recurrir.<sup>17</sup>

b) *El dies ad quem* es el último día del plazo, y se contabiliza a efectos de cómputo (art. 303 LEC). A dichos efectos el último día del plazo se computa en su integridad, es decir hasta las 24 horas,<sup>18</sup> pudiendo presentarse el escrito correspondiente en el Juzgado de Guardia una vez cerrada la Oficina Judicial. Anómalo y excesivamente formalista debe reputarse el art. 22 LPL que supedita la eficacia de la presentación en el Juzgado de Guardia a la comparecencia ante la Magistratura de Trabajo el día siguiente hábil, simplemente para dejar constancia de la presentación del escrito. Se trata de un requisito meramente burocrático del que no deberían en forma alguna desprenderse consecuencias perjudiciales para las partes.

c) *El cálculo* de las unidades de tiempo entre el *dies a quo* y el *dies ad quem* se efectúa atendiendo a la naturaleza de dichas unidades:

1. No contiene la ley regla alguna para el cómputo de las horas, pese a existir algunos plazos dilatorios expresados en horas, lo que debe suplirse incluyendo en el cálculo tanto las horas hábiles como las inhábiles.

2. Para el cálculo de los plazos señalados por días excluye la ley (art. 304 LEC y 185 LOPJ) los días inhábiles, debiendo considerarse como tales no sólo «los domingos, días de fiesta nacional y los festivos» (art. 182 LOPJ), sino también los días del mes de agosto (art. 183

17. El art. 81 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de la CEE determina el comienzo de los plazos «en caso de notificación a partir del día siguiente al en que el interesado haya recibido notificación del acto, y en caso de publicación el decimoquinto día siguiente a la publicación del acto en el *Journal officiel des Communautés européennes*».

18. Sumamente gráfica es la expresión del art. 3 de la Convención Europea sobre cómputo de plazos: «los plazos expresados en días, semanas, meses o años corren a partir del *dies a quo*, *minuit*, hasta el *dies ad quem*, *minuit*, siendo la interpretación auténtica del término *minuit* la de 24 horas (*Rapport*, cit., p. 10). Es interesante destacar la ausencia de un precepto con rango de ley que regule la presentación de escritos en los Juzgados de Guardia, siendo sólo disposiciones gubernativas de las Audiencias Territoriales quienes la regulan, o disposiciones muy antiguas como la RO de 17 de noviembre de 1914, relativa a las Audiencias Territoriales. El problema podría resolverse en el desarrollo del art. 271.3 LOPJ que prevé la instauración de Registros Generales; pero la laguna legal existente podría agravarse de interpretarse estrictamente el artículo 182.2 LOPJ que limita las horas hábiles hasta las ocho de la tarde.

LOPJ). Un sector doctrinal<sup>19</sup> ha criticado la exclusión de los días inhábiles para el cómputo de los plazos señalando acertadamente que la inhabilidad hace referencia sólo a las actuaciones del Juez, pero no a las de las partes. Precisamente por ello en la CEE se computan también los días inhábiles para el cálculo de los plazos. En tal sentido se pronuncian el artículo 5 de la Convención Europea sobre Cómputo de Plazos y el art. 80.1 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de la CEE. La inclusión de los días inhábiles en el cómputo justifica la prórroga establecida en ambos preceptos para el día hábil siguiente de aquellos plazos que concluyan en día inhábil.<sup>20</sup>

Conviene insistir en la doble función: para práctica de actuaciones judiciales y para cómputo de plazos, de los días y horas inhábiles. En determinados supuestos: actuaciones urgentes (art. 183 LOPJ y 259 LEC), actuaciones sumariales (art. 201 LECr), o actos de jurisdicción voluntaria (art. 1.812 LEC), pueden habilitarse o ser hábiles para la práctica de actuaciones judiciales todos los días y horas. Pero dicha habilitación no significa en absoluto que deban incluirse en el cómputo de plazos procesales, al no darse la motivación excepcional que justificaba la habilitación. Esperemos que la norma general del art. 185 LOPJ, aplicable también al proceso penal y a la jurisdicción voluntaria, termine de una vez con los malentendidos de la práctica forense, determinantes de la pérdida de gran número de recursos e impugnaciones.<sup>21</sup>

La exclusión de los días inhábiles en el cómputo de los plazos procesales ofrece determinados problemas en aquellos plazos anteriores a la demanda pero establecidos en las leyes procesales para la presentación de la demanda. La jurisprudencia ha entendido que únicamente procede la exclusión de los días inhábiles en aquellos plazos que «tengan como punto de partida una actuación procesal, como una

19. GUASP, *Comentarios*, cit., p. 811.

20. PRIETO CASTRO, *Derecho*, cit., p. 570, critica la prórroga por juzgar el precepto «tonto y caprichoso», ya que mal pueden realizarse actuaciones en días inhábiles. Por lo dicho, la última regla del art. 305 LEC adquiere pleno sentido, sobre todo cuando hace referencia a plazos distintos del día.

21. Un caso muy frecuente era el relativo al cómputo del plazo para impugnar el convenio en la suspensión de pagos. Siendo ésta un expediente de jurisdicción voluntaria deberían incluirse los días inhábiles de seguirse la interpretación corriente en la práctica forense. El buen sentido jurisprudencial estimó que se trataba de un «plazo procesal» y que por tanto debían excluirse los días inhábiles. Véase al respecto SERRA DOMÍNGUEZ, *Naturaleza jurídica de la suspensión de pagos*, en *Revista de Derecho Procesal*, 1979, pp. 127 y ss.

notificación, una citación o un emplazamiento (Ss. 24 de marzo de 1893 y 11 de febrero de 1959). Ello determina que en algunos plazos establecidos en las leyes procesales, como por ejemplo los plazos de caducidad del retracto (art. 1.618 LEC),<sup>22</sup> se computen incluyendo los días inhábiles.<sup>23</sup> Pero en ciertos casos las discrepancias entre el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil pueden originar problemas de difícil solución: piénsese en el plazo de quince días para instar la nulidad de lo convenido en acto de conciliación (art. 477 LEC),<sup>24</sup> o en los plazos fijados en el procedimiento de apremio para consignar el precio del remate (arts. 1.509 y 1.512), o para pagar el ejecutado la deuda o mejorar la postura (arts. 1.506 LEC y 131 LH).<sup>25</sup> Estimamos que en aras a la equidad y habida cuenta el carácter instrumental de los plazos, en la duda deberán excluirse los días inhábiles.

3. Tampoco se establece criterio alguno para el cómputo de los plazos fijados por semanas, posiblemente ante la falta de preceptos concretos que fijen dicho plazo. Estimamos que de producirse algún supuesto concreto habría que aplicar por analogía la regla del art. 4.1 de la Convención Europea: «Cuando un plazo está expresado en semanas el *dies ad quem* es el día de la última semana cuyo nombre corresponde al del *dies a quo*».

4. Tanto el art. 5 CC cuanto el art. 305 LEC siguen un mismo criterio, aunque con diversa redacción, para el cómputo de los plazos fijados por meses: «de fecha a fecha» (art. 5 CC), o «por meses naturales» (art. 305 LEC). Pero el Código Civil prevé el supuesto de que no

22. Ver nuestro artículo sobre *Juicio de retracto*, en *Estudios*, cit., p. 484.

23. Con anterioridad a la reforma del Título Preliminar del Código Civil, la disparidad de cómputo de meses había provocado serias indefensiones. Era reiterada, por ejemplo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Salas 3.ª, 4.ª y 5.ª), declarando la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo por haberse interpuesto dentro de los dos meses naturales, pero pasados los 60 días en que dichos meses debían computarse de conformidad con el Código civil.

24. Para MONTERO AROCA, *Comentario al art. 477 LEC*, en *Comentarios a la reforma*, cit., p. 360, dicho plazo debe computarse de «manera normal».

25. PRIETO CASTRO, *Derecho*, cit., I, p. 570, entiende que en dichos plazos no procede deducir los días inhábiles. Debe señalarse igualmente que, según las sentencias de 13 de febrero de 1933 y 30 de mayo de 1947 el plazo de nueve días conferido al ejecutado por la regla 12.ª del art. 131 LH se cuenta desde la celebración de la subasta y no desde la notificación del precio; y que GUASP, *La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria*, Barcelona, 1951, p. 159, constata que la doctrina dominante admite la consignación del precio fuera del plazo de los arts. 1.509, 1.512 LEC y 131, 15.ª LH, no impide la ulterior consignación eficaz, si el actor, el deudor o el tercer poseedor no insta la declaración de que el remate quede sin efecto, doctrina muy discutible y que como señala GUASP pugna con los principios generales vigentes en nuestro Derecho Procesal.

exista fecha equivalente, en cuyo caso «se entenderá que el plazo expira el último día del mes».<sup>26</sup> No prevé en cambio el Código Civil el supuesto de que la última fecha sea inhábil, en cuyo caso debe aplicarse la regla del art. 305 LEC, coincidente con la del art. 5 de la Convención Europea: «si el plazo concluyese en domingo u otro día inhábil se entenderá prorrogado al siguiente día hábil».<sup>27</sup>

5. Iguales soluciones prevé el Código Civil para el cálculo por años, silenciado en el art. 305 LEC, pese a existir en la Ley plazos por años, como ocurre en el incidente de audiencia al rebelde (art. 777 LEC), y en el recurso de revisión (art. 1.800 LEC). Dichos plazos se contarán, pues, por años naturales, de fecha a fecha, trasladados al último día del mes de no existir fecha equivalente, y además se prorrogarán al siguiente día hábil de coincidir con uno inhábil.<sup>28</sup>

Al término del presente estudio constatamos hasta qué punto un tema tan esencial como el relativo al cómputo de los plazos, del que puede depender la pérdida del derecho debatido en el proceso, ofrece incluso en la actualidad graves lagunas en nuestro ordenamiento jurídico. El art. 185 LOPJ nos indica la solución correcta: cómputo único de los plazos según las reglas del Código Civil, modificando no obs-

26. En idéntico sentido, el art. 4 de la Convención Europea que resuelve además la hipótesis de plazos mixtos, expresados en meses y días, o de plazos expresados en fracciones de mes, proporcionando para ambos casos su equivalencia en días, al atribuir al mes treinta días.

27. La ausencia de precepto semejante en el Código civil ha tenido que ser suplida por la jurisprudencia en el sentido de considerar aplicables, después de la reforma del Código Civil, los artículos 305 LEC y 60.3 LPA: «aun cuando la jurisprudencia que hacía referencia a dicho problema interpretando el artículo séptimo antiguo estableció que siendo inhábil el último día del plazo cuando éste era de meses o años había de trasladarse el final del plazo al siguiente día hábil, la nueva redacción dada al precepto si bien declara computables los festivos existentes dentro del plazo, guarda silencio sobre el caso en que el último día sea inhábil, dejando una verdadera laguna legal que ha de ser aclarada por la jurisprudencia y para ello ha de tenerse en cuenta la exposición de motivos en la que se dice que se busca la unificación encarecida por la Ley de Bases entre éstas y las formuladas por la Ley de Enjuiciamiento Civil y Procedimiento Administrativo y establecido tanto en la una como en la otra que caso de ser inhábil el último día del plazo se trasladará al primero hábil siguiente es evidente que ha de tomarse por la jurisprudencia la adopción a dicha solución que por otra parte parece la más equitativa en orden a que en una cuestión de cercenamiento de derechos ha de tomarse siempre una interpretación restrictiva» (S de 21 de noviembre de 1981).

28. GUASP, *Comentarios*, cit., p. 814, critica la omisión legal del cómputo por años. En la actualidad la remisión del art. 185 LOPJ al Código civil permite integrar fácilmente dicha laguna.

tante el art. 5 CC para dar cabida también a los plazos expresados por semanas, y para permitir la prórroga de los plazos que expiren en día inhábil. Discutible sería únicamente el mantenimiento de la exclusión de los días inhábiles para el cómputo de los plazos procesales. Personalmente estimamos que sería preferible suprimir los plazos excesivamente cortos —como el de tres días del recurso de reposición, que debería restituirse al anterior plazo de cinco días— y computar en el plazo tanto los días hábiles como los inhábiles.

## V. SUSPENSIÓN DE LOS PLAZOS PROCESALES

La reforma operada por la Ley 34/1984 suscita graves problemas a la hora de estudiar la misma posibilidad de suspensión de los plazos procesales, que antes de la reforma podía tener lugar por tres causas distintas:

a) Por fuerza mayor o caso fortuito que impidiera la utilización de los plazos, prevista en el antiguo artículo 311: «sólo por fuerza mayor que impida utilizarlos, podrán suspenderse (los plazos) durante su curso».

b) Por común acuerdo de las partes, en la forma prevista por el art. 1 del RD 2 de abril de 1924.

c) Mediante la formulación de recursos, bien fuera el de reposición (art. 377 LEC), bien el de apelación (arts. 384 y 385), en ambos casos en relación con el art. 408 LEC.

Pues bien, la derogación del art. 311 LEC y del RD 2 de abril de 1924, de una parte, y la unificación de los recursos de reposición contra providencias, que en todo caso «se llevarán a efecto» pese al recurso de reposición (art. 376) podría hacer pensar a primera vista que en la actualidad no es posible la suspensión de los plazos procesales por ninguna causa. No compartimos dicha opinión, que resultaría absurda e ilógica, en los dos primeros supuestos examinados, ya que:

a) No parece que fuera intención del legislador suprimir la suspensión de los plazos procesales por fuerza mayor o voluntad concorde de ambos litigantes, máxime no existiendo motivo alguno que la justificare. Una vez más se trata de una improvisación producto de una deficiente preparación técnica del legislador.

b) La suspensión de los plazos procesales mediando fuerza mayor puede apoyarse, en determinados casos, de existir intimidación o fuerza, en lo dispuesto en el art. 442 LEC. En los restantes puede intentarse una aplicación extensiva del art. 554 LEC aplicable a los plazos de proposición y práctica de prueba: «no podrán suspenderse los términos expresados en el artículo anterior, sino por fuerza mayor que impida proponer o practicar la prueba dentro de ellos». Debe tenerse en cuenta además que la suspensión por caso fortuito o fuerza mayor está prevista en el art. 42.1 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la CEE, y que una solución contraria a la suspensión implicaría una denegación de tutela jurisdiccional causante de manifiesta indefensión, sin motivo razonable, que incidiría en la infracción del art. 24 de la Constitución.

c) Más difícil es defender la suspensión del curso del proceso mediante acuerdo de ambas partes. Parte de la doctrina se inclina a considerar vigente el art. 1 RD 2 de abril de 1924, al no haber sido sustituido por otro precepto.<sup>29</sup> Pero dicha solución lógica choca con la clara derogación de dicho Real Decreto en la Disposición Derogatoria de la Ley 34/1984. Personalmente estimamos que habrá que resolver la laguna legal evidente acudiendo al principio dispositivo, a través del mecanismo integrador previsto en el art. 1, apartado 4 y 6, CC. Pero en todo caso sería conveniente subsanar dicho defecto en una próxima revisión de nuestra ley procesal.

En cambio, resulta más discutible, dado el confusionismo introducido por el legislador en materia de recursos, sostener que la interposición de recurso de reposición suspenda el curso de los plazos procesales abiertos en méritos de la misma resolución objeto de recurso. No podemos abordar el problema con la extensión requerida por afectar al mismo sistema positivo de recursos distorsionado tras la reforma que suscita graves problemas prácticos. Únicamente nos limitaremos a señalar:

1.º Que si el plazo procesal se abre mediante una providencia, habida cuenta que ésta «se llevará a efecto» pese al recurso, no produce efecto suspensivo,<sup>30</sup> y por consiguiente no interrumpe el cómputo del plazo. Si luego se estima el recurso, la revocación de la providencia

29. PRIETO CASTRO, *Derecho*, cit., p. 571.

30. En el mismo sentido, ORTELLS, *Comentarios al art. 376*, en *Comentarios a la reforma urgente*, cit., p. 254.

determinará en principio la apertura de un nuevo plazo.<sup>31</sup> Esta solución puede parecer contraria al art. 408 LEC, y sus graves inconvenientes prácticos podrían evitarse perfectamente habida cuenta la rápida tramitación del recurso de reposición. Pero aunque la norma legal sea totalmente incorrecta o inadecuada se impone su cumplimiento mientras no sea derogada. La gravedad del problema aumenta si tenemos en cuenta que la mayoría de los plazos procesales se inician mediante una providencia.

2.º Si el plazo procesal se abre mediante un Auto, la cuestión se complica todavía más. De una parte porque la remisión del art. 380 LEC a «la tramitación establecida en los artículos precedentes» no puede lógicamente extenderse al efecto no suspensivo del recurso. De otra por la posibilidad de un ulterior recurso de apelación, que puede ser admitido en ambos efectos, aunque en principio lo sea en uno solo, de producirse un perjuicio irreparable.<sup>32</sup> Estimo por tanto que la interposición de un recurso suspende el transcurso de los plazos,<sup>33</sup> que empiezan a contarse sólo desde la desestimación del recurso, una vez transcurrido el término para recurrir en apelación sin haber recurrido en el momento en que la apelación sea admitida en un solo efecto.<sup>34</sup>

3.º Un último problema lo determina la utilización por el Juzgado de la forma de providencia, cuando la adecuada sería la de Auto. Estimamos que en dicho supuesto los recursos aplicables son los corres-

31. La solución se complica con la aplicación del principio de conservación de los actos procesales del art. 242 LOPJ, siendo en teoría posible que pese a estimarse el recurso se mantenga la validez de los actos procesales ya realizados. Estimamos no obstante que esta disposición no puede en forma alguna disminuir las expectativas procesales del litigante victorioso en el recurso.

32. En la práctica forense, los Tribunales han sido muy reacios a admitir la apelación en ambos efectos partiendo de la alegación de perjuicio irreparable, fundándose en el aparente carácter discrecional de la resolución judicial: «el Juez podrá admitir la apelación en ambos efectos» (art. 381 LEC). Discrepamos de dicha orientación, ya que la discrecionalidad del Juzgador afecta únicamente a la fijación de la fianza, y a lo sumo a la posible existencia de fraude (art. 11.2 LOPJ), pero en forma alguna a la suspensión o no del procedimiento.

33. Una solución intermedia la propone ORTELLS, *Comentarios*, cit., p. 266, estimando que el Juez en cada caso debe determinar, por analogía con el art. 381.1 LEC, la suspensión.

34. La estimación del recurso de apelación admitido en un solo efecto produciría los mismos efectos ya estudiados al tratar de la estimación del recurso de reposición no suspensivo. La desestimación del recurso de apelación admitido en un doble efecto, determinará el inicio del cómputo del plazo, debiendo en este caso contarse el *dies a quo* desde el momento de la providencia del Juzgado acusando recibo de los autos remitidos por la superioridad.

pondientes a los Autos,<sup>35</sup> teniendo por tanto la interposición del recurso de reposición carácter suspensivo de los plazos procesales. Es evidente que la utilización por el juzgador de una forma inadecuada no puede perjudicar los derechos de las partes.

Junto a las anteriores causas de suspensión de los plazos procesales, habrá que añadir las crisis que afectan al proceso principal y determinen su suspensión, como pueden ser las cuestiones prejudiciales penales (arts. 362 y 514 LEC), las cuestiones de competencia (artículo 114 LEC), la acumulación de autos (arts. 184 y 187 LEC), o la atracción por un juicio universal, entre otras.

## VI. EFECTOS DEL TRANSCURSO DE LOS PLAZOS PROCESALES

El carácter rígido de los plazos procesales en nuestro ordenamiento procesal tras la reforma de 1984 está recogido en el actual artículo 306 LEC: «Los plazos establecidos en esta Ley son improrrogables. Transcurrido un plazo procesal se producirá la preclusión y se perderá la oportunidad de realizar el acto de que se trate.» Pese a la aparente claridad del precepto hay que señalar:

a) Que no es aplicable únicamente a la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino a todos los procesos civiles, aunque estén regulados en leyes especiales. En los procesos laborales y contencioso-administrativos la improrrogabilidad de los plazos ya estaba establecida expresamente con anterioridad por los arts. 21 LPL y 121 LJC.

b) Que el precepto no es aplicable a todos los plazos procesales, sino únicamente a los plazos no perentorios, excluyéndose por tanto las actuaciones de los Tribunales, y en su caso, aquellos actos de parte necesarios para la continuidad del procedimiento.<sup>36</sup> Resulta dramático que un litigante pierda una oportunidad procesal por un simple día de retraso, cuando el mismo proceso ha quedado paralizado de hecho durante varios meses e incluso años por incumplimiento de los plazos procesales por los Tribunales.

c) Que la prohibición general de prórroga no impide la ampliación del plazo concedido en los supuestos en que una norma especial así lo

35. En el mismo sentido, ORTELLS, *Comentarios*, cit., pp. 250 y ss.

36. Por ejemplo, el escrito de calificación provisional en el proceso penal.

autorice. El art. 553 LEC contempla una hipótesis de ampliación al máximo legal de los períodos de proposición y práctica de prueba a solicitud de cualquiera de las partes; y el art. 669 LEC permite una verdadera prórroga del plazo para redacción del escrito de conclusiones<sup>37</sup> cuando «por el volumen o complicación de las pruebas el Juez lo estime necesario». En ambos supuestos la ampliación debe solicitarse dentro del transcurso del plazo, pudiendo implicar su denegación la pérdida de la oportunidad procesal.<sup>38</sup>

d) La recuperación del plazo es posible en el proceso contencioso-administrativo dentro del mismo día en que se notifique la providencia declarando la preclusión (art. 122.1 LJC). Dicha recuperación, introducida en nuestro derecho por el RD 2 de abril de 1924, incorrectamente suprimida en el proceso civil, se mantiene en el contencioso-administrativo incluso en el Anteproyecto de adecuación a la Ley Orgánica,<sup>39</sup> siendo expresión del carácter meramente instrumental de los plazos procesales, por lo que debería reimplantarse en una eventual reforma de nuestra Ley procesal.

e) La pérdida de la oportunidad procesal requiere una resolución específica, en forma de providencia, previa dación de cuenta por el Secretario Judicial (art. 285 LOPJ y 306 LEC). Contra dicha providencia procede el recurso de reposición.

f) Por último, si los autos hubieran sido entregados a algunas de las partes, se adoptarán las medidas procedentes para su devolución, a cuyo efecto el art. 308 LEC prevé se requiera a la parte para su devolución bajo apercibimiento de multa de cincuenta mil pesetas ampliables por dos mil más por cada día que transcurra sin verificarlo,

pudiendo llegar incluso a la exigencia de responsabilidades disciplinarias o penales.

El incumplimiento por los Tribunales de los plazos procesales es sancionado severamente por los artículos 301 y 302 LEC, que prevén incluso correcciones disciplinarias para el Juez que dee de imponerlas a sus subordinados, y debe ser objeto de pronunciamiento expreso en la sentencia definitiva (art. 373 LEC). En los momentos actuales contrasta la proliferación de los incumplimientos de plazos procesales por los órganos jurisdiccionales, con las rarísimas correcciones disciplinarias que se imponen por dicho motivo. Recordaremos que la corrección disciplinaria no excluye la responsabilidad civil, e incluso penal, del funcionario responsable, y en todo caso puede dar lugar a una responsabilidad objetiva del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

37. Aun cuando la Ley emplee el término «ampliación», la necesidad de instancia de parte, la formulación dentro del plazo concedido, y el exceso manifiesto del plazo legal, establecido además entre un mínimo y un máximo, superable éste a petición de parte y por causa justa, convierten el supuesto en una verdadera prórroga.

38. El Tribunal Constitucional, en su sentencia de 16 de diciembre de 1981, denegó recurso de amparo fundado en la pérdida del plazo procesal por no concesión de la prórroga prevista en la antigua redacción de la ley. Dicho criterio restrictivo puede influenciar el amparo jurisdiccional de alegarse ante el Tribunal Constitucional la infracción del art. 24 de la Constitución, por no haberse concedido la ampliación solicitada fundada en el art. 669 LEC.

39. El art. 138.1 del Anteproyecto reproduce el antiguo art. 122.1. Véase *Anteproyectos de ... Ley Reguladora del Proceso Contencioso-Administrativo*, publicados por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1986, p. 201.

## LA JUSTICIA PENAL Y SU REFORMA

VÍCTOR MORENO CATENA  
Catedrático de Derecho Procesal

### SUMARIO:

A) La investigación de los delitos por el Ministerio Fiscal. — B) La despenalización. — C) El principio de oportunidad. — D) El procedimiento monitorio. — E) La organización de la Justicia.

Como consecuencia de la prohibición de autodefensa de los particulares lesionados en sus derechos, y para lograr una ordenada convivencia, el Estado asumió la responsabilidad de proveer a los ciudadanos de unos órganos y de un instrumento para solucionar los conflictos y preservar la paz social: los órganos jurisdiccionales y el proceso.

Pero es lo cierto que ni los tribunales funcionan como deben ni el mecanismo que utilizan sirve para cumplir el cometido para el que se instauró. El servicio público de la Justicia se encuentra en crisis por su absoluta ineficacia y su estado es realmente deplorable: no funciona o, si se prefiere, lo hace con tales deficiencias que no satisface mínimamente la demanda social.

Esta afirmación, extensible en general a todos los órdenes jurisdiccionales, resulta especialmente preocupante aplicada a la Justicia penal, donde están en juego, por una parte, el derecho estatal de sancionar las conductas tipificadas como delito y, por otra, el derecho a la libertad de los ciudadanos. Además, a diferencia de lo que suele suceder en las relaciones jurídico-privadas, el Derecho penal sólo puede actuarse a través del proceso, mecanismo legitimador de la imposición de sanciones por las garantías que estructuralmente lo configuran.

El problema básico de la Justicia penal es, desde mi punto de vista, la lentitud del enjuiciamiento, que pugna lógicamente con el derecho constitucional a un proceso sin dilaciones indebidas. El paulatino y constante crecimiento de la delincuencia en las últimas décadas ha llegado a abrumar de tal forma a la Administración de Justicia, incapaz de absorber el ingente número de procedimientos penales en curso, que con razón se ha hablado en fechas recientes de «colapso». Sin embargo, la Justicia penal no ha recibido hasta ahora respuestas mínimamente satisfactorias por parte del Estado.

Las soluciones, a mi entender, pasan por una serie de medidas adoptadas y puestas en práctica a un tiempo, como resultado de una opción política clara que enfrente el problema con rigor y decisión (las modificaciones parciales han resultado históricamente perturbadoras e ineficaces):

#### A) *La investigación de los delitos por el Ministerio Fiscal*

Tradicionalmente se ha atribuido la investigación de los hechos presuntamente delictivos a la autoridad judicial: Juez de Instrucción. Su función se había de limitar, según la ley, a preparar el juicio, asegurando la presencia de quien apareciera como penalmente responsable y la reparación al perjudicado, y proporcionando a la acusación y a la defensa (no al tribunal que debía sentenciar) los elementos necesarios en que fundamentar sus respectivas posiciones durante el juicio.

Sin embargo, ante el cúmulo de procedimientos, sobre todo por delitos menos graves, se instaura en 1967 un tipo procesal «de urgencia», por el que se atribuye la investigación y la resolución al mismo Juzgado, modelo que en sus líneas básicas se reitera en 1980, conservándose para los delitos graves la dualidad de tribunales para la instrucción y decisión (Juzgado de Instrucción y Audiencia Provincial).

Este sistema procesal no se ajusta a las exigencias de la Constitución por dos razones básicas: en primer lugar, porque genera una duda objetiva sobre la imparcialidad del juzgador (sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 1 de octubre de 1982 y 26 de octubre de 1984, casos Piersack y De Cubber, respectivamente), que se ha ido formando, incluso inadvertidamente, un prejuicio durante la investigación y ha formulado una imputación al acusado adoptando medidas contra él. En segundo lugar, porque la Constitución establece que los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que juzgar, hacer

ejecutar lo juzgado y las que expresamente les atribuya la ley en garantía de cualquier derecho; la investigación penal la dirige el juez y puede iniciarla de oficio, sin que durante ella se produzca en puridad enjuiciamiento sencillamente porque no hay acusación, y sólo en algunas diligencias actúa el instructor en garantía de los derechos del ciudadano.

Lo dicho lleva, sin lugar a dudas, a atribuir la función de investigar los hechos delictivos al Ministerio Fiscal, que constitucionalmente tiene encomendada la misión de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, sujetándose al principio de imparcialidad.

Con ello se produciría el necesario «reparto de papeles» en el procedimiento penal, distinguiendo funcionalmente los órganos estatales que han de intervenir en él, sin merma alguna de las garantías. Naturalmente, la autoridad judicial, que perdería el protagonismo en esta fase del procedimiento, estaría llamada a actuar para garantizar los derechos fundamentales, ordenando a instancia de parte las diligencias que supongan su restricción (entrada y registro, prisión provisional o levantamiento del secreto de las comunicaciones personales), o interviniendo para permitir a los particulares el ejercicio de la acción popular cuando el Ministerio Fiscal no quiera investigar o formular la acusación.

#### B) *La despenalización*

En segundo lugar, debería procederse a una revisión en profundidad de los tipos delictivos, planteando la despenalización de ciertas conductas que no merecen hoy reproche social alguno, pero que siguen tipificados como infracciones penales (v. gr., daños causados por imprudencia o negligencia simples: accidentes de tráfico, o domésticos —en ejemplo ya clásico, habría que acusar como autora de una falta de daños a la empleada de hogar que rompiera una pieza de la vajilla—). Es necesario en este punto adecuar la ley a la realidad social, evitando disfuncionalidades máxime en el campo de la represión penal, que debe regirse por el principio de intervención mínima.

### C) *El principio de oportunidad*

En otro orden de consideraciones, hay que introducir en el sistema procesal penal español el principio de oportunidad, facultando al órgano público de la acusación —Ministerio Fiscal— para dejar de perseguir ciertos hechos delictivos, tras una «negociación» con el inculcado (el *bargaining* del derecho americano) en supuestos reglados y cuando la lesión social es escasa, debiendo entonces acordarse el sobreseimiento provisional por la autoridad judicial. Con ello se puede estimular la pronta reparación a la víctima; evitar los efectos criminógenos de las penas privativas de libertad de corta duración; e incluso lograr la readaptación del delincuente, al someterse voluntariamente a un procedimiento rehabilitador (caso de toxicomanías), o conceder el perdón, en ciertos casos, a terroristas arrepentidos, en vez de hacerlo por la «puerta falsa» del indulto, etc.

Ciertamente el principio de oportunidad está siendo hoy llevado a la práctica por la Policía, no presentando el correspondiente atestado, en cuyo caso, aun conocidos los hechos a través de los medios de comunicación o por conocimiento privado por el Juez o el Ministerio Fiscal, rara vez se inicia el procedimiento penal para su persecución.

### D) *El procedimiento monitorio*

Para la delincuencia menor se hace patente la necesidad de instaurar un tipo de procedimiento monitorio a través del que rápidamente pueda restablecerse el orden jurídico perturbado, sancionando la conducta delictiva, a base del aquietamiento del responsable a la resolución judicial de condena. Dos serían los modelos a considerar: por una parte, el continental europeo, en el que el juez dicta una resolución provisional que deviene firme si el inculcado no se opone, abriéndose el juicio cuando se formule oposición y pudiéndose imponer sanción distinta (más leve, pero también más grave) a la establecida provisionalmente. Por otro lado, el modelo anglo-americano del *plea guilty*, en donde el Ministerio Fiscal formula una petición de condena, con la que puede conformarse el acusado, dictando el juez sentencia de inmediato (dicho sistema está previsto también en nuestro derecho para los delitos menos graves, pero en un momento procesal inoportuno que priva a la institución de buena parte de su eficacia).

### E) *La organización de la Justicia*

Dejando de lado la necesaria reforma de la demarcación judicial, que básicamente data de 1834, el incremento escasamente significativo en el número del personal judicial, o la escasez de los medios materiales, es preciso parar mientes en los problemas estructurales de la Administración de Justicia. Con frecuencia, al hablar de despenalización de conductas se llega a considerar como solución para salir del «atolladero» de la Justicia penal la «administrativización» de los tipos penales, atribuyendo a la Administración Pública la potestad sancionadora de aquellas conductas castigadas con penas no privativas de libertad; se utiliza el argumento de que la represión sería más eficaz en razón de los medios con que cuenta el aparato administrativo, sin perjuicio, naturalmente, de abrir la vía judicial contra tales resoluciones.

Este razonamiento (que podría encerrar un intervencionismo estatal desmesurado) no resiste un análisis riguroso, por cuanto la solución entonces vendría de idear unas estructuras judiciales en la misma línea y con idénticos medios con que cuentan las Administraciones Públicas, que han crecido de forma elefantiásica; por contra, ha de reconocerse que la Administración de Justicia se encuentra anclada en unos esquemas obsoletos que precisan de actualización, labor que la nueva Ley orgánica del poder judicial no ha hecho.

Pero además, no cabe duda de que no estamos, exclusiva ni esencialmente, ante un problema de normas o de dinero público, sino sobre todo de las personas que intervienen en la Justicia, abrumados y desesperados ante la ineficacia de su trabajo. Por lo general, la judicatura española, que no padeció un rechazo social similar a la francesa tras la Revolución burguesa, básicamente porque sus competencias —y su poder— eran mucho más reducidas, nunca ha jugado un papel capital en la estructura del Estado. Su conciencia de funcionarios, tantas veces rechazada por ellos como corroborada por su proceder, les ha impedido en ocasiones reconocer al pueblo del que emana la Justicia y al que deben servir sin cerrar los ojos a la realidad social; deben considerar las normas jurídicas desde un prisma interpretativo que deje de lado una «asepsia» y atemporalidad que carece de justificación, y desechar el temor a ocupar un espacio de mediación política en el ejercicio de su potestad jurisdiccional.

Cualquier modificación legislativa que propenda a la realización del

valor justicia en el seno de una sociedad democrática, cualquier esfuerzo modernizador, ha de contar, para que fructifique, con quienes son los pilares básicos en su funcionamiento, al servicio de los ciudadanos y de la paz social.

## LAS COMPETENCIAS CIVILES DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA. ESPECIAL REFERENCIA A LA REVISIÓN Y LOS RECURSOS DE CASACIÓN AUTONÓMICOS\*

J. F. VALLS GOMBAU  
Magistrado

### SUMARIO:

I. Introducción. — II. Examen de sus competencias, excepto la revisión y los recursos de casación: 1. Demandas de responsabilidad civil dirigidas contra determinadas personas en el ejercicio de sus cargos; 2. Cuestiones de competencia; 3. Recursos contra la calificación de títulos sujetos a inscripción en el Registro de la Propiedad. — III. El recurso extraordinario de revisión: 1. Requisitos y objeciones a su conocimiento por los Tribunales Superiores; 2. Regulación en el Anteproyecto de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil. — IV. La casación civil y su distribución entre la Sala primera del Tribunal Supremo y la civil de los Tribunales superiores: 1. Noción de Derecho civil, foral o especial: A) Posición amplia; B) Posición intermedia; C) Posición estricta; D) Nuestra posición doctrinal: La interpretación del art. 149.1.8 C.E.; 2. La casación civil diversificada entre el Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores. La posible desigualdad en la aplicación de la Ley; 3. La jurisprudencia de los Tribunales Superiores: Extensión y límites; 4. Regulación de la casación civil autonómica en el Anteproyecto de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil: A) Bases para la articulación de estos recursos en el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil; B) Distribución de las materias civiles entre la Sala Primera del Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores según la normativa que fundamente el recurso: a) Vulneración de preceptos constitucionales; b) In-

\* El presente trabajo forma parte de la tesis presentada en la Universidad Central de Barcelona bajo el título *Los Tribunales Superiores de Justicia: Sus competencias civiles y penales*.

fracción de normas procesales; c) Infracción de normas del ordenamiento jurídico o jurisprudencia; C) Preparación e interposición del recurso: Los problemas conflictuales; D) Admisión del recurso: Las cuestiones de competencia; E) Recursos contra laudos arbitrales.

## I. INTRODUCCIÓN

Las competencias de la Sala Civil de los TSJ ha sido una de las cuestiones más controvertidas, no sólo en cuanto a su contenido y adecuación constitucional en el marco de los arts. 123 y 152.1 de la Ley Fundamental, sino en la distorsión que supondrá *prima facie* la existencia de una diversidad de casaciones civiles en nuestra legislación. Un sector doctrinal afirma que se hallan injustificadas las casaciones «regionales» en un ordenamiento único, al constituir una *contradictio in terminis*.<sup>1</sup> No obstante, no es ésta la realidad jurídica en nuestra nación con una pluralidad de ordenamientos, y la posibilidad de creación de una jurisprudencia autonómica con un ámbito diferenciado a la del Tribunal Supremo.

Junto a ello, otras competencias atribuidas a los TSJ, como son las relativas al denominado recurso de revisión, no son tampoco cuestiones pacíficas. Estos y otros problemas evidencian que si su ámbito ya fue discutido, su andadura no resultará nada fácil.

Igualmente debemos resaltar que la implantación de estas Salas en todas las Comunidades Autónomas, excepto en la de La Rioja, conduce a conclusiones muy distintas en cuanto a carga competencial y planta, pues si bien en los territorios que carecen de Derecho Civil, Foral o Especial, no serán numerosas, resultan injustificadas las afirmaciones referentes a los TSJ de las Comunidades Autónomas en donde existen estos Derechos.<sup>2</sup> A tal efecto, pueden desbordarse las iniciales previsiones siendo acertado el art. 79 de la LOPJ relativo a la no uniformidad de las futuras Plantas de estas Salas, aunque el sentido literal de la norma aludida vaya más bien proyectado a la reducción de los Magistrados componentes de las mismas, que a un futuro nombramiento de personal judicial que pueda atender contenidos superiores a los previstos.

1. J. L. VÁZQUEZ SOTILO, *El «Tribunal de Casación» y la casación*, Ed. Ediser, 1979, pp. 31 y ss.

2. P. ANDRÉS IBÁÑEZ y C. MOVILLA ÁLVAREZ, en *El Poder Judicial*, Madrid, 1986, pp. 223-224, al señalar que la escasa abundancia de trabajo en estas Salas justifica el contenido del art. 79 LOPJ.

## II. EXAMEN DE LAS COMPETENCIAS, EXCEPTO LA REVISIÓN Y LOS RECURSOS DE CASACIÓN

Mientras la regulación de los recursos de revisión y casación aparece en el art. 73.1.º LOPJ, en su pfo. 2.º se establecen las restantes. A saber:

a) En única instancia, de las demandas de responsabilidad civil, por hechos cometidos en el ejercicio de sus respectivos cargos, dirigidas contra el Presidente y miembros del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma y contra los miembros de la Asamblea Legislativa, cuando tal atribución no corresponda, según los Estatutos de Autonomía, al Tribunal Supremo.

b) En única instancia, de las demandas de responsabilidad civil, por hechos cometidos en el ejercicio de su cargo contra todos o la mayor parte de los Magistrados de una Audiencia Provincial o cualquiera de sus secciones.

c) De las cuestiones de competencia entre órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la Comunidad Autónoma que no tengan superior común.»

Sin embargo, como veremos, no se agotan con dicho listado las competencias civiles de esta Sala, pues su enumeración no tiene carácter de *numerus clausus*, y puede ser ampliada.

### 1. Demandas de responsabilidad civil dirigidas contra determinadas personas en el ejercicio de sus cargos

En primer lugar, se recogen las demandas dirigidas contra determinadas *Autoridades autonómicas*: Miembros del Ejecutivo o Legislativo, si bien con un doble condicionamiento.

a) Se debe tratar de hechos realizados en el ejercicio de sus cargos, y por tanto se otorga el privilegio en atención a la función pública y no a cualquier demanda que se dirija contra su persona.

b) Pueden expresamente ser reguladas por los EA, atribuyendo la competencia al TS. En caso contrario, la competencia queda reservada en los TSJ.

Con estos requisitos son tres los EA que hasta el momento han recogido dichos privilegios: art. 40.2 del de Andalucía (LO 6/81, de

30 de diciembre); art. 17.2 del de Castilla-La Mancha (LO 9/82, de 10 de agosto); y 24.2 del de Madrid (LO 3/83, de 25 de febrero). Su regulación lo es en iguales términos que los establecidos para la exigencia de responsabilidad penal, si bien debemos puntualizar que las tres normas se refieren a Presidentes y miembros del Ejecutivo, sin aludir a los Parlamentarios.

En cuanto a sus integrantes, debemos distinguir:

a) Si se trata de responsabilidad civil dirigida contra el Presidente de la Comunidad de Andalucía o Madrid, la competencia es siempre de la Sala Civil del TS, pues así se establece en dicha norma en concordancia con el art. 56.2 de la LOPJ.

b) Si se presentase demanda de responsabilidad civil dirigida contra el Presidente de la Comunidad de Castilla-La Mancha, o contra cualquiera otra Autoridad autonómica o miembros de sus Asambleas Legislativas, que según las normas de competencia civil regulada en la Ley Procesal hubiese correspondido a un Tribunal radicado en la Comunidad autónoma, la competencia será de la Sala Civil del TSJ respectivo, mientras que si son asuntos cuya competencia se halla radicada en órganos judiciales establecidos fuera de la Comunidad, la competencia será de la Sala Civil del TS.

Esta última solución es discutible, pues, en principio, podría pensarse que en atención al cargo público las demandas dirigidas contra éstos siempre debieran plantearse ante las Salas Civiles de los TSJ, pero este criterio no resulta válido y aunque el precepto no viene a derogar las normas procesales sobre competencias establecidas en los arts. 56 y ss. de la LECv,<sup>3</sup> tampoco cabe sumisión a otro órgano judicial distinto, por la especialidad de su normativa.

Asimismo, el art. 73.2 LOPJ atribuye competencia a las Salas Civiles para conocer de las demandas dirigidas contra todos o la *mayor parte de los Magistrados de una Audiencia Provincial o cualquiera de sus secciones*, cuando se trate de hechos realizados en el ejercicio de sus cargos, siendo de aplicación la normativa establecida en los arts. 903 y ss., LECv.

El procedimiento en ambos supuestos será el del juicio ordinario que por la cuantía corresponda, debiendo tenerse presente, además de

3. A. MONTÓN REDONDO, en *Atribuciones de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas*, La Ley, 12-6-1986, p. 2, nota 7, parece atribuir, en todo caso, la competencia a los Tribunales Superiores de Justicia.

las normas de la LECv, lo regulado en los arts. 411 a 413 de la LOPJ.

Con respecto a las demandas interpuestas contra el resto de Magistrados y Jueces, debemos señalar que tratándose de integrantes del TS, Audiencia Nacional o TSJ, la competencia se halla atribuida a la Sala Civil del TS —arts. 56.2 y 3 de la LOPJ—, mientras que si se dirige contra Magistrados que no constituyan la *mayor parte* de los integrantes de la A. Prov. o de cualquiera de sus secciones, y Magistrados o Jueces destinados en órganos unipersonales, la competencia será de los Juzgados de 1.ª Instancia respectivos —arts. 82.1 y 85.1 LOPJ— ya que al no haber una norma especial a la que remitirse ha de acudir a la competencia residual de estos últimos Juzgados.<sup>4</sup>

Por lo que hace referencia a los miembros del Ministerio Fiscal, no se prevé especialidad alguna, salvo cuando se dirija la demanda contra el Fiscal General del Estado, o Fiscales de Sala del Tribunal Supremo —art. 56.2 LOPJ—. Cuando se demande el resto de los integrantes de las categorías segunda y tercera (Fiscales equiparados a Magistrados y a Jueces), será competencia de los Juzgados de 1.ª Instancia,<sup>5</sup> de conformidad asimismo con el art. 60 de la Ley 50/81, reguladora de su Estatuto Orgánico.

En relación a las demandas de responsabilidad civil dirigidas contra las figuras asimiladas al Defensor del Pueblo en las Comunidades Autónomas, el art. 1 de la Ley 36/85, de 6 de noviembre, establece que

4. En similar sentido, L. A. DE DIEGO DÍEZ, *La revisión ante los Tribunales Superiores de Justicia*, La Ley, 9-12-1986, p. 1, nota 1. En cambio, V. FAIRÉN GUILLEN, *Comentarios a la LOPJ*, EDESA, 1986, p. 91, entiende que si la demanda se dirige contra un mínimo de estos Magistrados integrantes de la A. Prov., la competencia sería del TS, apoyándose en el art. 56.2 LOPJ, que creemos inaplicable, pues los privilegios deben entenderse restrictivamente y el precepto mencionado hace referencia a supuestos distintos.

5. CABALLERO BONALD, *Los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas*, III Jornadas de Derecho Judicial, octubre de 1986, señala que «A algunos —estamos en esta línea— sorprende que el TSJ conozca de demandas de responsabilidad civil por hechos realizados en el ejercicio del cargo contra todos o la mayor parte de los Magistrados de una A. Prov. o de cualquiera de sus Secciones y no si estos hechos han sido realizados por Fiscales de la A. Prov., si se tiene en cuenta el art. 56.2 de la LOPJ en relación con la Disposición Adicional 9.ª, que dan nueva redacción al art. 34 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 1981...», si bien hemos de tener presente que la competencia de los TSJ resulta cuando se dirige la demanda contra 2 o 3 de los Magistrados competentes de la A. Prov. o de alguna de sus Secciones, mientras que si sólo es contra uno de ellos, ésta se halla radicada en los Juzgados de Primera Instancia, por lo cual no parece extraña la inexistencia de una *previsión especial*.

Los titulares de estas Instituciones autonómicas gozarán de las garantías de inviolabilidad e inmunidad que se otorgan a los miembros de aquéllas (de sus Asambleas Legislativas). Al respecto, son de aplicación las afirmaciones vertidas sobre los «aforamientos» civiles de los Parlamentarios a las respectivas especialidades en los Entes territoriales autonómicos (*Sindic de Greuges* en Cataluña, *Valedor del Pueblo* en Galicia, *Diputado Común* en Canarias o *Justicia* de Aragón).<sup>6</sup>

## 2. Cuestiones de competencia

La competencia de la Sala Civil se halla establecida para resolver las cuestiones que se planteen entre los Juzgados de 1.ª Instancia radicados en el ámbito territorial de la Comunidad y pertenecientes a distintas A. Prov., pues si se encuentran en el mismo ámbito provincial, la competencia reside en la A. Prov. respectiva —art. 82.4 LOPJ— modificando el art. 99.2 de la I ECv. De igual modo, también se extiende su competencia a la resolución de las cuestiones que se planteen entre diversas A. Prov. integradas en el territorio del mismo Ente Autonómico.

## 3. Recursos contra la calificación de títulos sujetos a inscripción en el Registro de la Propiedad

Los EA del País Vasco (art. 14.1 e, LO 3/79, de 18 de diciembre), Cataluña (art. 20.1 e, LO 4/79, de 18 de diciembre), Galicia (art. 22.1 e, LO 1/81, de 6 de abril), Aragón (art. 29.1 e, LO 8/82, de 10 de agosto), Navarra (art. 61.1 e, LO 13/82, de 10 de agosto, denominada, como es sabido, de reintegración y mejoramiento del régimen foral) y el de las Islas Baleares (art. 49.1 e, LO 2/83, de 25 de febrero), establecen como competencias de sus «órganos jurisdiccionales» los precitados «recursos» cuando se trate de Derecho Privado de la Comunidad.

Esta normativa debe ser completada con la confusa Disposición Adicional Séptima de la LOPJ, que establece:

«Cuando los Estatutos de Autonomía atribuyan a los órganos jurisdiccionales radicados en la Comunidad Autónoma el conoci-

6. A. MONTÓN REDONDO, *Atribuciones de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas*, *La Ley*, 12-6-1986, p. 2, mantiene esta competencia en todos los casos en que existe dicha figura en la respectiva Comunidad.

miento de los recursos contra la calificación de títulos sujetos a inscripción en un Registro de la Propiedad de la Comunidad, corresponderá al Presidente del Tribunal Superior de Justicia la resolución del recurso. El Presidente resolverá definitivamente en vía gubernativa cuando el recurso se funde en el Derecho civil, foral o especial privado de la Comunidad Autónoma. En otro caso, su decisión será apelable, conforme a lo dispuesto en la *Ley Hipotecaria*.»

En primer lugar, debemos reseñar que estos recursos previstos en los arts. 19 y 66 de la Ley Hipotecaria y desarrollados en los arts. 111, 112 y ss., de su Reglamento, prevén que las reclamaciones en vía gubernativa contra la calificación del título hecha por el Registrador, y sin perjuicio de acudir a la vía contenciosa, se interpondrán dentro del plazo de cuatro meses ante el Presidente de la AT respectiva —art. 113 Reglamento Hipotecario—, y contra el auto que dicte podrá apelarse ante la Dirección General de los Registros y del Notariado —art. 121 del reseñado Reglamento— dentro de los quince días siguientes.

La falta de modificación de dichos preceptos plantea la cuestión de qué sucederá en los casos en que los EA no prevean esta competencia. Lo lógico será suponer que la competencia la retendrán los Presidentes de los TSJ con posibilidad de apelación ante la Dirección General de los Registros y del Notariado.

En cuanto a los supuestos regulados en los EA que prevén, dentro de la competencia de sus órganos jurisdiccionales el conocimiento de los citados recursos, en principio es de resaltar lo extraño que supone el otorgamiento de competencias a sus órganos jurisdiccionales, si se trata de una vía gubernativa y el conocimiento para su resolución no es del órgano, sino de un funcionario integrante del mismo. No obstante, al respecto se pueden plantear tres posibilidades:

1. Que se trate de recursos contra la calificación de títulos inscribibles en el Registro de la Propiedad cuyas normas aplicables sean de Derecho común exclusivamente.
2. Que las normas sean de Derecho Civil Foral o especial.
3. O bien, que sean de Derecho Civil Foral o especial y de Derecho Común, conjuntamente, las que funden el recurso interpuesto.

Expresamente, la reseñada Disposición Adicional sólo alude el segundo de los casos señalando que el Presidente del TSJ resolverá «definitivamente». De ello se deduce que, interpretada literalmente, debe-

ría concluirse que contra dicha resolución no cabe la apelación y queda cerrada la vía gubernativa. No obstante, acertadamente, Montón Redondo<sup>7</sup> afirma que en términos procesales definitivamente no quiere decir que no quepa recurso, pues éste únicamente no es posible contra las resoluciones firmes.

Por ello, ¿cabe recurso? ¿Y ante qué Tribunal? Cuando se produzca la modificación del Reglamento Hipotecario en este punto, para su necesaria adaptación a la LOPJ, estimo que no deberá existir inconveniente en que el art. 121 pueda quedar redactado, estableciendo alternativamente la apelación ante la Dirección General de los Registros y del Notariado o ante la Sala Civil y Penal de los TSJ, excluyendo a su Presidente, ya que en otro supuesto, para estos últimos casos, queda suprimida la apelación. Caso de que se mantuviese la vigente redacción, creemos, en cambio, y en concordancia con la literalidad de la Disposición Adicional Séptima, que la apelación queda eliminada y la decisión del Presidente cierra la vía gubernativa.

Por otra parte, ello atentaría a las normas estatutarias señaladas al principio del epígrafe, cuando hablan de «recursos gubernativos» y conceden competencia a los órganos jurisdiccionales radicados en la Comunidad que no pueden ser otros que la Sala Civil y Penal de los TSJ.<sup>8</sup>

Para el caso de que exclusivamente se traten de normas de Derecho común las aplicables en el recurso interpuesto, no cabe duda que cabrá el recurso de apelación ante la Dirección General de Registros y del Notariado, conforme al Reglamento y la Ley Hipotecaria.

Sin embargo, ¿qué sucedería si las normas aplicables o que «fundan» el recurso son tanto de Derecho Común como de Foral? La decisión sigue siendo del Presidente del TSJ, pero ¿cabrá recurso de apelación ante la Dirección General en la parte de Derecho Común, quedando firme el resto? La respuesta sólo nos la podrá dar una ulterior reforma de la Ley y Reglamento Hipotecario, conforme a las normas estatutarias y orgánicas, que debería ser concordante con la modificación futura de la LECv. La solución de la cuestión no es fácil, aunque

7. MONTÓN REDONDO, ver nota precedente, p. 4.

8. En similares términos, así lo estiman L. CAPELL BERGADA, *El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Organización y competencias*, I Jornadas sobre la Administración de Justicia en Cataluña, Montserrat, 1983, p. 46, y J. DE CASTRO FERNÁNDEZ, *Tribunal Superior de Justicia de Cataluña*, en las susodichas Jornadas, pp. 26 y ss.

creemos debería articularse un recurso de apelación ante la Sala Civil de los TSJ.<sup>9</sup>

### III. EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN

Es criterio uniformemente admitido por la doctrina, que la revisión no es un recurso, sino que su finalidad esencial se halla encaminada a hacer prevaler, frente a los efectos de una resolución firme basada en un evidente error apoyado en la verdad formal, la auténtica verdad material,<sup>10</sup> o lo que es similar, se trata de armonizar seguridad jurídica y justicia.<sup>11</sup>

En la revisión, el órgano competente no analiza ni le son sometidas a su consideración cuestiones de carácter jurídico, o de aplicación del derecho sustantivo al que es ajeno el nuevo juicio. La revisión del proceso se realiza sobre la base fáctica de la sentencia y se fundamenta en hechos inciertos, falsos o que han sido aportados por medio de maquinaciones fraudulentas.

Por otra parte, el *petitum* no va dirigido a la satisfacción de intereses particulares, sino al superior y trascendente, de que una sentencia carente de la más mínima de infraestructura verdad material sea anulada o quede sin efecto. En la LECv, la competencia funcional para conocer del recurso venía atribuida al TS por naturales consideraciones de uniformidad de criterios a los efectos de armonía jurisprudencial; sin embargo, en la LOPJ, tal competencia también es asumida por los TSJ.

9. A nuestro entender, en el Anteproyecto de reforma de la LECv, para su acomodación a la LOPJ, deberían modificarse los preceptos del Reglamento Hipotecario que afectan a las competencias del Presidente de la AT y de la Dirección General de los Registros y del Notariado como se hace igualmente con otros preceptos fuera de la LECv, así, art. 1 del Código Civil, 70 de Sociedades Anónimas, 16, 17 y 19 de Propiedad Horizontal..., dejando clarificadas todas estas competencias, ya que la Adicional Séptima de la LOPJ es insuficiente. F. CORDÓN MORENO, en *La competencia en el orden civil de los órganos jurisdiccionales radicados en las Comunidades Autónomas de Derecho foral*, p. 120, estima la inexistencia de una imprecisión, a estos efectos, de la noción de «Derecho foral», y que la vía gubernativa se cierra con la decisión del Presidente de los TSJ, permaneciendo abierta la vía jurisdiccional con posibilidad de resoluciones contradictorias.

10. PIQUÉ-RIPA-SAURA-VALLS, *Los procedimientos penales*, Ed. Bosch, p. 612.

11. J. DOVAL MATEO, *La revisión civil*, Barcelona, 1979, pp. 25 y ss., y L. A. DE DIEGO DIEZ, *La revisión ante los Tribunales Superiores de Justicia, La Ley*, 9-12-1986, p. 1.

### 1. *Requisitos y objeciones a su conocimiento por los Tribunales superiores*

Del contexto normativo de estos Tribunales actualmente existentes: CE, Estatutos y LOPJ, fueron los EA los que primeramente introdujeron la competencia de la revisión civil en favor de los precipitados Tribunales.

Los arts. 14.1 a, del Estatuto Vasco; 20.1 a, del de Cataluña; 22.1 a, del de Galicia; 40.1 a, del de Valencia; 35.1 a, del de Murcia; 29.1 del de Aragón; 61.1 a, del de Navarra; 45.1 a, del de Extremadura, y 49.1 a, del de las Islas Baleares, señalaban que los órganos jurisdiccionales radicados en los respectivos Entes territoriales autonómicos extenderían su competencia, en el orden civil, a todas las instancias y grados, incluidos los recursos de casación y revisión en materia del Derecho Civil Foral o Especial, propio de la Comunidad. Además de las tradicionales Comunidades en donde ya existe este Derecho, introducen también esta posibilidad las de Valencia, Murcia y Extremadura.

De lo afirmado, parece ser que el criterio seguido fue el anudar recurso de revisión-derecho material aplicable. Posteriormente ha sido la LOPJ, en su art. 73.1 b), la que establece que corresponderá el conocimiento del recurso de revisión a los Tribunales Superiores de Justicia, siempre que se dieran las siguientes circunstancias:

a) Se trate de resoluciones dictadas por órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la Comunidad Autónoma. Ello era claro, pues la jurisdicción de los mismos no puede extenderse fuera de sus límites territoriales — art. 71, LOPJ.

b) Que los Estatutos hayan previsto la reseñada atribución. Ya hemos visto que ello ha sido así en las comunidades con Derecho Civil Foral o Especial, con las excepciones reseñadas, si bien teniendo presente que tanto en Valencia como en Murcia y Extremadura tienen actualmente sus Asambleas Legislativas competencias propias en materia de Derecho Civil valenciano, consuetudinario murciano o Foral extremeño, respectivamente.

c) Se funde en infracción de normas de Derecho Civil Foral o Especial.

Si los dos primeros requisitos están justificados, este último es inexplicable, pues en la revisión se examinan hechos con fundamentos

jurídicos de carácter adjetivo a los que, en modo alguno, puede dárseles un contenido de «especialidad» del derecho propio, para deducir su carácter de precepto Foral o Especial. Las normas que lo fundamentan están contenidas en la LECv, que, de conformidad con el art. 149.1.6, resulta ser competencia exclusiva del Estado. Cuestión distinta es cómo este requisito ha sido interpretado en el Anteproyecto de LECv para acomodación a la LOPJ, y su mayor o menor acierto.

### 2. *Regulación en el Anteproyecto de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*

Tanto en la Exposición de Motivos del reseñado Anteproyecto como en su articulado se establece que su desarrollo normativo debe ir parejo con el del recurso de casación, así como se reconoce que su atribución a los TSJ lo es por mandato de las Leyes ya promulgadas. Así, en el comentario a la redacción que se propone del nuevo art. 1.801 LECv se afirma: «El tema de la atribución de competencia revisoria a los Tribunales Superiores de Justicia es muy polémico, dado que en este tipo de impugnaciones no cuenta el derecho material aplicado, sino las circunstancias del art. 1.796. Pero hay que incluirlo por mandato expreso de los Estatutos y de la Ley Orgánica del Poder Judicial.» Queda pues claro cuál era el ánimo de los redactores del Anteproyecto.<sup>12</sup>

No vamos a tratar ni las nuevas causas de revisión que se proponen introducir, ni lo que en la Exposición de Motivos se denomina como correcciones técnicas de la LECv, ciñéndonos a la materia competencial objeto de estudio; o sea, a los requisitos para su conocimiento por los TSJ y a las cuestiones que resuelven los posibles conflictos, al dispersar entre varios Tribunales toda esta materia anteriormente atribuida exclusivamente a la Sala Primera del TS.<sup>13</sup>

Acertadamente, De Diego<sup>14</sup> señalaba la equívoca distribución de

12. V. MORENO CATENA, que es uno de los redactores del Anteproyecto, estima en *Derecho Procesal Civil*, Valencia, 1986, vol. II, tema 45, que la precitada atribución es fruto de la «impemeditación del legislador estatuario y de la inercia de la LOPJ».

13. La atribución de competencia a un único órgano, distinto del que dictó sentencia, no es tampoco una cuestión pacífica, pues, la mejor doctrina, M. A. DE DA OLIVA Y FERNÁNDEZ, *Lecciones de Derecho Procesal*, p. 446, vienen entendiendo que la competencia puede residenciarse en el mismo órgano donde se cometieron los posibles hechos desencadenados de la revisión.

14. L. A. DE DIEGO DíEZ, *La revisión ante los Tribunales Superiores de Justicia*, *La Ley*, 9-12-1986, p. 2.

competencia que de la revisión se había hecho hasta el momento, como si de un recurso se tratase en que el órgano competente corregía los posibles errores judiciales *in iudicando* o *in procedendo* sufridos cuando el material fáctico, base de la petición, se encuentra fuera del proceso anterior y en todo caso el derecho material aplicable es extraño a la cuestión.

Debe asimismo añadirse que la naturaleza adjetiva de las normas que lo fundamentan no puede servir de argumento para atribuir por vía de remisión al Tribunal competente para conocer la cuestión litigiosa de fondo.

Ahora bien, ¿cuál es el criterio del Anteproyecto? De lo previsto en el art. 1.801.2 LECv,<sup>15</sup> queda claro que la competencia de los TSJ o del TS se establece, atendiendo, no a la materia aplicable, sino según si el órgano jurisdiccional que la hubiese dictado esté o no residenciado dentro de una Comunidad Autónoma en donde el correspondiente Estatuto haya previsto la atribución en favor del TSJ, pues, en caso contrario, o sea, si ganase firmeza ante la Sala Primera o hubiese sido dictada por Juzgado o Tribunal de Comunidad Autónoma cuyo Estatuto no haya previsto tal atribución, corresponde al TS y concretamente a su Sala Primera —art. 56.1 LOPJ. De igual modo, queda redactado el art. 52.2 del Anteproyecto de Ley de Demarcación y Planta Judicial de 1987 estableciendo que dichos «recursos» se resolverán por la Sala Civil del TSJ cuando la sentencia firme impugnada hubiese sido dictada por Juzgado o Tribunal de la Comunidad Autónoma hubiese previsto tal atribución.

Por lo tanto, se amplía notoriamente la competencia de los TSJ en esta materia, al suprimirse cualquier alusión a cuál sea el derecho material aplicable. El criterio, claramente favorecedor para las aspiraciones autonómicas, es contrario tanto a la literalidad como a la finalidad de las normas estatutarias y orgánicas del Poder Judicial. ¿Es más acertado? No lo discutimos.<sup>16</sup> Sin embargo, resulta claro el

15. L. A. DE DIEGO DÍEZ, *La revisión ante los Tribunales Superiores de Justicia, La Ley*, 9-12-1986, p. 3, así lo mantiene.

16. Dice el mismo: «La demanda se presentará ante la Sala Primera del Tribunal Supremo cuando en ella hubiera ganado firmeza la sentencia impugnada o hubiere sido dictada por Juzgado o Tribunal de Comunidad Autónoma cuyo Estatuto de Autonomía no hubiese previsto tal atribución. En los demás casos se presentará ante la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia en cuya sede radique el Juzgado o Tribunal que la hubiere dictado, siempre que el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución.» Por otra parte, y sobre estas bases, también se hubiesen justificado la posibilidad de atribución a las Salas Penales de los TSJ, el conocimiento de la revisión en materia penal.

trato desfavorable que recibirán los TSJ de Comunidades Autónomas cuyos Estatutos no hayan previsto dicha atribución. En efecto, si éste se hacía con base al Derecho propio, su exclusión aparecía justificada. Suprimido este requisito y admitiendo que cualquier Tribunal o Juzgado en que se hayan producido los actos fraudulentos puede ser competente. ¿En qué razonamientos apoyaremos la eliminación? No encontramos otra que la impremeditación con que el legislador reguló inicialmente la materia y la falta de claridad en su planteamiento.

Vistos los requisitos que deben concurrir para establecer la competencia de los Tribunales Superiores en materia de revisión civil, ¿cómo se resuelven las cuestiones de competencia que puedan surgir?

El art. 1.801 pfs. 3.º y 4.º,<sup>17</sup> recogiendo los criterios que posteriormente examinaremos para la casación civil en el art. 1.709 del mismo Cuerpo Legal, no resuelve satisfactoriamente dichas cuestiones. En el Anteproyecto se simplifican excesivamente: si entendiesen tanto la Sala Primera del TS como la civil del TSJ que no les corresponde el conocimiento del asunto, lo declararán por auto y la remitirán ya sea al TSJ o al TS, respectivamente, emplazando a las partes para que comparezcan ante éstos a usar de su derecho.

El examen de oficio de esta competencia resulta indiscutible ya que el art. 74 LECv —art. 72 del Anteproyecto— lo prevé cuando el Tribunal estime su incompetencia por razón de la materia, aunque añade que deberá así declararse, previa audiencia del Ministerio Fiscal y «previniendo a las partes que usen de su derecho ante quien corresponda».

La intervención del Ministerio Fiscal en estos casos, aunque no la

17. La redacción del Anteproyecto es la siguiente: «Presentada la demanda de revisión ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, si entendiera de oficio y dentro de los diez días siguientes, que, conforme a lo establecido en el párrafo anterior corresponde el conocimiento a la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia, así lo declarará por auto y ordenará remitir la misma a este Tribunal en el plazo de cinco días, emplazando a las partes para que comparezcan ante él dentro de los cuarenta días siguientes.

De igual modo actuará la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia cuando se presente la demanda ante él y estime que la competencia corresponde a la Sala Primera del Tribunal Supremo.»

Se propone en el Anteproyecto como *alternativa* a estos párrafos: «Cuando se presente la demanda de revisión ante la Sala del Tribunal no competente conforme a lo establecido en el párrafo anterior, el propio Tribunal, de oficio y en el plazo de diez días siguientes a la presentación de aquella, declarará por auto su incompetencia y ordenará remitir la misma al Tribunal que corresponda el conocimiento en el plazo de cinco días, emplazando a la parte para que comparezca ante él dentro de los cuarenta días siguientes.»

menciona el art. 1.801 LECv, debe entenderse necesaria. En cambio, la última prevención del art. 74 LECv es inaplicable, pues el art. 1.801 LECv, ya indica a qué Tribunal debe acudir. Sin embargo, en la redacción alternativa propuesta, aunque sea inespecífica, responde más adecuadamente a los problemas que puedan plantearse.

Ahora bien, ¿qué sucederá si el TS o el TSJ ante el cual se emplaza a las partes también se declaran incompetentes? ¿Vinculan las resoluciones de uno u otro Tribunal al que se le remitan las actuaciones? Martín Ostos,<sup>18</sup> comentando el art. 74, según la redacción que le fue dada tras su Reforma por la Ley 34/84, de 6 de agosto, afirma, y ello es trasladable a los problemas apuntados, que la respuesta no aparece prevista en la Ley. Ahora bien, si se trata de resolución y posterior remisión de los autos del TS a un TSJ, con solución de incompetencia del primero, siguiendo la tesis del citado autor, «... el art. 81 LECv —art. 73 del Anteproyecto—, nos remitiría a la vinculación del inferior (respecto) a la declaración del superior», y a estos efectos entendemos que el TSJ es inferior al TS —art. 26 LOPJ—.

Asimismo, como igualmente argumenta el autor últimamente mencionado, la situación contraria es más difícil, pues al superior no le vincula la declaración del inferior. Y si bien la solución que da es una remisión a las normas de los arts. 99 y 110 LECv, así como un posible recurso de casación por exceso de jurisdicción —art. 74 *in fine* LECv que se corresponde con el 72 del Anteproyecto—, ésta no es viable para los TSJ, pues sólo puede admitirse en los supuestos de resoluciones de las Audiencias, en la actualidad, Territoriales, y tras la LOPJ, Provinciales.

Por todo ello, y ante tal «vacío», la única solución es entender igualmente que la resolución del TSJ vincula a la Sala 1.ª del TS, criterio «equiparativo» muy discutible, y a nuestro entender incorrecto. Igualmente, tampoco podemos acudir a la regla del art. 81 LECv —artículo 73 del Anteproyecto—, pues se trata de una norma general que cede ante la especialidad del art. 1.801 del Anteproyecto de LECv.

No se terminan aquí todas las cuestiones, pues ¿cabían las positivas? No. En efecto, será la parte, en principio, quien designe el Tribunal competente y éste de oficio le corresponderá examinarla, sin que otro Tribunal distinto, de aquel primeramente designado, pueda reclamarle el conocimiento de la causa. Asimismo, a nuestro entender, no

18. J. MARTÍN OSTOS, *Comentarios a la Reforma de la LECv*, dirigidos por Valentín Cortés, p. 142, Ed. Tecnos, S.A., 1985.

es aplicable el art. 82 LECv —art. 74 del Anteproyecto—, aunque reconocemos que con su empleo podría evitar abusos o «excesos» de jurisdicción.

En conclusión, la solución del Anteproyecto equipara *de facto* a ambos Tribunales (Sala 1.ª del TS y Civil de los TSJ) a los efectos de vinculación de resoluciones sobre competencia, sin posibilidad de que se entable cuestión de competencia alguna. Más lógico sería que, tras la estimación de incompetencia por los TSJ, o cuando fuese la misma denunciada por el Ministerio Fiscal se plantease la misma ante el Tribunal Supremo; o sea, ante el Superior jerárquico, con aplicación de los arts. 81 y 82 de la LECv —arts. 73 y 74 del Anteproyecto—. Ello no pugnaría con la naturaleza y jerarquía de estos Tribunales, aunque podría argumentarse que con dicha solución se invadirían los «espacios judiciales autónomos». Sin embargo, es de hacer notar que las resoluciones dictadas en materia de revisión no inciden directamente en la interpretación de derecho material, Foral o Especial, propio de la Comunidad, sino sobre cuestiones de Ley Adjetiva, por lo cual no cabe hablar de invasión de facultades de «interpretación» en último lugar del Derecho civil autonómico, de respeto inexcusable; concluyéndose en la inoperancia de ésta motivación a los efectos examinados;<sup>19</sup> además de que las resoluciones de los TSJ no tendrán, en este punto, valor de jurisprudencia.

Dichas críticas al Anteproyecto de LECv de 1986 quedan subsanadas en el art. 51.14 del Anteproyecto de 1987 sobre Planta y Demarcación Judicial con la remisión a los arts. 81 a 83 LECv para la solución de estos conflictos. No obstante, debe hacerse notar que se produce una falta de coordinación entre ambas normativas que, a nuestro entender, debería resolverse en la futura Reforma de la LECv. En efecto, una Ley de Planta y Demarcación no parece ser el marco pertinente para la regulación de dichas cuestiones, máxime cuando, en general, reitera de

19. Nótese que el planteamiento de esta problemática entre el TS (Sala 1.ª) y los TSJ, en la práctica, será difícil que pueda darse, ya que los requisitos para la asunción de competencias por los TSJ son de gran simplicidad, según se regula en el Anteproyecto de reforma de la LECv. A saber: a) Que el EA la haya previsto, y b) Que la resolución haya sido dictada por un órgano jurisdiccional radicado en la Comunidad. Por otra parte, aunque no se menciona expresamente la posibilidad de que algún TSJ se inhiba a favor de otro TSJ, estimamos afirmativamente la misma, de ahí, que la redacción alternativa al texto del art. 1.801 del Anteproyecto nos parezca más acertada, al no designar *nominatim* a los Tribunales competentes en cada caso.

forma poco ortodoxa los contenidos del articulado del Anteproyecto de LECv.

#### IV. LA CASACIÓN CIVIL Y SU DISTRIBUCIÓN ENTRE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y LA CIVIL DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES

El art. 73.1 a, de la LOPJ, señala como competencia de la Sala Civil de los Tribunales Superiores: «Del recurso de casación que establezca la Ley contra resoluciones de órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la Comunidad autónoma, siempre que el recurso se funde en infracción de normas de Derecho Civil, Foral o Especial propio de la Comunidad, y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución.» Son, pues, sus requisitos:

a) Que se trate de resoluciones dictadas por los órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la Comunidad Autónoma. Naturalmente, no todas las resoluciones, sino únicamente las que según la LECv se establezcan y reúnan los requisitos para acceder a la casación civil, art. 1.687 LECv.

b) Que los correspondientes EA hayan previsto la atribución. Estos Estatutos son los mismos que anteriormente se han especificado con competencias en materia de revisión civil.

c) Que el recurso se funde en infracción de normas de Derecho Civil, Foral o Especial.

Al último de los reseñados dedicaremos especialmente nuestra atención, y por ello, en primer lugar debemos examinar cuál es el concepto de Derecho Civil, Foral o Especial. A continuación, intentaremos aclarar algunos puntos que la disgregación de la casación va a operar sobre nuestro ordenamiento jurídico, el valor como jurisprudencia de las decisiones de los TSJ, el examen de cómo se han resuelto en el Anteproyecto de LECv todas estas cuestiones y el tema de articulación de las competencias y los conflictos que puedan surgir entre el TS y los TSJ.

##### 1. *Noción de Derecho Civil, Foral o Especial*

Al respecto, existen tres tesis o teorías sobre lo que actualmente constituye Derecho Civil, Foral o Especial:

##### A) *Posición amplia*

El ordenamiento civil español aparece formado por diversos elementos, que son los subordenamientos civiles existentes y los creados por los Parlamentos con competencia legislativa. Existen diversas tendencias dentro de la misma, que se basan algunas en que las competencias de los Parlamentos autonómicos en esta materia no deben ceñirse a las actuales Compilaciones, por lo que existirá la posibilidad de legislar en Derecho civil siempre que no se trate de materias reservadas al Estado, conforme a lo que establece el propio art. 149.1.8 CE, o en alguno de los otros apartados del precepto. A tal fin se formará un ordenamiento jurídico propio, estructurado con las actuales Compilaciones y las otras instituciones que se desarrollen con un único límite negativo: no estar enumeradas en el art. 149 CE.<sup>20</sup>

##### B) *Posición intermedia*

Esta fue la tesis defendida en la conclusión 2.<sup>a</sup> del Congreso de Jurisconsultos sobre los Derechos Civiles Territoriales en la Constitución, celebrado en Zaragoza del 29 de octubre al 1 de noviembre de 1981. Su contenido literal decía: «La competencia legislativa aludida no se restringe, en modo alguno, a la situación actual de las Compilaciones vigentes, lo que sería contradictorio con la idea misma de la legislación: legislar supone innovar. Los derechos civiles forales o especiales constituyen cada uno un sistema del que la correspondiente legislación,

20. Defensores de ésta son J. M. PUIG SALELLAS, *El concepto de Dret civil català a l'Estatut de autonomia*, en Jornades sobre l'Estatut d'Autonomia de Catalunya, Barcelona, 1980. También, BADOSA COLL, *L'àmbit del Dret civil català*, en II Jornades del Dret Civil català en Tossa de Mar (septiembre-octubre de 1982), en pp. 29-31, y en el *Prólogo a la Compilación del Dret Civil de Catalunya*, 2.<sup>a</sup> ed., Bosch, pp. 10-11. Sin embargo, ha sido E. ROCA TRIAS quien ha estudiado en diversos artículos dicho tema, así en *Especialidades legislativas en Cataluña (Alcance de las reglas 6.<sup>a</sup> y 8.<sup>a</sup> del art. 149-1 C.E.)*, I Jornades sobre Administració de Justicia en Catalunya, p. 13, afirmando que el actual sistema es un residuo histórico, superado por la CE, y partiendo del art. 149.1.8 CE añade que la *materia civil* viene determinada negativamente. En igual sentido, p. 8, *Institucions del Dret Civil a Catalunya*, con PUIG FERRIOL, Ed. Bosch, 1984, y *El Derecho Civil catalán en la Constitución de 1978*, *Rev. Jurídica de Catalunya*, 1979, núm. 1, página 35.

e incluso la histórica, no es sino expresión parcial, informando por principios peculiares que le proporcionan posibilidades de autointegración. Hasta donde lleguen esos principios informadores llega la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas.»<sup>21</sup>

### C) Posición estricta

La conservación, modificación y desarrollo de los Derechos civiles forales, ha de limitarse al perfeccionamiento y actualización de sus instituciones propias reguladas en la Compilación. Así, por ejemplo, se podrá seguir manteniendo una disparidad legislativa en materias relacionadas con el sector familiar-sucesorio, pero es impensable un Derecho privado patrimonial diverso, pues el mismo no responde a peculiaridades regionales, sino que es fruto de las condiciones socio-económicas.<sup>22</sup>

### D) Nuestra posición doctrinal: La interpretación del art. 149.1.8 CE

En primer lugar, toda noción de Derecho Civil, Foral o Especial, deberá realizarse a partir del art. 149 CE, no restringiéndose la misma

21. DELGADO ECHEVARRÍA, *Los derechos civiles forales en la Constitución*, Rev. Jurídica de Cataluña, núm. 3, 1979, en donde estudia detenidamente el contenido del precepto constitucional, así como en *La potestad legislativa de la Generalidad de Cataluña sobre el Derecho civil catalán*, en donde distingue entre Derecho civil compilado y Derecho civil catalán posible y afirma que no se ciñe a la Compilación, hallándose formado por «... elementos de un sistema propio, animado pro principios recibidos de la tradición jurídica o inferidos de las conexiones entre sus normas...».

22. CARLOS LASARTE, *Autonomías y Derecho privado en la Constitución*, Ed. Civitas, Madrid, 1980, y en colaboración con V. MORENO CATENA, *El Tribunal Superior de Justicia y sus competencias, El Poder Judicial*, Inst. de Estudios Forales, vol. II, pp. 1693-1695, quienes declaraban que con la Constitución no se crea un nuevo estado de cosas, ni ésta ha venido a plantear *ex novo* la relación entre Derecho civil común y Derechos civiles forales, ni a romper el planteamiento histórico de la cuestión, concluyendo que «... tales fórmulas gentilicias de Derecho civil (no pueden dar pie) a defender que asume carácter regional no sólo el Derecho civil foral tradicional, sino también el Derecho civil vigente... (pues con ello) se ha dado entrada a un peligroso caballo de Troya de incalculables consecuencias para el desarrollo del Derecho civil, y sobre todo, para el Derecho civil patrimonial que —andando el tiempo— habrá de desembocar en un nuevo proceso codificador —délese otro nombre si éste no gusta— que ponga nuevo fin a particularismos jurídicos antagónicos con la apabullante homogeneización de las estructuras económicas... (p. 1696).

al pfo. 8 del núm. 1, sino conjugando el texto constitucional en sus diversos apartados con los EA, interpretados conforme a la Norma Fundamental.

A partir de dichos postulados rechazamos la tesis última, es decir, la posición estricta ya que la unificación del Derecho Civil, incluso del Derecho Patrimonial, en general, ha quedado desterrada y constituye un criterio superado por la Ley Fundamental.<sup>23</sup> Por otra parte, los sistemas referidos son susceptibles de autointegración y consiguientemente son ordenamientos jurídicos completos, como recoge el propio art. 149.1.8 allí donde se prevea y «con respeto —en orden a sus fuentes— a las normas de Derecho Foral o especial».

Ahora bien, ¿cuál es o debe ser su contenido? Al respecto, es necesario analizar los términos del art. 49.1.8 CE que declara:

«1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 8. *Legislación civil*, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas del matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respecto, en este último caso, a las normas del Derecho foral o especial.»

Así, desglosando este precepto resulta:

a) *Legislación civil*. No debe confundirse con Derecho Civil. Es competencia exclusiva del Estado, aunque no se excluye una regulación estatutaria no contraria a la reserva citada. Y en cuanto a su contenido, vendrá dada por las competencias civiles asumidas por los EA, siempre que no invadan el campo de competencias exclusivas del Estado.

b) *Allí donde existan*. En principio, sólo las regiones con textos ya compilados con anterioridad a la CE pueden crear Derecho Civil. No obstante, parte de la legislación civil aparece asumida en casos excepcionales, por Autonomías que carecen *ad initio* de éste. Así<sup>24</sup> el

23. DELGADO ECHEVARRÍA, *Los Derechos civiles forales en la Constitución*, Rev. Jurídica de Cataluña, 79, núm. 3, p. 169.

24. DELGADO ECHEVARRÍA, *Los Derechos civiles forales en la Constitución*, Rev. Jurídica de Cataluña, 79, núm. 3, en las pp. 653-654, se inclina por una posición restrictiva que no explicaría el Derecho civil valenciano.

Derecho Civil valenciano, consuetudinario murciano o foral extremeño, que no existían anteriormente a la CE, pueden actualmente ser conocidos en casación por los TSJ residenciados en estas Comunidades, siempre que sus correspondientes Asambleas Legislativas regulen dichas materias, dentro de sus competencias estatutarias, con la excepción del Fuero de Baylio, ya vigente. Por lo tanto, aunque no serán unos ordenamientos jurídicos completos, y deberán heterointegrarse, la base de su creación la constituyen razones de recuperación histórica.

c) *Las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas del matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes.* Estas materias son competencias exclusivas y reservadas al Estado. Cualquier normativa civil en este punto debe exclusivamente ser reglada por una norma emanada de las Cortes Generales de la Nación.

d) *Determinación de las fuentes del Derecho, con respecto, en este último caso, a las normas de Derecho Foral o Especial.* Nos encontramos con una competencia primaria de los Entes territoriales autonómicos, con Derechos Forales vigentes («allí donde existan») para su determinación y configuración autointegradora de un ordenamiento jurídico civil propio. Fuera de éstas, aun existiendo otras Comunidades con capacidad legislativa sobre Derecho Civil (Valencia, el ejemplo más claro) no podrán sino acudir a las normas del Estado para así establecer su sistema de cierre de sus ordenamientos y reglamentación de normas supletorias (heterointegración). Con ello, queda igualmente reforzada la existencia de una diversidad o pluralidad de ordenamientos, aunque sean subsistemas concurrentes o interpretados todos bajo una norma: la Constitución española.

e) *Conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil, Foral o Especial.* Hemos dejado, por último, dicho inciso, por tratar a nuestro entender la clave de la solución al problema planteado. Primeramente debe afirmarse que se halla superada la clásica definición de Castán<sup>25</sup> que los consideraba como «... sistemas jurídicos de principios

25. CASTÁN TOBENAS, *Derecho civil español, común y foral*, Introducción y Parte General, Ed. Reus, S.A., Madrid, 1975, p. 287. En relación a la tradición jurídica catalana y una estructuración propia de un sistema de fuentes, véase A. MIRAMBALL ABANCO y F. SALVADOR CODERCH, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales* (dir. por M. Albadalejo), t. XXVII, vol. 1, pp. 7 y ss.

propios muy acusados y conforme al espíritu nacional, pero que, detenidos e inmovilizados en su natural evolución desde hace siglos..., constituyen derechos históricos, al carecer sus regiones de facultades legislativas para dar nuevas formas a su Derecho.»

Resulta una cuestión pacífica, aun para las tesis más amplias, que estos derechos civiles, forales o especiales, no lo constituyen o conforman toda la materia civil aplicada en la Comunidad Autónoma. Asimismo, tampoco deben quedar ceñidos a las actuales Compilaciones quedando encerrados en un cuerpo hermético, codificado, como pretenden las tesis estrictas y únicamente posibilitado de «conservación o modificación» de sus preceptos.

Por ello, la palabra «desarrollo» significa una salida fuera de los textos compilados.<sup>26</sup> ¿En qué extensión? Aquí reside la clave de la solución, y es donde las posturas intermedias y amplias se diversifican.

En este punto, y como afirma Soto Nieto,<sup>27</sup> dentro de la corriente intermedia, y a modo ejemplificado, este desarrollo podría producirse dentro de alguno de los siguientes parámetros:

- Incorporación a las Compilaciones del derecho propio anteriormente no recogido e históricamente justificado.
- Supresión de preceptos arcaicos.
- Adaptación a los principios constitucionales.
- Evolución conforme a la costumbre, jurisprudencia y doctrina, dentro de los elementos informadores de la Compilación.
- Ordenación completa de las instituciones allí recogidas.
- Ampliación del cuadro institucional atendiendo a nuevas realidades, dentro del sistema general propio de su Derecho. (Al respecto, ver Exposición de Motivos de la de Navarra).
- Determinación de las fuentes del Derecho.

Por ello, a nuestro entender, cuando el art. 73.1 a), LOPJ, habla de Derecho Civil, foral o especial deberá ser interpretado en los siguientes términos:

26. SOTO NIETO, *Especialidades legislativas, sustantivas y procesales en Cataluña*, I Jornadas sobre Administración de Justicia en Cataluña, Monserrat, 1983.

27. SOTO NIETO, *Especialidades legislativas y procesales en Cataluña*, I Jornadas sobre Administración de Justicia en Cataluña, Monserrat, 1983, pp. 27 y ss.

1. Derecho Civil, foral o especial, no será todo el Derecho Civil vigente en la Comunidad Autónoma correspondiente, ni quedará tampoco restringido a los textos Compilados.

2. El recurso de casación podrá fundamentarse, para atribuir las competencias al TSJ, en la Compilación o Derecho foral y cualquier otra norma de su ordenamiento jurídico-civil propio, que haya sido objeto de una regulación específica por sus Parlamentos dentro de los anteriores parámetros. Sin embargo, el ajuste o desajuste a la Constitución, por ser Leyes posteriores a ésta, no corresponderá a los Tribunales, salvo el recurso hipotético a la promoción de su inconstitucionalidad —art. LOTC—. Al TSJ en fase de admisión del recurso, le bastará examinar la fuente legislativa de donde proviene para estimar su competencia.

**2. La casación civil diversificada entre el Tribunal Supremo y los tribunales superiores. La posible desigualdad en la aplicación de la Ley**

No va a ser objeto del presente epígrafe un examen, ni siquiera esquemático, del recurso de casación, lo cual desbordaría la intención del trabajo. Nos ceñiremos, pues, a los efectos y repercusiones que el nuevo Estado de las Autonomías va a tener, aunque sea indirectamente, sobre este recurso con evidente finalidad uniformadora.

La existencia de pluralidad de ordenamientos emanados de Asambleas Legislativas con autonomía de poder para crear la Ley es totalmente compatible con una pluralidad de órganos casacionales, siempre que, a su vez, a cada órgano de Casación en materia civil le estén encomendadas unas funciones completamente deslindadas del otro y sin que el TS —art. 123 CE— pierda sus facultades en el ámbito nacional con creación de jurisprudencia en materia de Leyes del Estado.

La nomofilaquia o defensa del derecho objetivo que se produce mediante su interpretación a través de la jurisprudencia, en principio, está únicamente reservada al TS —art. 1.6 C Civil—. Sin embargo, el Anteproyecto, como veremos, contempla la posibilidad de creación de jurisprudencia por los TSJ en cuanto «interpreten o apliquen normas de Derecho Civil, Foral o Especial...» No obstante, y contra una opinión bastante unánime, aun tras esta reforma se produce un ataque frontal a la labor unificadora no del Derecho Civil común sino del Foral o Especial, ya que:

1. La aplicación del mismo no se realiza en relación a un principio de territorialidad —art. 14.1 C. Civil— sino por razón de la vecindad civil.

2. Fuera de dichos límites territoriales de la jurisdicción de un TSJ se pueden plantear problemas de Derecho Foral o Especial, que en último lugar tendrá que resolver el TS.<sup>28</sup>

Así vemos que en la interpretación del Derecho Civil autonómico puede producirse una diversificación de jurisprudencia, con la consecuencia, dentro del territorio nacional de dos diferentes y un posible tratamiento desigualitario en la aplicación de la Ley. Por tanto, si de algún Derecho se puede decir que no queda unificada su jurisprudencia, éste es el Foral o Especial, nunca el otro ordenamiento civil del Estado.

Se nos plantea, pues, el espinoso tema de la Igualdad en la aplicación de la Ley, relacionado con decisiones contradictorias que puedan ser mantenidas por los TSJ entre sí o con el TS en relación a la aplicación de un mismo precepto.

Al respecto, ningún precepto legal se ha promulgado hasta el momento. Entonces, ¿deberemos admitir para algunos casos la posible desigualdad? La respuesta ha de ser contundentemente negativa. La desigualdad arbitraria nunca podrá protegerse. ¿A qué vías hemos de acudir?

Entre la libertad del órgano judicial y el de igualdad de los ciudadanos en la aplicación de la Ley, el T. Cons., a través de sus resoluciones<sup>29</sup> parece inclinarse por el primero, manteniéndose el derecho recogido en el art. 14 CE únicamente desde un punto de vista formal.

28. Como ejemplo, podemos señalar que en un litigio entablado entre personas con vecindad catalana sobre venta celebrada en Barcelona de un inmueble radicado en Valencia, con pacto de sumisión a los Tribunales de Valencia, resultaría que, si el vendedor alegase como causa de resolución la lesión *ultradimensionum* —arts. 321 y 322 de la Compilación del Derecho civil de Cataluña—, los Tribunales de Valencia podrían estimar la pretensión si concurriesen los requisitos del también denominado *engany de mitges* y la casación, en vez de plantearse ante el TSJ de Cataluña, tendría lugar ante el TS. El criterio para la actuación de los TSJ es, en este punto, *ratio territoriae* y no *ratio iuris*, o sea, las casaciones autonómicas vienen condicionadas no sólo por resolver litigios que versan sobre Derecho civil, foral o especial, propio de la Comunidad, sino que además precisan hayan sido enjuiciados por órganos judiciales radicados en la Comunidad Autónoma, donde reside su sede.

29. E. ROCA TRÍAS, *Jurisprudencia, precedentes y principio de igualdad*, Rev. Jurídica de Cataluña, 1986, núm. 4, pp. 38-39.

Sin embargo, no puede ser la conclusión que definitivamente aceptemos.

Si nos encontrásemos con jurisprudencias distintas (que sólo puede darse cuando compartan la misma el TS y el TSJ en relación al Derecho Civil, Foral o Especial), podría vulnerarse el principio de seguridad jurídica —art. 9.3 CE— junto al de igualdad —art. 14 CE—, no existiendo otra alternativa que la aplicación de una de las motivaciones de la S 78/84, de 9 de julio del T. Cons.:<sup>30</sup>

«Cuando se trata de órganos jurisdiccionales diferentes subsiste como mandato constitucional y como objetivo a alcanzar el de igualdad de trato de los ciudadanos... En el caso indicado, como este Tribunal ha señalado también, es un objetivo a obtener a través de las vías procesales que el ordenamiento establece para unificar criterios, como puede ocurrir con la formación de una jurisprudencia de los Tribunales de casación... Y entre ellos (y para el caso examinado, no hay otro, al existir un hipotético caso de descoordinación entre las jurisprudencias) es claro que ha de situarse también el recurso de amparo, cuando a través de él pueda, en rigurosa aplicación de la legalidad constitucional, restaurarse la igualdad perdida...»

En cambio, si nos enfrentamos ante cuestiones de coordinación no de jurisprudencias, es decir, de resoluciones distintas de los TSJ en relación con las mantenidas por reiterada doctrina del TS, o sea, la desigualdad de aplicación del Derecho Civil no Foral o Especial que pueda ser también conocido en casación los últimos reseñados Tribunales, la respuesta que debemos dar es diferente.

En principio, no es necesario ya plantearnos la cuestión de unificación de la jurisprudencia, pues su única fuente es el TS, aunque el TSJ falle en casación cuestiones con contenido mixto (en que la materia Foral va unida a otra no Especial). Por lo tanto, no existe peligro de ruptura en la interpretación del ordenamiento jurídico, y en la práctica vemos cómo *motivadamente* resoluciones de Salas civiles de las

30. Esta resolución, cuya doctrina reseñada aparece en el segundo de sus fundamentos jurídicos, en su parte dispositiva rechaza el amparo, y mantiene un criterio que podría parecernos totalmente contrarios, pues, partiendo de una desigualdad de tratamiento en materia de resoluciones sobre cheques posdatados, dictadas por Tribunales diversos, deniega el recurso. No obstante, la misma se refiere a materia penal, en donde el principio de legalidad prima sobre cualquier otro y además el amparo puede justificarse como último remedio, situación que encontramos en los supuestos objeto de examen.

AT (Salas de lo civil), o Juzgados de 1.ª Instancia, se apartan de la jurisprudencia del TS, en cuestiones que luego no alcanzan la casación por no reunir los requisitos legales —arts 1.696 y ss. LECv—, sin que por ello venga a cuestionarse la desigualdad. Cuestión distinta es que se produjeran arbitrariedades no corregibles. Para estos supuestos sí podría admitirse una posibilidad de amparo.<sup>31</sup>

Finalmente, en lo relativo a interpretación de normas Adjetivas, la respuesta, con variantes, es similar, siempre que no se vulnere un acceso a la jurisdicción o el principio de tutela efectiva de Jueces y Tribunales. En efecto, y restringiéndose a la materia casacional, si un TSJ en virtud de una aplicación «particular» estimara que no se ha cumplido en la interpretación o preparación del recurso un requisito, o inadmitiera el mismo por motivos que el TS no los estimase de igual modo, también podría otorgarse el amparo.

Vemos, pues, cómo el recurso de amparo, en definitiva, nos viene a garantizar tanto la unificación de la jurisprudencia en materia de Derecho Civil, Foral o Especial, como en casos excepcionales, desviaciones arbitrarias de los TSJ de la Jurisprudencia emanada del TS interpretando las Leyes del Estado, tanto en materia sustantiva como procesal, siempre que incida en una directa vulneración de los derechos fundamentales.

### 3. La jurisprudencia de los tribunales superiores: Extensión y límites

El art. 1, pfo. 6 del C. Civil establece que la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina, que de modo reiterado, establezca el *Tribunal Supremo*, al interpretar y aplicar la Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho.

Así pues, existe un Derecho Judicial junto al Derecho legislado, como complementario a éste y subordinado a las tres fuentes directas de integración de nuestro ordenamiento jurídico: Ley, costumbre y principios generales. Ahora bien, este Derecho Judicial no puede violentar o ir *contra legem*, sino que, en todo caso, debe conformarse a las pautas, caso de existir lagunas en la Ley, que procedan de los principios generales preexistentes al fallo judicial.<sup>32</sup>

31. C. CONDE PUMPIDO TURÓN, *La unificación de la jurisprudencia*, I Jornadas de Estudio del Estatuto de Autonomía del País Vasco, 1983, p. 837.

32. GIMENO SENDRA, *Fundamentos de Derecho Procesal*, Ed. Civitas, 1981, pp. 117-120; L. Díez PICAZO, *La jurisprudencia, El Poder Judicial*, vol. I, Ed. Instituto de Estudios Fiscales, p. 284.

El monopolio ejercido por el TS hasta el momento en la creación de jurisprudencia no ha sido la tradición en España, por cuanto la jurisprudencia era elaborada por todos los órganos judiciales. Se la asimilaba al *usus fori*. Como señala Elizalde y Aymerich,<sup>33</sup> la situación cambió en 1855, y a partir de la Real Cédula de 30 de enero recogida luego en la LECv, evolucionó en una doble dirección.

1. Se identificó doctrina legal con doctrina jurisprudencial, de modo que sólo las doctrinas contenidas en las resoluciones judiciales podían servir de fundamento al recurso de casación.

2. El TS recabó para sí la función de su creación, a través de la repetición y uniformidad lograda con sus resoluciones.

No obstante, esta situación ha variado sustancialmente con la Constitución de 1978 y la creación del Estado complejo de las autonomías, con Entes territoriales dotados de poder ejecutivo y legislativo propio en determinadas materias. De ahí, que en lógica consecuencia y sin que, por un lado, se cercene la reserva en favor del TS para el conocimiento de la casación con ámbito nacional —art. 123 CE—; y por otro, se limite, en su justa medida, la labor jurisprudencial de los TSJ, podemos concluir que ha desaparecido el monopolio del TS.

Ahora bien, ¿cuál es su extensión?, ¿y sus límites? El Anteproyecto de Reforma de la LECv para su adaptación a la LOPJ, partiendo de esta realidad, señala que al art. 1, pfo. 6, deberá añadirse el siguiente párrafo:

«A estos efectos se reputará también jurisprudencia las resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia cuando interpreten o apliquen normas de Derecho civil, foral o especial, propio de la Comunidad Autónoma.»

De dicho enunciado se requiere para que el TSJ pueda elaborar jurisprudencia que:

1. Se trate de resoluciones que de forma reiterada y uniforme conformen doctrina en identidad o fundamental analogía entre sí; y a su vez, que la misma constituya la base de la decisión.

33. ELIZALDE Y AYMERICH, *La jurisprudencia de los Tribunales Superiores: Posibilidades y límites*, *El Poder Judicial*, Ed. Instituto de Estudios Fiscales, 1983, página 1067.

2. Las resoluciones sean dictadas por las Salas Civiles de dichos Tribunales con competencias casacionales, según los EA.

3. Se restringirá el valor en un doble límite:

a) Únicamente tendrá estos efectos la parte de la resolución que interprete o aplique normas de Derecho Civil, Foral o Especial de la Comunidad; y por tanto, quedarán excluidas tanto las materias regladas por Leyes del Estado como las que correspondan a otras autonomías.

b) Sólo podrá alegarse como tal las dictadas dentro de los límites territoriales de la Comunidad. El art. 1.692, 5.º LECv establece como motivo o fundamento de un recurso de casación, la infracción de jurisprudencia que fuere aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate. A estos efectos, la jurisprudencia de los TSJ sólo tendrá valor dentro del ámbito de su Comunidad Autónoma.

Con estas precisiones, pues, se logra el cumplimiento del mandato constitucional recogido en el art. 123 de la CE y se da plenitud a la autonomía política a que aspiran las Autonomías. Sin embargo, otra cuestión se plantea: ¿Qué sucederá con la jurisprudencia del TS dictada al interpretar o aplicar normas de Derecho Civil, Foral o Especial?

Las respuestas congruentes con la doctrina ya mantenida serán:

a) Los TSJ no tendrán monopolio de formación de jurisprudencia sobre el Derecho Civil, Foral o Especial, sino que compartan esta labor con el TS.

b) Mientras la jurisprudencia de los TSJ tiene como límite el del territorio de la Comunidad, la del TS es de carácter nacional, coexistiendo dentro de una Comunidad Autónoma dos jurisprudencias, la elaborada por el TS y la de los TSJ. Esto debe naturalmente entenderse referido siempre a la labor de interpretación del Derecho Civil propio de cada Autonomía, con competencia estatutaria asumida, y a los efectos de fundamentación de un recurso de casación por la vía del art. 1.692.5 LECv.

En conclusión, y a los efectos del art. 1.692.5 LECv, podemos afirmar:

a) Las decisiones del TS en materia de Derecho Civil, Foral o Especial, seguirán teniendo valor de jurisprudencia con ámbito nacional.

b) Las resoluciones de los TSJ en estas materias tendrán igual-

mente valor de jurisprudencia, si bien limitada territorialmente a las Comunidades Autónomas en donde radiquen.

**4. Regulación de la casación civil autonómica en el Anteproyecto de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil**

La articulación de la casación autonómica era y sigue siendo compleja, especialmente si se diversifica entre órganos pertenecientes a la misma organización judicial y con categorías distintas, ya que resulta claro que los TSJ tienen rango inferior al TS. Junto a los problemas técnicos en su desarrollo, surgen otros planteamientos extrajurídicos, de política judicial, señala el Anteproyecto, que radican en el temor de convertir a estos TSJ en órganos estériles o testimoniales, o en dotarlos de excesivos contenidos que vulneren el mandato constitucional contenido en el art. 123 CE.

No obstante, y con respecto a las competencias del TS, como hemos visto, el Anteproyecto opta por una fórmula amplia que logrará, a nuestro entender, conformar unos Tribunales que respondan efectivamente a los espacios judiciales autonómicos creados por la Constitución de 1978 y especialmente, con mayores motivos, respecto a los que asumen competencias casacionales en materia de Derecho Civil, Foral o Especial, propio de la Comunidad Autónoma.

**A) Bases para la articulación de estos recursos en el Anteproyecto de la Ley Procesal Civil**

Con la finalidad de una mejor comprensión de las normas relativas a la casación autonómica, contenida en los arts. 1.686 a 1.729 del Anteproyecto de LECv, debemos primeramente señalar cuáles han sido los criterios tenidos en cuenta para su desarrollo que han sido reproducidos, con ciertos añadidos, en el Anteproyecto de Ley de Planta y Demarcación Judicial de 1987. Estos son:

1. Atracción por el TSJ del recurso de casación, en los casos en que se fundamenta él mismo, conjuntamente en normas de Derecho Civil del Estado y Foral o Especial, si bien, con la limitación de que sus resoluciones sólo tendrán valor de jurisprudencia en los temas relativos al último de los Derechos, y ello por cuanto serán los TSJ quie-

nes mejor pueden conocer y valorar el contenido de la controversia en orden a su propia especialidad.

2. Examen previo por el Tribunal Supremo para el caso de infracción de un precepto constitucional juntamente con otros de Derecho Civil, Foral o Especial, de la norma contenida en la CE. Una vez resuelta ésta, y en caso de denegación del recurso —en este único extremo— por la Sala 1.ª del TS, remisión de las actuaciones al TSJ competente. De igual modo, y para eliminar que se montasen artificialmente recursos infundados con la finalidad de «ganar tiempo», basados en normas constitucionales, si se formula con abuso de derecho o fraude de ley se impondrá una sanción económica de 50.000 a 500.000 pesetas.

3. Por último, se silencian, tanto en la Exposición como en el desarrollo del articulado, las cuestiones de competencia. La fórmula empleada es la creación de un trámite preliminar a la admisión, mediante el cual el Ministerio Fiscal examinará la competencia. Si estimase que no la tiene, lo expondrá por escrito razonado, resolviéndolo el Tribunal, sin posibilidad de ulterior recurso contra su decisión ante otra instancia superior. El sistema, a simple vista, es de gran sencillez. Sin embargo, los riesgos son evidentes, en especial en cuanto a los posible «excesos» de jurisdicción tanto por parte del TS como por los TSJ. En este punto, el Anteproyecto de Ley de Planta nos remite a los autos 81 a 83 LECv, lo cual abre una posible vía de solución para estas cuestiones.

**B) Distribución entre la Sala Primera del Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de los recursos de Casación civiles, según la materia en que se fundamenten**

El art. 1.686 del Anteproyecto es uno de los preceptos claves de la Reforma. Entre los problemas técnicos para la articulación de estos recursos que primariamente se presentaban, era básico la forma de distribuir entre las Salas Civiles de estos Tribunales las competencias civiles casacionales.

Al respecto, no ofrecía duda el que si el motivo alegado era *exclusivamente* por infracción de normas de Derecho Civil del Estado o Civil, Foral o Especial, las competencias debían residenciarse respectivamente en el TS o en los TSJ. Sin embargo, los recursos en que alegasen fundamentos legales de uno y otro Derecho o normas procesales, ¿qué debía hacerse? Dejando la cuestión relativa a los preceptos

adjetivos para su resolución posterior, si los motivos de casación se fundamentan en normas de ambos ordenamientos jurídicos, ¿a quién debe atribuirse la competencia? La cuestión no resulta baladí, pues, normalmente en los casos de infracción de preceptos forales, también se alegan otros de derecho común. Sobre ello, Pardo García<sup>34</sup> apuntaba cuatro tesis:

a) Atribuir la competencia, en todo caso, al TS por el carácter general y atractivo del derecho civil común.

b) No dar solución legislativa al problema, esperando que los Tribunales poco a poco vayan solventando el dilema. Ello pugnaría con la seguridad jurídica y esta ausencia de expreso pronunciamiento legal tendría un costo mucho más grave.

c) Establecer la cuestión más relevante debatida en el pleito para fijar definitivamente en base a ella la competencia, lo cual dejaría en manos de un órgano jurisdiccional una competencia excesivamente indeterminada.

d) Atribuir la competencia a los TSJ, sin que ello suponga menoscabar la del TS por las razones ya apuntadas.

El Anteproyecto citado se inclina por la última de las tesis apuntadas. En este sentido, el propio Ministro de Justicia, señor Ledesma Bartret, en la presentación del Anteproyecto lo justificó señalando que con ello «... se combina adecuadamente las competencias del TS con las de los TSJ, articulando las respectivas esferas normativas y respetando, en todos sus extremos, lo que supone la creación de un Derecho Civil propio de las Comunidades Autónomas...». Así, el art. 1.686<sup>35</sup> establece que las reglas de distribución de competencia son:

«1) Si el recurso se fundamenta en la infracción de un precepto constitucional, la competencia corresponde siempre a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

34. J. B. PARDO GARCÍA, *La casación y revisión civiles ante los Tribunales Superiores de Justicia*, III Jornadas de Derecho Judicial, Madrid, octubre de 1986, páginas 4-5.

35. En el mismo Proyecto se recogen otras dos fórmulas alternativas. En una de ellas se silencia la cuestión relativa a la infracción de CE (ver Anteproyecto, p. 82), y en la otra, elaborada por GONZÁLEZ ALEGRE, se establece la posibilidad de que los TSJ y en razón a los «elementos esenciales del recurso» corresponda su conocimiento al TS.

2) Si el recurso se fundamenta exclusivamente en Derecho común, la competencia corresponde a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

3) Cuando el recurso se fundamenta exclusivamente en Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad, la competencia corresponde a la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia.

4) Cuando el recurso se fundamente conjuntamente en infracción de normas de Derecho Civil Común y Foral o Especial de la Comunidad, la competencia se atribuye siempre a la Sala Civil del Tribunal Superior de la Comunidad Autónoma.»

A nuestro entender, debería de partirse de las siguientes consideraciones para determinar la competencia:

a) *Vulneración de preceptos constitucionales*

El primero de los apartados del art. 1.686 se refiere a la infracción de la CE. Con carácter previo a su examen, debemos señalar que la articulación del ordenamiento jurídico español se realiza en tres niveles: CE, normas del Estado y de las Autonomías. García de Enterría<sup>36</sup> entiende que esta separación no es absoluta, sino que encuentra una articulación «por arriba en la Constitución como *norma normarum* y... superior de todos los ordenamientos presentes en el territorio nacional ... Hoy la unidad del ordenamiento general del Estado (arts. 1.1, 9, 96 y 147.1 CE), hay que buscarla a ese nivel, que comprende y abarca la totalidad del campo de los *dos subsistemas*, el estatal *strictu sensu* y el autonómico...».

En efecto, con ello se está afirmando que la estructura de nuestro ordenamiento no está compuesta por tres «escalones», sino formando un triángulo, en el que la CE se coloca como vértice superior e inspirador de los otros dos, que forman los inferiores, y ello sin perjuicio de las previsiones supletorias del Derecho del Estado respecto al de las Autonomías —art. 5 *in fine* CE—. Por lo tanto, siendo el T. Cons. el supremo intérprete de la Constitución, el TS y los TSJ se deben colocar, en cuanto a dicha materia, en la siguiente posición:

- Si la norma denunciada es «exclusivamente» constitucional, su competencia se deferirá al TS, que igualmente la mantendrá si se

36. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Estudios sobre autonomías territoriales*, Ed. Civitas, páginas 291-293.

denuncia conjuntamente ésta con violación de preceptos de Derecho Civil común.

- Si confluye el precepto constitucional junto a normas de Derecho Civil, Foral o Especial, la competencia debería radicarse en los TSJ.

La disgregación de recursos que utiliza el Anteproyecto, partiendo de la base del art. 5.4 LOPJ, no la creemos acertada. La CE no puede considerarse una norma estatal, *strictu sensu*, sino de toda la Nación como conjunto, y por lo tanto, una reserva para su interpretación al TS restringe su carácter de ordenamiento superior respecto de los otros dos subsistemas, colocando al Derecho de las Autonomías en un escalón inferior al del Estado, cuando la CE inspira de forma idéntica a ambos ordenamientos. Por otra parte, el TS no es el órgano encargado del control constitucional, ya que su competencia está atribuida al Tribunal Constitucional, a quien, en definitiva, hay que acudir como intérprete supremo de la misma.

#### b) *Infracción de normas procesales*

En el art. 1.686 citado, nada menciona cuando el precepto infringido pertenezca a la Ley Adjetiva. Tampoco se prevee esta cuestión en el art. 51.1 del Anteproyecto de Ley de Planta y Demarcación Judicial. En principio, la conclusión primaria es que al hallarse reservada la legislación procesal a la competencia exclusiva del Estado, cualquier vulneración de ésta es competencia del TS, sin perjuicio de la *vis atractiva* de los TSJ en los supuestos en que la misma se articule junto a otros motivos de Derecho Civil, Foral o Especial.

Sin embargo, esta solución no es plenamente satisfactoria. En efecto, si examinamos los diversos y limitados motivos en que puede fundamentarse el recurso de casación, según su actual redacción dada por la Ley 34/84, de 6 de agosto, podemos agruparlos en tres tipos, según la mejor doctrina.<sup>37</sup>

1. Infracción de cualquier ley procesal, ya sea sin limitación —artículo 1.692.1 y 2—, por afectar a la jurisdicción (abuso, exceso o de-

37. SERRA DOMÍNGUEZ, *Comentarios a la reforma de la LECv*, Ed. Tecnos, S.A. (dirigidos por Valentín Cortés), p. 829.

fecto), o al procedimiento (inadecuación o incompetencia), o tenga carácter esencial (vicios de la sentencia), o produzca efectiva indefensión (vicios de los actos y garantías procesales) —art. 1.692.3 LECv.

2. Infracción de normas del ordenamiento jurídico; o sea, ley material, en el que está incluido la CE o cualquiera otra sustantiva.

3. Errónea fijación o apreciación de la prueba, ya sea mediante una equívoca apreciación de las reglas relativas a la prueba —artículo 1.692.4 LECv—, ya se halle ésta desvirtuada por algún documento obrante en el proceso, sin aparecer contradicho por otros elementos probatorios —art. 1.692.4 LECv—.

En cuanto al primer apartado (1), nos parece claro que si el recurso de casación se fundamentase en alguno de los motivos núm. 1, 2 o 3 de la LECv, independientemente de la materia de fondo y únicamente y de forma «exclusiva» se denunciase el mismo, la competencia debe corresponder al TS. En cuanto al segundo (2), será objeto de examen en el siguiente apartado (c).

En cambio, tratándose de error en la apreciación de la prueba, ya sea por la vía de una revisión de los hechos probados a través de documentos no contradichos por otros elementos probatorios, o por errónea apreciación de las reglas sobre la prueba, creemos que la competencia debe seguir residenciada en los TSJ. Al efecto, es criterio mantenido por la doctrina más autorizada<sup>38</sup> que la distinción entre hecho y derecho en la casación debe abandonarse. Como señala Serra Domínguez:<sup>39</sup> «Tanto la declaración sobre los hechos como la declaración del derecho se forman a través de unos mismos juicios históricos...». En consecuencia, la interconexión hechos-derecho para estos casos concretos nos lleva a afirmar que las denuncias de dichos errores, ya sea por la vía del núm. 4 o 5 del art. 1.692 LECv, deberán equipararse a estos efectos, como si de normas de Derecho Civil, Foral o Especial se tratara. Por lo tanto, aunque la legislación procesal sea competencia exclusiva del Estado, no cabe olvidar la distinción entre los diversos motivos del art. 1.692 LECv para atribuir la competencia al TS o a los TSJ.

Para evitar el problema de articular un motivo procesal sin aparente contenido de Derecho Civil autonómico, debería ser de obligada referencia, cuando éste se fundamentase exclusivamente en una errónea

38. Se halla recogida por SERRA DOMÍNGUEZ, *ob. cit.*, p. 843, notas 55 y 56.  
39. *Ibid.*, pp. 843-844.

fijación o apreciación de prueba, cuál sería el derecho sustantivo de aplicación en la segunda sentencia a dictar por el Tribunal competente si se admitiese el recurso, eliminando de esta forma la posible «indefinición» competencial.

c) *Infracción de normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia*

Esta constituye el motivo normalmente utilizado por la gran mayoría de los recursos de casación. Podemos afirmar que solventadas anteriormente la materia relativa al concepto de Derecho Civil, Foral o Especial a los efectos de establecer su repercusión en las competencias de los TSJ y la jurisprudencia que puede ser alegada por la vía del art. 1.692.5 LECv, pocas son las cuestiones que nos restan por examinar. En relación con este tema vamos a plantear dos:

A) Si a través de la sumisión pueden las partes alterar estas competencias, y

B) Si puede alegarse la vulneración de cualquier precepto legal, independientemente de que se hubiera o no citado en los escritos de demanda y contestación.

Por lo que respecta al primer punto, es claro que estando el Derecho Civil, Foral o Especial vinculado al estatuto personal, puede pactarse por las partes el sometimiento a un Tribunal «territorialmente» competente, fuera de la Comunidad Autónoma, pues ello no aparece proscrito por la Ley. Y en estos supuestos, la competencia para conocer del recurso de casación, ya no la tendrá el TSJ de aquella Comunidad si el órgano judicial de instancia no está radicado dentro del territorio de su jurisdicción, siendo ésta del TS. En cambio, lo que no es posible es una sumisión a los efectos de casación al TSJ, cuando, ventilándose el pleito en un órgano de instancia radicado fuera de la

40. F. CORDÓN MORENO, *ob. cit.*, nota 9, admite la posibilidad de que los TSJ asuman la competencia de *vicios in procedendo* cuando se funden en especialidades de su Derecho procesal. Nuestra posición es más amplia, aunque compartimos la tesis de la existencia de una legislación procesal, autonómica, si bien circunscrita a las condiciones previas o presupuestos de la acción y no al «procedimiento», competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.6 CE).

Comunidad, éste se hubiese de interponer ante el TS, al tratarse de competencia «vertical» (funcional) indisponible para la parte.

En relación a las normas alegadas en los respectivos escritos de demanda y contestación en nada vinculan ni prejuzgan las que fundamentan posteriores recursos. Y por lo tanto, podrá alegarse en la casación cualquier norma infringida por la sentencia, siempre que ello no se transforme en una cuestión nueva que al vulnerar los principios de contradicción y bilateralidad no puede plantearse en casación,<sup>40</sup> aunque, y salvo supuestos de fraude legis, la misma es inoperante en el examen de su competencia, previa al de admisión del recurso.

En conclusión, a la redacción del art. 1.686 LECv, podemos objetar que:

1. En el supuesto contemplado de vulneración de precepto constitucional debería añadirse el adverbio «exclusivamente» para que el recurso de casación fuese competencia del TS. En otro caso, deberá estarse a la *vis atractiva* de los TSJ cuando se denuncie conjuntamente con una norma de Derecho Civil, Foral o Especial.

2. En relación a las normas procesales, debería distinguirse entre los supuestos recogidos en los tres primeros párrafos del artículo 1.692 y el 4.º y 5.º. A este respecto se debería establecer en otro apartado que si el recurso se fundase «exclusivamente» en los números 1.º, 2.º y 3.º del art. 1.692 LECv, la competencia será del TS, siguiéndose las pautas generales. En los casos de infracción de normas adjetivas conjuntamente con otras sustantivas, o «exclusivamente» en los números 4.º y 5.º del art. 1.692 LECv, la competencia corresponderá al TS o TSJ, según la materia sustantiva aplicable.

C) *Preparación e interposición del recurso: Los problemas conflictuales*

La *preparación del recurso* tiene por objeto pedir que comience la vía casacional. Con la presentación del escrito ante la Sala de lo Civil de la AT correspondiente, actualmente, y tras la Ley de nueva planta,

41. SS 10-12-1985 (RA 6.431), 16 y 30-5-1986 (RA. 2.729 y 2.835) y 19-7-1985 (RA 4.574), entre otras, rechazando el planteamiento de cuestiones nuevas en la casación.

A. Prov., salvo los casos excepcionales que puedan realizarse ante el órgano de 1.ª Instancia —art. 1.688 LECv—, no se deduce ninguna pretensión sobre el fondo sino que se anuncia la intención de interponerlo ante la Sala competente.

El Tribunal *ad quem*, pues, no examina el motivo de interposición sino únicamente si contra la resolución dictada procede o no el recurso de casación. La distribución de competencias casacionales planteaba el problema de ante qué órgano (TS o TSJ) se debería de emplazar a las partes.

Los arts. 1.694 a 1.696 LECv resuelven dicha cuestión estableciendo que debe ser la parte recurrente quien fije el Tribunal competente, y el órgano judicial que dictó el auto o sentencia se limitará a examinar si «... el escrito cumple los requisitos exigidos y se impugna una resolución susceptible de recurso...». Cuando así fuese, debe tenerlo por preparado y dentro del plazo de 5 días remitir los autos originales y el rollo de apelación a la Sala Civil del TSJ o a la Primera del TS.

No obstante, puede suceder que se interponga recurso de casación por cada una de las partes, y ante Tribunales distintos. A este fin, se señala en el art. 1.696.3 LECv que: «Si se preparan recursos de casación ante ambas Salas se entenderán preparados exclusivamente ante la Sala de lo Civil del TSJ...», en consonancia con la *vis atractiva* de los TSJ, añadiéndose en el Anteproyecto de Ley de Planta —art. 51.1.2— que se tendría por desistido el interpuesto ante el TS. Ello parece razonable siempre que se hubiera regulado un sistema de articulación de las cuestiones de competencia entre los TSJ y TS que pudiese resolverlas adecuadamente, y especialmente para evitar los riesgos de «excesos de jurisdicción» que puedan surgir. Al respecto, ya hemos señalado cómo el Anteproyecto de Ley de Planta apunta la solución al problema expuesto.

Por otra parte, el recurso de queja deberá interponerse para el caso de inadmisión del mismo ante la Sala que se mencione en el escrito de preparación, y si se verifica ante ambas entenderá «... de la queja la Sala de lo Civil del TSJ...», art. 1.698.3.

¿Podrá el órgano de instancia inadmitir el recurso por estimar que el Tribunal Superior (TSJ o TS) mencionado en el escrito de preparación es incompetente? La respuesta es negativa, pues: a) La competencia del TSJ o TS se examina previamente a la admisión de la casación en un trámite preliminar, y no puede ser denunciada de oficio por el Tribunal; b) El órgano *ad quem* sólo comprueba si la resolución es o no susceptible de recurso y concurren los requisitos legales

exigidos,<sup>42</sup> y entre ellos no está comprendida la posibilidad de revisión de la competencia del superior; y c) Antes de la fundamentación y fijación por la recurrente de los motivos en que basa su recurso, no es posible señalar cuál ha de ser el Tribunal competente.

La interposición del recurso deberá realizarse dentro del plazo de 40 días siguientes a la fecha de emplazamiento y se llevará a cabo ante el TSJ o el TS, según el órgano designado por la parte en la preparación del recurso. Puede ocurrir que este último, a pesar de señalarse en la preparación su intención de interponer el recurso ante el TSJ, declare haber lugar, pero emplace ante el TS, o viceversa, ¿debe comparecer la parte ante el Tribunal que hubiera sido emplazada?

Si se aquieta a la resolución, así deberá realizarse. Sin embargo, cabrá la queja por inadmisión del recurso ante el Tribunal que hubiese designado en el escrito de preparación, siendo conveniente que comparezca ante el otro Tribunal, señalando la interposición de la queja, a fin de que no se tenga su derecho por caducado. La falta de regulación de este concreto problema puede en la práctica plantear cuestiones de difícil solución, si bien, en todo caso, debe atenderse al principio de tutela efectiva —art. 24.1 CE—.

Con el escrito de interposición se formaliza la casación, o sea, se concreta y especifican los motivos de impugnación. Su importancia es trascendental no sólo a los efectos de resolver la cuestión de fondo, sino de fijación de competencia en el trámite de admisión, como veremos. De ahí que dicho escrito adquiera una relevancia esencial. La regulación en el Anteproyecto no difiere de la actualmente vigente, tras la reforma introducida por la Ley 34/84, de 6 de agosto, añadiéndose a los vigentes arts. 1.704 y 1.708, «... o Sala de lo Civil del TSJ...», junto a la Sala Primera del TS, y la especificación en el art. 1707 de expresa mención del precepto constitucional denunciado con la finalidad de poner en conexión dicho precepto con el art. 1.686 LECv para establecer la competencia del TS o TSJ, extremo que señalábamos como desacertado.

42. Nótese que en el Anteproyecto (art. 1.694 LEC) suprime el inciso «... con exposición sucinta de la concurrencia de los requisitos exigidos...», como señalaba la doctrina; V. SERRA DOMÍNGUEZ, *Comentarios a la LEC*, Ed. Tecnos, p. 868, con la finalidad de eliminar los máximos formalismos posibles.

D) *Admisión del recurso: Las cuestiones de competencia*

Interpuesto el recurso de casación, se pasarán las actuaciones al Ministerio Fiscal por un plazo de 10 días para que, además de cumplir en lo que fuera pertinente la misión que le incumbe... *se pronuncie sobre la competencia*, la procedencia o improcedencia del recurso o de alguno de sus motivos —art. 1.709.1 LECv—.

Nótese que se arbitra como trámite previo a la admisión una fórmula sencilla de resolver las competencias mal fundamentadas, inquietud que no estuvo ausente en el ánimo de los redactores del Anteproyecto,<sup>43</sup> aunque su solución es sólo aparente, por lo que no se han evitado, como veremos, los graves problemas que pueden ocasionarse.

Al efecto, en los pfs. 2.º al 4.º del art. 1.709 del Anteproyecto, se señala que si hallándose el recurso en el TSJ, el Ministerio Fiscal entendiera por razón de sus motivos (art. 1.686) y según las reglas de competencia, que debe corresponder al TS o viceversa, lo expondrá por escrito razonado y, tras ser oídas las partes, la Sala lo resolverá, sin posibilidad de ulterior recurso —art. 406 del Anteproyecto—. Para el caso de que se estimase la incompetencia, se remitirán las actuaciones, dentro del plazo de 5 días, con emplazamiento de las partes para que comparezcan ante el TS o TSJ en los 10 días siguientes.

Caso de no cuestionarse la competencia, el Ministerio Fiscal evacuará el traslado, a los efectos de su admisión, y devueltas las actuaciones se dará audiencia al recurrido para que por 10 días se pronuncie sobre la misma, pasando seguidamente al Magistrado Ponente —arts. 1.709 *in fine* y 1.710. del Anteproyecto.

En esta regulación, a nuestro entender incompleta, se pueden cuestionar los siguientes extremos, entre otros:

1. Cabe que se denuncie por el TSJ ante el TS una competencia mal formada, o viceversa; o sea, son posibles las cuestiones de competencia positivas.
2. Pueden el TSJ o el TS, tras conocer de la cuestión, reputarse ambos incompetentes; o sea, se pueden plantear las cuestiones de competencia negativas.

43. J. B. PARDO GARCÍA, *La casación y revisiones civiles antes los Tribunales Superiores de Justicia*, III Jornadas de Derecho Judicial, pp. 2 y 8.

3. La parte recurrida podrá denunciar la incompetencia del Tribunal.

La respuesta a estos interrogantes, según la regulación del Anteproyecto, es negativa. En efecto, sólo el M. Fiscal en la fase previa de admisión puede denunciar la competencia, por lo que quedan eliminadas las cuestiones de competencia positivas y la impugnación por la parte recurrida.<sup>44</sup> Y en el caso de que se estimase por el TSJ o el TS su incompetencia para conocer del recurso, como el Ministerio Fiscal no va a denunciar nuevamente la misma, pues ello iría contra el principio de unidad que preside sus actuaciones, el Tribunal al cual se le remitan las actuaciones deberá aceptar la resolución dictada, sin posibilidad de plantear cuestión de competencia negativa alguna. El sistema queda así cerrado y completo.

No obstante, ¿qué sucedería si se fundamentase el recurso por la vía exclusivamente del art. 1.692.1 LEVc y la recurrente solicitase tener por preparado el recurso ante el TSJ, y denunciándose en el trámite previo a la admisión, la competencia por el Ministerio Fiscal, se dictase resolución denegatoria por el TSJ? La conclusión, tanto en éste como en otros posibles supuestos de «exceso» de jurisdicción, no sería otra que acatar la resolución del Tribunal, sin posibilidad de recurso alguno, abriendo una peligrosa «puerta» de consecuencias peligrosas, claramente perceptibles.

Ahora bien, el reseñado art. 51.1.4 del Anteproyecto de Ley de Planta ha producido una notable variación, ya que la remisión a los artículos 52 LOPJ y 81 a 83 LECv, viene a significar:

1. Dejar sentado que el TS es superior jerárquico de los TSJ, incluso en materia de casación.
2. Posibilidad de denunciarse por las partes «excesos de jurisdicción» de los TSJ e incluso ser reclamados los autos por el TS, cuando éstos resuelvan cuestiones que no sean propiamente de Derecho Civil, Foral o Especial, abriendo sobre este punto una vía indirecta de revisión de sus decisiones; sin atentado alguno sobre la atribución de las casaciones autonómicas, en cuanto al fondo del litigio, a los TSJ.<sup>45</sup>

44. Entendemos que el silencio legislativo no permite su denuncia por las partes y la única razón que se nos ocurre para restringir al Ministerio Fiscal, la posibilidad de impugnación de la competencia del Tribunal, es la de evitar precisamente la posibilidad del planteamiento de cuestiones de competencia.

E) *Recursos contra laudos arbitrales*

La posibilidad de interponerse recurso de casación contra los laudos arbitrales planteaba el problema de si cuestionándose o fundamentándose los mismos en Derecho Civil, Foral o Especial, podían deferirse las competencias atribuidas anteriormente al TS a los TSJ. Al respecto, no ofrece duda<sup>45</sup> las competencias de los TSJ en todos aquellos casos en que los EA hubiesen previsto la resolución por los órganos jurisdiccionales radicados en la respectiva Comunidad Autónoma de recursos de Casación «autonómicos», remitiéndonos para su fijación a los preceptos anteriormente señalados para la casación civil, de aplicación también a los laudos por la remisión que el art. 28 de la Ley de 22 de diciembre de 1953 realiza a la LECv.

Es igualmente claro que de no aplicarse normas de Derecho Civil, Foral o Especial en los arbitrajes de equidad, la competencia de los TSJ se restringe a los recursos de casación que se interpongan contra los de derecho.

La nueva regulación de los motivos de casación en que podían fundamentarse los mismos, tras la Ley 34/84, de 6 de agosto, nos despeja la anterior problemática en torno a cuáles de aquellos motivos recogidos en los derogados arts. 1.692 y 1.693 LECv eran aplicables. Actualmente caben, agrupándolos sistemáticamente, los siguientes:<sup>47</sup>

1. Vicios *in procedendo*, ya sea por infracción de garantías procesales ligadas a una posible indefensión, o de las formalidades del laudo arbitral. Dentro de los mismos, también podemos recoger los supuestos establecidos en el art. 1.732.1.º y 2.º LECv (dictarse el laudo fuera del plazo señalado, o de su prórroga y resolución de puntos no sometidos a debate).

2. Error de la prueba basado en documentos que demuestran la equivocación del juzgador y no resulten contradichos por otros ele-

45. No obstante, las perspectivas futuras de las casaciones autonómicas son vistas por algún sector doctrinal de forma pesimista; véase F. CORDÓN MORENO, *ob. cit.*, nota 9, afirmando que «... el recurso de casación foral resulta una institución en gran medida desactivada...».

46. J. DE CASTRO FERNÁNDEZ, *El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña*, I Jornadas sobre la Administración de Justicia en Cataluña, Montserrat, 1983.

47. J. L. VÁZQUEZ SOTELO, *Comentarios a la Reforma de la LECv*, Ed. Tecnos, 1985 (dirigidos por Valentín Cortés), pp. 959 y ss.

mentos probatorios —art. 1.692 núm. 4—. Y también pueden, a los efectos aquí examinados, encuadrarse los de derecho en la valoración de la prueba —art. 1.692.5.º LECv—.

3. Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, que fueran aplicables para resolver las cuestiones objetos de debate.

Siguiendo las tesis anteriormente expuestas para la casación, la competencia de los TSJ debería quedar fijada siempre que, o bien de forma exclusiva se alegasen los motivos recogidos en los núm. 2 y 3 referidos, fundados en normas de Derecho Civil, Foral o Especial, bien cuando éstos lo fueran conjuntamente con otros preceptos sustantivos de Derecho Común del Estado.

Quedarían excluidos los que se basaran en preceptos constitucionales, en la extensión señalada, o lo fueran exclusivamente en los motivos establecidos en el punto 1.º o conjuntamente con los de los extremos 2.º y 3.º con única referencia al Derecho Común del Estado.<sup>48</sup>

Así pues, a la vista de estas anteriores previsiones, el recurso se interpondrá ante la Sala correspondiente, procediéndose, en lo aplicable, conforme a lo expuesto en la casación para la admisión, posible denuncia de competencia y recursos contra las mismas —art. 1.734 LECv—.

48. En el Anteproyecto, al art. 1.739 señala que la atribución de competencias se realizará según las reglas establecidas en los arts. 1.686 y 1.689 LECv.

## **EL PLAZO RAZONABLE COMO DERECHO FUNDAMENTAL EN LOS PROCESOS PENALES POR DELITOS DE ESCASA GRAVEDAD O FLAGRANTES**

**LUCIANO VARELA CASTRO**  
Magistrado-Juez de 1.º Inst. Instruc., n.º 3  
Pontevedra

### **SUMARIO:**

I. Una determinada política criminal y proceso penal. — II. Las Declaraciones Internacionales de Derechos Fundamentales. — III. Los delitos menos graves y flagrantes en el Derecho comparado. — IV. Algunos aspectos del marco normativo español. — V. Propuestas para la reflexión.

### **I. UNA DETERMINADA POLÍTICA CRIMINAL Y PROCESO PENAL**

Con frecuencia —y cada vez me resulta más sugestivo el estudio de concomitancias con otros fenómenos sociales— se produce una enérgica vigorización de la preocupación por la seguridad, reducida a términos de mero orden público. Mecanismos emocionales son activados desde múltiples agencias conformadoras de la opinión pública. No vale la pena extenderse aquí en ello. Pero no parece difícil admitir que en esos estados de opinión —de dubitable espontaneidad y adecuación a la realidad social de la criminalidad no menos discutible— las convicciones sobre el marco de garantías constitucionales sufren un proceso de marchitamiento. Ilustraría no poco un examen comparado de las hemerotecas de la época —por referirnos sólo a períodos posconstitucionales— que vio surgir disposiciones como el Decreto Ley 3/1979

de 26 de enero, denominado significativamente «sobre protección de la seguridad ciudadana»; la ley 16-1980 de 22 de abril, sobre modificación en materia de prisión provisional y las que le sucedieron, en significativa alternancia de criterios, leyes orgánica 7/1983 de 23 de abril y orgánica 10/1984, también conocida por reforma de la reforma. Entre estas dos últimas se sitúa este discurso revelador de una peculiar forma de entender los valores democráticos, acreditativo de lo que venimos diciendo:

«Las acciones delictivas que atentan de modo grave la paz pública, no sólo no se estabilizan sino que aumentan, manifestándose de modo especial en la calle, en establecimientos comerciales y en entidades de crédito. Ante la justificada alarma que producen, se hace preciso dar satisfacción inmediata a un sentimiento de indignación motivado por el hecho no infrecuente de que autores reiterados de aquellas conductas se hallan en libertad tras haber sido detenidos. La conciencia social reclama que muchos de estos delinquentes se mantengan en situación de prisión provisional, con lo que al tiempo que se evitaría la comisión de nuevos delitos, se mantendría el equilibrio de una ética popular (¿?) fundada sobre el *consensus* general que solicita una mayor energía para quienes contribuyen de modo tan directo al deterioro progresivo de la seguridad ciudadana».<sup>1</sup>

Lejos de compartir la confianza en la funcionalidad de esos mecanismos para reducir las cifras de la criminalidad, podemos decir con Ferrajoli que, también en nuestro contexto cultural y político, «el arbitrio judicial y policial, producido por la crisis contemporánea de las garantías penales y procesales, hacen incierto y problemático el balance de los costos y de los beneficios del derecho penal, como también su justificación».<sup>2</sup>

No obstante, parece que sólo ese deseo de saciar las supuestas ansias represivas de la colectividad es lo que subyace en las reformas procesales introducidas en nuestro ordenamiento —en nada feliz ruptura con los criterios de la vieja y liberal Ley de enjuiciar— para el tratamiento de las infracciones criminales menos graves. Aun cuando no se ahorran coartadas, pretendidamente técnicas, cuando no cínicamente

1. Circular de la Fiscalía General del Estado de 29 de febrero de 1984 sobre «momentos en que procede decretar la libertad con fianza para los delitos comprendidos en el art. 503.2.º de la LECrim.»

2. Luigi FERRAJOLI, *El Derecho penal mínimo*, en *Poder y Control*, 1986-0, Barcelona.

reivindicadoras de mayor garantismo. Así las correspondientes circulares de la Fiscalía del Tribunal Supremo proclamaban que el procedimiento introducido en la ley 3/1967 de 8 de abril

«persigue la finalidad de conseguir un rápido enjuiciamiento de los delitos de menor entidad... y proporciona mayor seguridad jurídica... por buscar la ejemplaridad, mediante una sanción rápida y eficaz...».<sup>3</sup>

y, en relación con el procedimiento de la ley orgánica 10/1980 de 11 de noviembre, que

«... tiene su causa en la necesidad de dar una mayor celeridad al enjuiciamiento de las conductas antijurídicas situadas en primera línea de la progresión delictiva. En él y en aras de una justicia inmediata y efectiva... se traslada, en buena medida, el centro de gravedad de la investigación judicial estricta a la investigación policial...».<sup>4, 5</sup>

Asistimos en estos momentos a un reverdecimiento de los fervores efficientistas que, sin inflexiones en ese discurso represivo, demandadas por exigencias constitucionales de garantía en los instrumentos procesales y en las estructuras judiciales, se aprestan a dar cumplida respuesta a las demandas de seguridad. No falta en las estrategias propuestas el argumento del derecho constitucional a un «proceso sin dilaciones indebidas», eludiéndose con la protesta del carácter meramente técnico y neutral de la actuación jurisdiccional reflexiones sobre funcionalidad de aquélla al servicio de una determinada política criminal.<sup>6</sup>

3. Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo 5/1967, de 1 de diciembre, sobre Caracteres principales del procedimiento de urgencia de la Ley de 8 de abril de 1967.

4. *Id.*, 4/1980, sobre Aplicación de la LO 10/1980, de 11 de noviembre, de Enjuiciamiento oral de los delitos dolosos, menos graves y flagrantes.

5. Sobre el reflejo de esta postura de política criminal en el ámbito del proceso puede consultarse *Política criminal y Constitución*, de Claudio MOVILLA, en *Justicia y delito*, libro colectivo con la comp. a cargo de Ventura Pérez Mariño, editado por la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo, Madrid, 1982.

6. Con el riesgo de que el juez venga a desempeñar una función de *suplencia regresiva*, «a contener coactivamente dentro de los límites de lo tolerable las consecuencias de lo que no se hace en las instancias del sistema primariamente encargadas de prevenir o evitar, removiendo sus antecedentes conocidos, mucho que lo que ulteriormente termina por ser injustamente criminalizado» (Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ, *Justicia eficaz: qué eficacia para qué justicia*, Sistema, marzo de 1983, pp. 107 y ss.).

No parece oportuno prescindir en la reflexión de los diversos matices que presenta la cuestión cronológica en el proceso. Así, el dramatismo con que la demora en el proceso afecta al imputado detenido está bien ausente en el que se encuentra en libertad, no pocas veces interesado en retrasar el cumplimiento de la pena. En estos casos no es uno de los derechos humanos del individuo lo que estará en peligro. Ha de reconocerse que ahí se sirve al derecho de la comunidad a un proceso rápido en el marco de la defensa social y restablecimiento de la ley. Tampoco puede olvidarse el derecho de la víctima del delito. Pero cuando es ésta la finalidad ha de ponderarse este valor con el de sacrificio de garantías procesales.

En las líneas que siguen se trata de formular unas propuestas para la reflexión que permitan dilucidar sin nuestro marco procesal y orgánico permite compatibilizar esos objetivos pretendidamente eficientistas con exigencias constitucionales.

## II. LAS DECLARACIONES INTERNACIONALES DE DERECHOS FUNDAMENTALES

La preocupación por el tiempo en el proceso es de aparición posterior a otras garantías jurisdiccionales. Así, aquélla no está presente ni en la Declaración francesa de Derechos del Hombre y del ciudadano de 1789 ni en la Declaración Universal de Derechos Humanos proclamada por la Asamblea de la ONU en 1948, que sí recoge el derecho al tribunal «independiente e imparcial».

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se establece ya que

«toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal... tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad» (art. 9.3.),

y reitera

«... durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: ... c) a ser juzgada sin dilaciones indebidas...» (art. 13.3.).

En el concreto ámbito europeo la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales establece

«toda persona detenida preventivamente o internada en las condiciones previstas en el párrafo 1,C) del presente artículo deberá... tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento» (art. 5.3.).

En el art. 6 establece asimismo que

«toda persona tiene derecho a que su causa sea oída... dentro de un plazo razonable...».

En el elenco de derechos mínimos del acusado no reitera la previsión del Pacto contraria a las «dilaciones indebidas».<sup>7</sup>

Aun cuando la razonabilidad del plazo no tiene por qué referirse solamente a un límite máximo de la duración del proceso —como parcialmente recoge el art. 24 de nuestra Constitución, que solamente habla de «dilaciones indebidas»—, no puede olvidarse que esos textos recogen otro derecho mínimo:

«a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa» [Pacto, art. 14.3. b)]

y

«a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa» [Convención europea, art. 6.3.b)].

A lo que ha de añadirse otros derechos cuya ejecución implica gastos de tiempo poco compatibles con premuras punitivas: ser informado... interrogar y hacer interrogar a testigos...

Es cierto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido emplazado casi exclusivamente con ocasión de denuncias por dilaciones excesivas más que por premuras indebidas. Pero esta preocupación no le ha sido ajena: así, en el caso *Albert y Le Compte* (sentencia de 10 de febrero de 1983) algunos han querido ver la razón de esta sensibilidad por el elemento cronológico del juicio en la probable adopción de un modelo de derivación británica.<sup>8</sup>

7. Tales preceptos vienen a consagrar, en la opinión de José Vicente Gimeno Sendra, el «principio de aceleración del procedimiento» (*Beschleunigungsprinzip*), objeto de atención especial por la doctrina y el Derecho comparado en los últimos tiempos (*Los derechos de acción penal al juez legal y de defensa*, en *Comentarios a la Legislación penal*, EDERSA, 1982, p. 182).

8. Mario GARAVELLI, *Il diritto ad un processo rapido*, en *Giustizia e Costituzione*, n.º 2-3, abril-septiembre de 1982, p. 66. José María MORENILLA RODRÍGUEZ

La Asociación Internacional de Derecho Penal «teniendo en consideración las convenciones y los pactos internacionales y regionales concernientes a los derechos humanos» adoptó diversas resoluciones sobre los derechos humanos en el proceso penal, en la reunión de Hamburgo de 1979, y, entre ellas, la de que «el proceso penal debe ser llevado rápidamente» pero, advirtiendo, «sin entorpecer, no obstante, a la defensa en su derecho a preparar el proceso».

De ese pronunciamiento de la Asociación Internacional de Derecho Penal parece oportuno recordar las propuestas que, precisamente en el mismo apartado relativo a la rapidez (mejor brevedad) del proceso, formula seguidamente:

- a) Debe disponerse de las estructuras adecuadas, instituciones, recursos y personal, con vistas a un funcionamiento eficaz de la justicia penal.
- b) Los plazos deben ser fijados para cada etapa del procedimiento.
- c) Debe ser posible desglosar los casos complejos con numerosos acusados por varias acusaciones; esta posibilidad se utilizará cada vez que parezca razonable.
- d) Deberán continuar los esfuerzos tendentes a la discriminación.
- e) Deben instituirse procedimientos diferentes para casos de diferente gravedad.
- f) Debe facilitarse la ayuda mutua en materia penal.
- g) Deben tomarse medidas administrativas o disciplinarias contra funcionarios públicos que, intencionadamente o por negligencia, provoquen retrasos injustificados en cualquier fase del proceso.
- h) Las víctimas de la lentitud de la justicia tienen derecho a pedir una indemnización.
- i) Con vistas a mejorar la economía de la justicia y eficacia del

cita entre *Los derechos del acusado en el sistema legal norteamericano* (*Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1977, p. 633) el derecho a un juicio rápido y público, conforme a la Enmienda VI a la Constitución USA. Y advierte que no pasa de ser un mero *desideratum* legal que tropieza en la práctica con las dificultades derivadas de la organización judicial y de la selección de los jurados.

Una manifestación del descontento producido por esta situación puede observarse en *El precio de la Justicia perfecta*, de Macklin FLEMING, editado por Edamex, México, 1983. Aunque no puedan compartirse las propuestas alternativas del autor.

funcionamiento de la justicia penal deben realizarse investigaciones teóricas y prácticas.

Pero son también importantes manifestaciones:

«La defensa tiene derecho a una auténtica igualdad dentro del proceso y recibirá los medios necesarios para impugnar las pruebas aportadas por la acusación o aducir sus propias pruebas.

Nadie puede ser condenado sobre la sola base de una confesión».<sup>9</sup>

Por su parte, la reunión de expertos convocados por las Naciones Unidas en Reno-Nevada los días 23 a 27 de mayo de 1977 estableció los principios guía sobre una rápida y justa terminación del proceso penal<sup>10</sup> aunque limitados a la fase del proceso precedente a la del juicio.

Allí se propone que el juicio, una vez iniciado, debe ser terminado en el tiempo más breve posible, y que debe iniciarse el proceso antes de los 90 días, a contar desde que exista una imputación formal, ya porque hubo arresto, ya porque hubo un mandato de comparecencia, prolongable, a petición del imputado, o de la acusación, hasta 180 días.

Pero también advierten que, precisamente para evitar violaciones de derechos humanos en la administración de justicia, a consecuencia de la escasez de recursos presupuestarios, cada gobierno deberá asegurar lo necesario, teniendo en cuenta las exigencias de la justicia penal, al tiempo de la planificación nacional y de la distribución de recursos entre los diversos sectores de la actividad social.

También conviene recordar sus advertencias en relación con la renunciabilidad del derecho a preparar la defensa, que se supedita al pleno convencimiento de que el imputado actúa voluntariamente y suficientemente informado sobre sus derechos y sobre las consecuencias de aquella renuncia.

### III. LOS DELITOS MENOS GRAVES Y FLAGRANTES EN EL DERECHO COMPARADO

El examen del Derecho Comparado permite distinguir en primer lugar la diferencia de tratamiento conferido en lo procesal a las in-

9. *Anuario de Derecho penal*, 1980, pp. 697 y ss., que recoge la traducción de la versión francesa efectuada por Clotilde Romero Sirvent.

10. Puede consultarse al respecto *Giustizia e Costituzione*, n.º 2-3, abril-septiembre de 1982, pp. 27 y ss.

fracciones penales por razón de su mínima entidad, por un lado, y por razón de la constancia de su perpetración y autoría, por otro.

Por razón de la nimiedad de la infracción se arbitran dos tipos de respuestas. En una primera, la vigencia del principio de oportunidad permite consecuencias positivas, no sólo en términos de racional política criminal, sino de descongestión de las estructuras judiciales.

Es el caso del art. 280 del recentísimo Código de Proceso Penal portugués «Se o processo for por crime relativamente ao qual se encontre expressamente prevista na lei penal a possibilidade de dispensa ou de insençao da pena, o Ministério Público, com a concordancia do juiz de instrução, pode decidir-se pelo arquivamento de processo, se verificarem os presupostos daquela dispensa ou insençao.»<sup>11</sup>

En Alemania, el parágrafo 153 de la StPO establece la posibilidad de que el Ministerio Fiscal, si concurren los supuestos bajo los cuales el Tribunal podría prescindir de la pena, se abstenga del ejercicio de la acción pública, con la aprobación del Tribunal que sería competente para la vista principal.

Aún más, «si la acción hubiera sido ya ejercitada, podrá el Tribunal archivar el proceso, hasta el comienzo de la vista, con la aprobación de la Fiscalía y del imputado».<sup>12</sup>

Rige también el principio de oportunidad en casos relativamente irrelevantes cuando carezca de importancia la consecuencia jurídica a imponer al lado de la ya impuesta (arts. 154 ap. (1) Nr 1 y 154 a StPO) y cuando se dé el arrepentimiento activo (Parágrafo 153 StPO).<sup>13</sup>

No encontramos esa posibilidad en el Derecho Italiano ni en la reciente delegación al Gobierno para la promulgación del Código de procedura penale (enero de 1980).

En el derecho francés rige en alguna medida la regla de *l'opportunité des poursuites* que permite al procurador de la República «le classement sans suite».<sup>14</sup>

Pero la escasa entidad de determinadas infracciones penales tiene

11. Aprobado por Decreto-Lei 78/1987, de 17 de febreiro, que entra en vigor el 1 de junio de 1987.

12. *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, de Juan Luis GÓMEZ COLOMER, Bosch, Barcelona, 1985, p. 47.

13. *Ibid.*, p. 334.

14. Sobre las suspicacias originadas por este principio puede consultarse M. IMBERT CARETTA, *Le noeud gordien de L'opportunité des poursuites*, en la revista *Justice* de noviembre de 1983, p. 32. Ahí se califica este principio de «*pietre d'achoppement du statut du parquet*».

también otra traducción procesal de importancia al dar lugar a un tipo específico de procedimiento conocido por monitorio.<sup>15</sup>

En el derecho portugués se recoge esta posibilidad bajo la denominación de *processo sumarissimo*. Pero sólo para casos que, aun teniendo prevista pena posible no superior a seis meses, incluso con multa añadida, la pena a aplicar sea sólo de multa. El Ministerio Fiscal propone un «requerimento» en el que, además de describir los hechos, señala la prueba existente y sus razones para no solicitar pena de prisión. Si el Tribunal no entiende que a pesar de ello procede el trámite ordinario, cita al «arguido» para que, acompañado de su defensor, si lo desea, comparezca y manifieste si acepta las sanciones propuestas. Si acepta recae «despacho de concordancia» que equivale a sentencia. Si no acepta, se sigue el trámite correspondiente (arts. 392 y ss., del nuevo código procesal).

En el derecho alemán se prevé el «proceso por orden penal».<sup>16</sup> Se admite para delitos que tengan señalada pena privativa de libertad mínima inferior a un año, pero siempre que en el caso no se imponga pena distinta de la pecuniaria. No hay necesidad de audiencia del acusado. Sin necesidad tampoco de auto de apertura y de vista principal, ante la solicitud del Ministerio Fiscal, el Juez de lo Penal o el Presidente del Tribunal de Escabinos, promulga la orden que es notificada por escrito al acusado. Si no se recurre contra la orden es directamente ejecutable.

El derecho italiano recoge el llamado «procedimiento por decreto». El pretor, sin fase de *dibattimento*, si entiende que sólo procede la pena pecuniaria, aun cuando el delito pueda tener prevista la posibilidad de pena privativa de libertad, pronuncia el decreto, que se notifica al imputado. Si éste no formaliza oposición, es ejecutivo. Si la formaliza, es citado a una audiencia en la que, si comparece, se procede a la fase de *dibattimento* en la forma ordinaria. Si no comparece, el pretor ordena en sentencia la ejecución del decreto.<sup>17</sup>

De estos supuestos es de destacar su aplicabilidad sólo en caso de penas ínfimas, de gravedad ciertamente distante a la de las penas previstas en nuestros procedimientos de urgencia y para delitos dolosos

15. Puede consultarse una amplia exposición en Salvador DOMÍNGUEZ MARTÍN, *El procedimiento monitorio*, en *Cuadernos de Documentación*, n.º 17 de los editados por el Instituto Nacional de Prospectiva, Madrid, 1980.

16. *El proceso penal alemán...*, de GÓMEZ COLOMER, cit., p. 217.

17. *Manuale di Diritto Processuale Penale*, de Giovanni LEONE, Jovene Editore, Nápoles, 1978, p. 557.

menos graves y flagrantes. Aun así han suscitado críticas doctrinales<sup>18</sup> o la provocación de frecuentes denuncias de prácticas ilegales.<sup>19</sup>

En la ya citada delegación al gobierno italiano para la promulgación del código de procedimiento penal se insiste en «la previsión de la más amplia garantía para la defensa en la fase de oposición».<sup>20</sup>

Por último, en los casos en que la culpabilidad se muestra a los ojos de los agentes procesales con una pretendida evidencia, se recurre a procedimientos cuya característica fundamental es la práctica eliminación de la fase de instrucción. En ellos se llega a permitir, en frase de Roxin,<sup>21</sup> que «al delito le siga, pisándole los talones, la sentencia». Históricamente la flagrancia implicaba un aumento en la repulsa social (eufemismo moderno que sustituye la vieja expresión ansia de venganza mayor) y la «lógica» exacerbación de la pena. El avance cultural —no siempre linealmente en aumento con el paso de los años— permite el abandono del recrudescimiento en la pena, para tomar el sendero de la abreviación procesal.

Así, en el derecho alemán el parágrafo 212 de la StPO abre la posibilidad al procedimiento «acelerado». Este procedimiento no permite la imposición de penas superiores a un año de privación de libertad. Es el Fiscal quien interesa su seguimiento. Pero el Tribunal —Juez de lo Penal o Tribunal de Escabinos— valorará la pertinencia. Si accede, la vista principal «se llevará a cabo de inmediato o se fijará en un corto plazo». Al acusado sólo se le citará si no comparece voluntariamente o no fue conducido ya coactivamente ante el Tribunal. En caso de citación ésta se produce para dentro de las 24 horas siguientes.

En el novísimo Código de proceso penal portugués el *processo sumario* tiene lugar si concurre el doble requisito de la existencia de detenido por delito flagrante y pena no superior a tres años. La audiencia ha de iniciarse en plazo máximo en principio de 48 horas, aunque excepcionalmente cabe aplazarla cinco días: si lo pide el denunciado, o si el Tribunal considera necesario la práctica de diligencias de pruebas esenciales. También aquí el Tribunal, en cualquier momento, puede decidir la continuación en forma ordinaria, no sólo cuando considere inadmisibles el procedimiento abreviado sino cuando lo estime in-

conveniente. Así, por razón de la complejidad o por necesidad de diligencias que exijan plazo superior a cinco días.

En el Derecho italiano se prevé la fórmula del llamado *procedimiento direttissimo*. En la expresión de Giovanni Leone supone la supresión de la fase instructora y constituye la expresión más típica del proceso de carácter acusatorio. Los supuestos de aplicación corresponden a la detención en delito flagrante o a consecuencia de mandato de detención emitido dentro de los treinta días siguientes a la comisión del delito. Amén de otros supuestos previstos en leyes especiales. Salvo en este último caso, el juicio ha de celebrarse dentro de los diez días siguientes a la detención. Es de destacar la previsión en orden a proteger el derecho a la defensa de que se conceda por el juez al acusado, si lo reputa necesario, un plazo de hasta cinco días para preparar la defensa (art. 503 del *Codice de procedura penale*). No menos importante (art. 504 *ibidem*) la posibilidad de que el juzgador remita, incluso terminado el juicio oral (*dibattimento*) a la instrucción ordinaria y, en consecuencia, ordene la libertad del detenido, salvo si la ley autoriza el *mandato di cattura*.

#### IV. ALGUNOS ASPECTOS DEL MARCO NORMATIVO ESPAÑOL

En el marco constitucional ya dejamos dicho que el componente cronológico sólo es referido en el art. 24 de la CE en relación con el límite máximo del proceso. El límite mínimo sólo viene indirectamente condicionado por las demás garantías establecidas en aquel fundamental precepto.

En la interpretación de qué haya de entenderse por plazo razonable nuestro T.C. ha recibido los criterios del TEDH y con ellos del triple referente de: la complejidad del asunto, el comportamiento de litigantes y autoridades y las consecuencias que del litigio presuntamente demorado se siguen para las partes (sentencia n.º 5/1985 de 23 de enero) y del TEDH Casos Guincho de 10 de julio de 1984 y Corigliano de 10 de diciembre de 1982.

La preocupación por la profundización en los derechos de defensa en el proceso penal alcanzó al legislador ordinario incluso antes de su ratificación por el constituyente. Así la importante ley 53/1978 de cuatro de diciembre. Víctor Moreno elogia en relación con ella el adelantamiento de la viabilidad de la defensa técnica al momento mismo en que surge una imputación, y que califica de mutación en el sistema

18. *El proceso penal alemán...*, cit., p. 218.

19. *Manuale di Diritto processuale...*, cit., p. 559.

20. El texto puede consultarse en Quaderni (2-3) del Centro de Documentazione Mario Barone, mayo de 1981 (punto 36), p. 121.

21. *El proceso penal alemán...*, cit., p. 214.

de la vieja L. de E. Cr. al traer a esa fase inicial del proceso los principios de publicidad, igualdad y contradicción.<sup>22</sup>

Sin embargo, la práctica diaria no parece alcanzar los objetivos que el legislador sugería en esa reforma. Comparto la crítica que Víctor Moreno formula al criterio cicatero del Ministerio Fiscal en la Circular 8/1978 sobre aplicación de la citada ley.

La especificidad de algunas manifestaciones delictivas ha llevado al legislador en algunas ocasiones a la pretensión de fijar plazos límite para la terminación de los procesos. La absurda pretensión de procurar ese objetivo exclusivamente desde las páginas del BOE, permaneciendo inalteradas las dotaciones presupuestarias, ha llevado el mandato legal a los espacios, tan poco compatibles con el Estado de Derecho, de la más absoluta falta de vigencia real. Así, en los supuestos previstos en la ley 62/1978 de 26 de diciembre de 1978, sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, en que señaló para los procesos penales seguidos por delitos que lesionan aquellos derechos, en que ordenaba que la tramitación —desde el inicio hasta sentencia— no rebasase los 60 o 45 días, según los casos. La ley orgánica 9/1984 de 26 de diciembre, llamada antiterrorista, también ordena un plazo máximo, aunque más modesto, para la duración del procedimiento, desde el auto de procesamiento hasta la vista del juicio oral, de 90 días. Precepto de vigencia temporal superior a los dos años y de derogación anunciada, pero no consumada.

Igual pretensión había tenido el legislador de 1882, al señalar el plazo del art. 324-1.º. La experiencia no fue suficiente para avisar al de nuestros días.

El fracaso del procedimiento de urgencia introducido por la ley 3/1967 de 8 de abril —que introdujo la dualidad de competencias, de instrucción y conocimiento, en el juez— en relación con los delitos de menor entidad, la presión que supuso el rápido incremento de la población reclusa, en situación de prisión preventiva, fruto de la reforma en la materia llevada a cabo por ley 16/1980 de 22 de abril, y la ya antes aludida demanda social en relación con estas infracciones criminales de escasa entidad, provocaron la búsqueda de un nuevo tipo de proceso. Así se promulgó la ley 10/1980 de 11 de noviembre que dio

22. Víctor MORENO, *La defensa en el proceso penal*, en *Quadernos Civitas*, Madrid, 1982, pp. 46 y ss.

23. *Ibid.*, cap. 9. También resulta de ilustrativa consulta el trabajo de Gonzalo MARTÍNEZ FRESNEDA, *Las garantías de la defensa en los juicios penales*, en *Justicia y delito*, cit.

lugar al denominado «juez del mazo» en significativa expresión asumida por el ministro del ramo<sup>24</sup> que secundó la práctica forense.

Las críticas que ya había sugerido en la mejor doctrina la ley 8/1967 sobre procedimiento de urgencia ante los Juzgados de Instrucción, no sólo no se pueden eludir en esta ley sino que se acrecientan. A las acusaciones de lesiones de principios esenciales del enjuiciamiento criminal, de ya profundo arraigo en el proceso penal, venía a añadirse —amén de otras reprobaciones de orden técnico— la de la excesiva primacía del Ministerio Fiscal, convertido en dueño del proceso. Tales reproches bien glosados por Pedraz Penalva<sup>25</sup> no se desautorizan en la nueva ley, viéndose incrementados con otros: protagonismo hegemónico de los órganos policiales a quienes se confía la actividad instructora, sin intervención del Ministerio Fiscal —reducido a receptor de «copias» de diligencias— y con un distanciamiento del órgano jurisdiccional —que, sin embargo, no se desvincula— el cual luego ha de resolver sin más datos que los que le selecciona, con arreglo a criterios de hecho no controlables, la administración policial. A mayor abundamiento, esta nueva caracterización de la fase instructora, lejos de reduplicar el control jurisdiccional en el momento decisivo de la apertura o no de la fase de juicio oral, sujeta al Juzgador —entonces aún mero aparente Instructor— a las peticiones vinculantes, no ya del Ministerio Fiscal, sino incluso de la acusación particular. No menos criticable ha sido la decisión de someter a este procedimiento —por atender al criterio inaceptable de la entidad de la pena— delitos que, pese a la escasa gravedad de ésta, ofrecen ardua dificultad investigadora (como es el caso de algunas estafas, alzamientos de bienes cometidos por no comerciantes, etc.). Defecto tanto más acuciante cuanto que no se admite la posibilidad de reconducción al proceso ordinario cuando esas dificultades aconsejan una instrucción más minuciosa.

A todo ello ha de añadirse que el mantenimiento de las soluciones «salvadoras» en el plano normativo ha venido a contrastarse con una

24. Manuel ORTELLS RAMOS, *El proceso penal de la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre*, en *Justicia* 84, IV.

25. Ernesto PEDRAZ PENALVA, *En torno al procedimiento de urgencia: Especial consideración del atribuido a los Juzgados de Instrucción*, en *Rev. de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1980, p. 506. También puede consultarse Mariano FERNÁNDEZ BERMEJO, *¿Es urgente la reforma del Enjuiciamiento Criminal?*, en revista *Poder judicial*, n.º 4, septiembre de 1982, p. 73, y Joaquín LLOBEL, *El proceso por delitos dolosos, menos graves y flagrantes, regulado en la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre*, en *La Ley*, vol. 2, 1981, p. 866.

tozuda realidad que el ingenio legiferante —sin duda rentable en el espacio del discurso político— no se revela capaz de transformar. Su descripción resulta tan tópica que una elemental pereza impide reiterarla.

## V. PROPUESTAS PARA LA REFLEXIÓN

1.<sup>a</sup> Parece conveniente empezar recordando la Declaración del sexto congreso de las Naciones Unidas sobre «Prevención del delito y Tratamiento del delincuente»<sup>26</sup> cuando dice:

«Que el éxito de los sistemas de justicia penal y de las estrategias para la prevención del delito, especialmente el aumento de nuevas y sofisticadas formas de delincuencia y las dificultades que enfrenta la administración de justicia penal, depende ante todo de los progresos que se realicen en el mundo para mejorar las condiciones sociales y para elevar el nivel de calidad de vida. De esta manera resulta indispensable revisar las estrategias tradicionales para combatir el delito basadas exclusivamente en criterios jurídicos.

Que la política criminal y el sistema de administración de justicia deben basarse en los principios que garanticen... la efectividad del derecho de defensa, la existencia de órganos judiciales adecuados para administrar justicia rápida y equitativa...»<sup>27</sup>

2.<sup>a</sup> El proceso penal no puede estar exclusivamente orientado a la mera constatación de las circunstancias del acto, previamente acotadas como las únicas jurídicamente relevantes en el tipo penal. La estructura de aquél debe permitir la indagación de las circunstancias personales y sociales del autor de consideración obligada conforme a concretas disposiciones legales (art. 61, 4.<sup>a</sup> C.P.). «El juez penal no puede

26. El VI Congreso de la ONU sobre Prevención del delito y tratamiento del delincuente se reunió en Caracas los días 25 de agosto a 5 de septiembre de 1980. La Declaración puede ser examinada en *Documentación Jurídica*, n.º 29-32, correspondiente a enero-diciembre de 1981, donde se recoge el informe de José María MORENILLA RODRÍGUEZ.

27. Una propuesta de política criminal alternativa puede leerse en *Política social y política criminal*, por Ángel DE SOL DUEÑAS, en *El pensamiento criminológico II. Estado y control*, Col. homo sociologicus, edit. por Ed. Península, Barcelona, 1983, pp. 245 y ss.

estar por entero ligado al precepto legal, ha de considerar humanamente el girón de vida que ante él se presenta».<sup>28, 29</sup>

3.<sup>a</sup> Constituye un grave quebranto de elementales garantías la atribución al mismo órgano judicial de las facultades decisivas tanto en la instrucción como en la decisión de apertura del juicio como, incluso, para el fallo. Cambacérés, refiriéndose a los poderes de *poursuite et d'instruction* afirmaba que «todos los ciudadanos temblarían si el mismo hombre tuviese esos dos poderes». El caso de Cubber ha dado ocasión al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencia de 26 de octubre de 1984) que tal posibilidad es incompatible con las exigencias de imparcialidad establecidas en el art. 6.1. de la Convención Europea. También parece oportuna la cita del caso Piersack (sentencia de 1 de octubre de 1982) aunque en éste era un componente del Ministerio Fiscal quien había venido a integrarse en el órgano judicial del fallo, pero pese a la protesta de que no había tenido participación efectiva en la instrucción.<sup>30</sup>

Esta objeción no se salva por la pretendida eliminación de instrucción en el proceso de la ley 10/1980. A la intervención del juez en la fase previa al juicio se une aquí la agravante de su posible «delegación» en la actividad policial, cuyos resultados viene a ratificar el juez que no dispone de otros elementos de juicio, con garantía jurisdiccional, para adoptar resoluciones tan graves como la de decidir la apertura o no de la fase de juicio oral.

28. Agustín FERNÁNDEZ ALBOR, *Algunas observaciones sobre el arbitrio de los jueces penales*, en *Homenaje dedicado al P. Julián Pereda*, Univ. Deusto, Bilbao, 1965, p. 380. Citado en el trabajo de BERISTAIN, *Un derecho fundamental de la persona todavía no suficientemente reconocido: el derecho al perdón*, en *Estudios penales y criminológicos*, X, de la Univ. de Santiago de Compostela, del que interesa a este respecto el capítulo dedicado a individualización judicial y procesal.

29. La ya citada delegación al gobierno italiano para la promulgación de un nuevo código de procedimiento penal establece en su punto 9: «effectivo giudizio sulla personalità dell'imputato ed acquisizione, in ogni stato e grado del giudizio di merito e in contraddittorio, di elementi che consentano una cospicua conoscenza del soggetto, con esclusione di informazioni generiche e di voci correnti...»

30. Jacobo LÓPEZ BORJA DE QUIROGA, *El principio el que instruye no debe juzgar desde un punto de vista axiológico*, en *Poder Judicial*, n.º 4, 1982. También, recientemente, *Notas sobre la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de octubre de 1984 (De cubber)*, en la misma revista *Poder Judicial*, 2.<sup>a</sup> época, n.º 4, diciembre de 1986.

4.ª Resulta inaplazable una reconsideración del rol del Ministerio Fiscal en el proceso penal, pero con el condicionante inexcusable de la coetaneidad de esa revisión con la de su estatuto.<sup>31</sup>

5.ª Carece de justificación el mantenimiento de la actual pluralidad de procesos para el enjuiciamiento de infracciones penales menos graves. Es necesario un proceso abreviado que permita, en un plazo razonable, el enjuiciamiento de aquéllas, pero en el que han de respetarse las siguientes condiciones:

- a) Que la aplicabilidad no esté tanto en función de la supuesta niñed de la pena cuanto de la probabilidad de realidad en la imputación.
- b) Que ese juicio de probabilidad sea emitido por un órgano jurisdiccional distinto del que ha de dictar el fallo, y en base a un material instructorio no meramente policial, proclamándose expresamente la insuficiencia de la confesión del denunciado a tal efecto.
- c) Que permita al denunciado la disposición de un tiempo suficiente para la preparación de la adecuada defensa. Muy especialmente han de arbitrarse cauces procesales que garanticen la efectiva asistencia de Letrado. Resulta especialmente preocupante el distanciamiento tantas veces apreciable entre el papel de la defensa de oficio y el que debería corresponder al oficio de defensa. Inexplicable resulta, por otra parte, la dualidad de descripciones de abogado de oficio para los momentos de asistencia en la detención y en el juicio.
- d) El derecho de defensa comprenderá el pleno acceso del denunciado al material recogido en la investigación policial con tiempo suficiente para su adecuado conocimiento en función de la defensa.
- e) Ha de permitirse, en todo caso, que el desvanecimiento de la certeza sobre la probabilidad de culpabilidad acarree la decisión jurisdiccional de remisión al proceso ordinario.
- f) En los supuestos en que el acusado se encuentre en situación de prisión provisional, debe establecerse un plazo máximo para

31. Nuevamente en la delegación al gobierno italiano (cit.) se ordena: «La eliminazione dell'incidenza gerarchica nell'esercizio della funzione di accusa nella fase dibattimentale.»

la celebración del juicio, de suerte que de no ser posible dicha celebración debe acordarse la inmediata libertad del acusado y la continuación del procedimiento por los trámites del proceso ordinario.

- g) Deberán arbitrarse fórmulas que permitan la tutela judicial efectiva de las víctimas del delito. No obstante, ello es compatible con la remisión a la fase de ejecución de la concreta fijación del importe de la indemnización, cuyas bases de fijación deben establecerse en el fallo.

6.ª Junto a este procedimiento abreviado, cabe la introducción de un proceso monitorio limitado a infracciones con pena nunca privativa de libertad y en el que se garantice que la conformidad del acusado es realmente voluntaria y posterior a una suficiente información. Fuera de estos casos, no parece oportuno mantener la posibilidad de renuncia al juicio oral.

7.ª Finalmente, no puede olvidarse que las previsiones legales en relación con el diseño procesal sólo serán eficaces y compatibles con el respeto a derechos fundamentales si se pone al servicio de la justicia penal las estructuras orgánicas, suficientemente racionalizadas y dotadas, si las dotaciones presupuestarias permiten un número suficiente de órganos judiciales que acabe con la abrumadora carga competencial de muchos de éstos, si se produce la necesaria colaboración entre todos los que participan en la administración de justicia (policía, Ministerio Fiscal, abogados), si en todos ellos es cada vez más intensa y extendida la sensibilidad en la defensa de los derechos humanos.

## LA COMPETENCIA OBJETIVA Y FUNCIONAL EN EL ENJUICIAMIENTO PENAL DE LOS GOBERNADORES CIVILES

JUAN JACINTO GARCÍA PÉREZ  
Secretario Judicial

### SUMARIO:

I. Planteamiento de la cuestión. — II. Examen de la misma hasta la Constitución de 1978. — III. Evolución y caracterización actual de la figura del gobernador civil de provincia. — IV. Análisis crítico del problema tras la promulgación de la LOPJ de 1985. — V. Insatisfactoria solución del Ordenamiento vigente. — VI Conclusiones y propuesta de futuro.

### I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

1. La propia intitulación de este breve trabajo denota, *a priori*, su especificidad y carácter singularísimo; no obstante, y como quedará fijado a lo largo del mismo, dicha singularidad es relativa, por cuanto que convergen en su contenido, una serie de cuestiones conexas de marcada naturaleza interdisciplinar, esto es, subsumibles principalmente en las normas del Derecho Procesal, Constitucional Administrativo.

Se trata de abordar una problemática que hasta hace escasos años aparecía resuelta —por imperativo legal—, de modo claro y concluyente; que hoy se manifiesta más turbia, y que para el futuro —entendemos modestamente— necesita de una clarificación y respuesta más cumplida, a fin de evitar que el Ordenamiento Jurídico —como un todo cerrado y armónico—, patentice paradójicas contradicciones y desarreglos, sin convincente fundamento político-procesal alguno.

Precisamente, han sido simples motivos profesionales los que nos

han llevado, en principio, a profundizar en los aspectos más puramente procesales del problema, para posteriormente, efectuar una reflexión de conjunto y en todas sus dimensiones, haciendo hincapié en aquellos especialmente más conflictivos o áridos.

2. El debate puede centrarse, entre otros, en los siguientes puntos: a) En el momento de redacción de estas líneas, ¿qué órgano u órganos jurisdiccionales, son los competentes —objetiva y funcionalmente— para instruir, y en su caso fallar, las causas que por delitos o faltas, en el ejercicio de sus cargos, pudieran seguirse contra los gobernadores civiles? b) ¿Conservan, hoy en día, éstas figuras políticas, la tradicional especialidad de fuero, de que casi siempre han gozado? c) Y de no ser así, ¿sería conveniente y congruente con los valores esenciales de nuestro Estado democrático y constitucional de derecho, asignarles de nuevo fuero especial, de modo similar, a como la misma Constitución, la LOPJ y los Estatutos de Autonomía, han consolidado para otros muy diversos cargos y autoridades de la vida pública?

Creemos que responder a éstos y otros interrogantes de igual índole, constituye una tarea interesante, pues es indudable, que en el sistema democrático español de 1987, la posible apertura de un proceso penal (por delito o falta) contra cualquier categoría o clase de representante político, de alto cargo administrativo o judicial, despierta una inusitada atención ciudadana, de efectos inmediatos —se ha demostrado recientemente y está en la mente de todos—, que, conformando una onda expansiva política e informativa, traspasa con creces los estrechos confines de la vida práctica y rutinaria del Derecho.

3. Por estas consideraciones, resulta aconsejable estructurar el trabajo en los subsiguientes apartados: en el primero, ha de darse una primigenia noticia del estado del tema, recurriendo al somero examen histórico-legal del mismo, justamente hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1978, por la obvia razón de que, es la Carta Magna la que cimenta todo el entramado filosófico-jurídico que subyace bajo el mismo.

En un ulterior apartado, lógicamente ha de acometerse el estudio, en sus rasgos generales, de la figura del gobernador civil —como sujeto pasivo del mismo— a la luz de los nuevos postulados constitucionales; para, *a posteriori*, delimitar la incidencia fundamental a estos efectos de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) de 185. Restaría, en otro, dar cuenta de los argumentos que nos conducen a valorar como insatisfactorio y deficiente el régimen actual de previsión del problema. Por último y como colofón, se extraen unas oportunas conclusiones,

que desde nuestro modestísimo punto de vista, abogan por la propuesta de una nueva formulación normativa, sobre el tema, más coherente y racional; propuesta que vamos de antemano a concretar sin perjuicio de reiteraciones ulteriores; ésta es: desde una perspectiva político-procesal sería provechoso para el sistema democrático vigente, el establecimiento para las causas penales seguidas contra los gobernadores civiles —tanto por delitos como por faltas cometidos en el ejercicio de su cargo— de los dos criterios de competencia siguientes: 1) Que por razón de competencia objetiva y funcional, la instrucción de tales causas corresponda en todo caso y con exclusividad a las Audiencias Provinciales (en cuanto Tribunales Penales) —o subsidiariamente a las Salas Penales de los venideros Tribunales Superiores de Justicia—. 2) Que la fase plenaria y el fallo queden también asignados a tales órganos, si bien, con la concurrencia y entrada en juego de la institución del jurado.

4. A tal efecto, como más adelante intentaremos sugerir, el venidero jurado, por coherencia democrática y acatamiento estricto a los imperativos constitucionales, debe asumir, lo más prontamente posible, el papel protagonista y legitimador que le corresponden, sirviendo de banco de pruebas, entre otros supuestos, en los de persecución y valoración penal de la actuación y conducta de los múltiples y relevantes servidores públicos que, como los gobernadores civiles, hacen o deben hacer de su trabajo diario, una profesión de fe, respeto y defensa de los valores e ideales de justicia y libertad que la sociedad española se ha marcado como horizonte de futuro.

## II. EXAMEN DE LA MISMA HASTA LA CONSTITUCIÓN DE 1978

1. Sin entrar ahora, por resultar innecesario y presuntuoso, a ponderar o especificar el alcance preciso que los conceptos de Jurisdicción y Competencia —en sus diversas clases o acepciones— han alcanzado en el desarrollo de la dogmática procesal moderna,<sup>1</sup> es lo cierto que,

1. Ciñéndonos al proceso penal y a la doctrina española, entre otros, *vid.* M. FENECH, *Derecho Procesal Penal*, vol. I, Librería Bosch, Barcelona, 1945, páginas 147, 189-192 y ss.; *Id.*, *El Proceso penal*, 3.ª ed., Madrid, 1978, pp. 45 a 49; E. GÓMEZ ORBANEJA, V. HERCE QUEMADA, *Derecho procesal penal*, 10.ª ed., Madrid, 1984, pp. 15, 33 a 40; J. V. GIMENO SENDRA, *Fundamentos del Derecho Procesal*, Civitas, S.A., Madrid, 1981, pp. 85 a 107; M. IBÁÑEZ Y GARCÍA-VELASCO, *Curso de Derecho procesal penal*, Univ. Complutense, Madrid, 1969, pp. 43, 44, 75 a 77, 85...; J. LATOUR BROTONS, *La jurisdicción penal y sus caracteres diferenciadores*, en el

entendida la competencia objetiva como prelación de un grado jurisdiccional sobre los superiores o inferiores, o bien, como atribución legal de determinados negocios penales a un Tribunal, con preferencia sobre los demás por obvias razones de división del trabajo, ha venido basándose su determinación entre otros criterios o pautas, en el de la cualidad o condición subjetiva de la persona que aparezca como presunto imputado.<sup>2</sup> Así, se ha hablado de la llamada competencia objetivo *rationae personae*, como definidora y expresiva de un fuero personal que justifica, en favor de ciertas personas, el cambio de atribución en el enjuiciamiento de sus transgresiones penales de un Tribunal a otro superior, dentro del organigrama de la jurisdicción ordinaria.

Bajo estas premisas, debe partirse de un dato fáctico incontestable, a saber: en la historia patria moderna y contemporánea, los gobernadores civiles o jefes políticos —también así designados en alguna etapa histórica— han gozado de un *status* político y administrativo tan relevante, que llevó a los sucesivos legisladores al otorgamiento a su favor, del privilegio procesal del aforamiento, con claro desprecio y derogación de las ordinarias reglas de competencia aplicables, contenidas —como no podía ser menos de modo general— en los preceptos de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal (de ahora en adelante: LECrim.).<sup>3</sup>

*Libro de las Primeras Jornadas de Derecho Judicial, Presidencia del TS, Madrid, 1983, pp. 247 a 252; A. LORCA NAVARRETE, Derecho procesal penal, Tecnos, S.A., Madrid, 1986, pp. 38 a 56; R. DE PINA, Manual de Derecho procesal penal, Reus, S.A., Madrid, 1934, pp. 57 a 58; L. PRIETO-CASTRO y FERRÁNDIZ y E. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Derecho procesal penal, 2.ª ed., Tecnos, S.A., Madrid, 1982, pp. 71 a 73; L. PRIETO-CASTRO, Derecho de Tribunales, Aranzadi, S.A., Pamplona, 1986, pp. 83 a 105, 580 a 615, etc.; VARIOS AUTORES, La jurisdicción: concepto, contenido y límites, en Jornadas, cit., pp. 40 y ss.*

2. Independientemente de la opinión que sobre la naturaleza del criterio «*rationae personae*» se sostenga (*vid.* nota anterior), su fundamento siempre ha atendido a la dignidad, rango y relevancia del cargo que desempeña el reo; protegiéndole, en su enjuiciamiento, con la remisión a órganos jurisdiccionales comunes, pero de rango jerárquico más elevado al que en otro caso le correspondería. Como alteración de las normas ordinarias de competencias que es, de hecho, el propio artículo 272 de la LECrim., ya prevee tales especialidades de fuero, al hablar de los que quedan sometidos, por disposición especial de la Ley, a determinado Tribunal... y, al imponer que se puede quedar sometido expresamente a un Tribunal, que no fue el llamado a conocer por las reglas generales del delito. *Cf.* la reciente doctrina sentada en este punto por el Tribunal Supremo, mediante la sentencia de 22 de febrero de 1983 (R. J. Aranzadi, número 1708).

3. Toda la regulación normativa acerca de la competencia no es sino traspunto del derecho subjetivo constitucional, a ser juzgado por un Juez legal,

En esta línea, prácticamente desde la conocida vertebración territorial del Estado en provincias, llevada a cabo básicamente por la Instrucción de Javier de Burgos en 1833, hasta hace pocos años, la insularidad y fallo de sus transgresiones a la Ley Penal, han quedado reservados —de modo expreso— en favor del órgano, que tanto ayer como hoy, culmina piramidalmente todos los órdenes de la Jurisdicción Penal, esto es, la Sala Penal del Tribunal Supremo, salvo en su actuación como pleno.

En tal sentido lo recogía ya el Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 1835;<sup>4</sup> esta dirección se mantiene y ratifica en la recién derogada LOPJ de 1870 (realmente denominada «Ley Provisional sobre Organización del Poder judicial»), por el tenor combinado de sus artículos 276, 280 y n.º 2.

El artículo 276, n.º 2, atribuía a las Salas de lo Criminal de las Audiencias el conocimiento —con intervención del Jurado— de las causas por delitos, a que las leyes señalaren pena superior a la de presidio mayor.

En su n.º 3, atribuía a esas mismas Salas las causas seguidas contra los funcionarios del orden administrativo que ejerzan autoridad por delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos, en los casos que «no están atribuidas por esta Ley o por otras al Tribunal Supremo». Y, ciertamente, fueron el artículo 280 y, sobre todo, el 281, n.º 2, los que materializando la previsión anterior, atribuían a la Sala —entonces 3.ª del Tribunal Supremo— el enjuiciamiento de las causas seguidas contra los «gobernadores de provincia».

Del tenor del n.º 2 del artículo 281, lo más destacable reside en la

natural, o predeterminado por la Ley (con carácter previo). Este fundamentalísimo derecho ya apareció consagrado en la Constitución de 1812, en su artículo 247, que por su claridad citamos literalmente: «Ningún español podrá ser juzgado en causas civiles ni criminales por ninguna comisión, sino por el Tribunal Competente determinado con anterioridad por la Ley.» De forma similar ha sido plasmado en la vigencia de 1978 (art. 24, 2) y en el artículo 9 de la LOPJ de 1985. *Cf.* GARRIDO FALLA y otros, *Comentarios a la Constitución*, 3.ª ed., Civitas, S.A., Madrid, 1985, pp. 463 y ss., 474 y ss., 485 a 489; J. V. GIMENO SENDRA, *El derecho constitucional al Juez legal*, en *Coment. a la Legislac. Penal*, Edit. Rev. Dcho. Privado, Madrid, 1982, pp. 154 a 162; VARIOS AUTORES, *El derecho al Juez natural*, Ponencia a las Jornadas, cit., pp. 537, 545 y ss., 566 a 571...

4. Su artículo 90, regla 3.ª, expresaba que al Tribunal Supremo se le atribuía competencia para «...conocer también en primera y segunda instancia de las causas criminales que por culpas o delitos cometidos en el ejercicio del respectivo cargo público haya que formar contra... Intendentes y Gobernadores Civiles de las provincias...».

matización novedosa y cualitativa que introduce en cuanto que advierte que sólo afectaría a las «causas cometidas mientras estuvieran en servicio activo».

A mayor abundamiento, tales preceptos se vieron reforzados y complementados por el n.º 3 del artículo 4 de la subsiguiente «Ley Adicional a la Orgánica del Poder Judicial», promulgada en 1882; ya que al fijarse en tal texto el cuadro de competencias de las Salas de lo Criminal de las Audiencias Territoriales, mientras por un lado les confería la competencia para la exacción de responsabilidad penal —dentro de su ámbito territorial— de los delitos cometidos, en el ejercicio de sus funciones, por toda clase de autoridades administrativas; por otro, excluía expresamente de la competencia de tales Salas, las causas contra los gobernadores civiles, cuidándose de recordar que «...el Tribunal Supremo conocería de las mismas causas que hoy le están atribuidas...».

2. Pero es que además, y es ya momento de advertirlo, el aforamiento específico de los gobernadores civiles en el marco de la jurisdicción ordinaria junto con otras altas dignidades políticas y eclesiásticas, vino consagrada hasta muy cercanas fechas por la legislación extraorgánica, o si se prefiere extraprocesal.

Nos estamos refiriendo a una serie de preceptos de diverso rango normativo, sin vínculo alguno con el derecho del proceso, ni con la normativa orgánica de distribución de competencias entre los diversos niveles jurisdiccionales que, sin embargo, afrontaban de manera directa este punto.

Es este hecho el que nos induce a reafirmar el carácter interdisciplinar del problema planteado, como ya advertimos inicialmente.

Por lo que aquí atañe, no puede silenciarse la mención a ciertos preceptos de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (desde ahora: LRJAE), texto refundido de 26 de julio de 1957, el cual aún mantiene parcial vigencia según se deduce de la disposición adicional 5.ª de la Ley 10/1983 de 16 de agosto sobre organización de la Administración Central del Estado.

En efecto, la LRJAE en su artículo 46, n.º 2, inserto en su título IV («De la responsabilidad del Estado y de sus autoridades y funcionarios»), consigna literalmente que: «... el enjuiciamiento de los subsecretarios, directores generales, gobernadores civiles y autoridades o funcionarios con categoría de jefes superiores de la Administración

por supuestos delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos, corresponde a la Sala de lo Criminal del Tribunal Supremo».<sup>5</sup>

En plena correspondencia con el n.º 2, el n.º 3 establecía que el enjuiciamiento de las demás autoridades y funcionarios civiles de la Administración del Estado (inferiores se sobreentiende), compete a las Audiencias provinciales.

El fundamento intrínseco del artículo 46 —abstracción hecha de la etapa política de su promulgación— puede deducirse del contexto, letra, contenido y espíritu de la exposición de motivos de dicha Ley; en la que de forma pretenciosa se quiere llevar al ánimo del lector la idea de que esa privilegiada asignación de fuero, en cuanto factor conexo, puede servir para robustecer el principio de la responsabilidad de la Administración y «...viene a consolidar el prestigio y eficacia de la Administración y la leal colaboración de los administrados».

En este contexto, la doctrina administrativista<sup>6</sup> a la hora de significar las funciones, naturaleza y estatuto personal de esta figura político-administrativa, mencionaba de pasada la problemática de su responsabilidad penal, y como por otra parte la Ley era contundente se limitaba a constatar que su exigencia se derivaría ante la Sala 2.ª del Supremo.

Como en su momento ya tendremos ocasión de desarrollar más ampliamente al tratar del estado del tema con motivo de la entrada en vigor de la reciente LOPJ, el artículo 46,2 de la LRJAE se encuentra virtualmente derogado; afirmación que ni mucho menos es nuestra, sino que, solemnemente ha sido emitida por reiterada doctrina del propio Tribunal Supremo; el cual ha tenido ya varias ocasiones para declararse incompetente para el enjuiciamiento de algunas causas instadas contra gobernadores civiles, y que le habían sido sometidas a su conocimiento.

3. Por otra parte, retomando el hilo de la argumentación seguida, debe indicarse que tanto antes como después de la publicación de la LRJAE, ante la claridad y precisión de los textos orgánico-procesales comentados, toda la doctrina procesalista española,<sup>7</sup> asimismo, por lo

5. Con un tenor similar se manifestaba una disposición normativa de rango inferior, y de desarrollo de este precepto; era el ya derogado artículo 10 del Decreto de 10 de octubre de 1958 (BOE de 9 de diciembre), regulador del Estatuto personal de los Gobernadores Civiles.

6. Para no cansar al lector, sirva como único ejemplo de entre los Manuales de aquella época, el de R. GARCÍA-OVIEDO, *Derecho administrativo*, 6.ª ed., tomo II, EISA, Madrid, 1957, p. 212.

7. Cf. M. FRENCH, *Derecho procesal...*, cit., vol. I, p. 194; R. GARCÍA VALDES,

general, se limitó en sus exposiciones de conjunto y manuales a referir de modo global y enumerativo de todos los aforamientos personales existentes, la subsistencia del fuero específico de los gobernadores como excepciones que confirmaban las reglas de competencia ordinarias acuñadas para el ciudadano común en los artículos 8 a 18 de la LECrim.

No se pierda de vista el dato de que el mismo artículo 14 de la LECrim. al igual que el referido 272, en cuanto norma competencial de aplicación general para todos los órganos jurisdiccionales penales, contenía y contiene expresamente en su primer párrafo dicha vía excepcional al convenir y preveer que otra norma legal distinta, atribuya en algunos taxativos supuestos, la competencia *ab initio* o al Tribunal Supremo o a las Salas de las Audiencias Territoriales.

La justificación doctrinal esgrimida en pro de los aforamientos *rationae personae* radicaba primordialmente en el dato subjetivo de la dignidad o *status* jurídico del cargo, y en el deseo de que tal privilegio contribuyera a un mejor desarrollo y éxito de la alta función que aquellos cargos pudieran desplegar. De otro modo: en el hecho comúnmente aceptado por todos, de que la competencia objetiva ha de verse cuantificada e interpretada, entre otros, por el criterio *rationae personae*, como expresivo de la cualidad *autoritas*, o alto funcionario, que ostentan los posibles encausados a los que acompaña, y es inherente la aplicación de tal privilegio o régimen especial.

Con más acertadas palabras han señalado Sáez Jiménez y Yópez Fernández de Gamboa<sup>8</sup> que tal privilegio procesal: «... sin ir en detrimento de una recta e imparcial justicia constituyen una garantía más en el desempeño de las altas funciones públicas encomendadas a determinadas personas, garantías que se traducen unas veces en que su sumisión penal no lo será al Tribunal de lo Criminal ordinaria que

*Derecho procesal criminal*, 2.ª ed., Edit. Reus, Madrid, 1944, pp. 39 y 40; E. GÓMEZ ORBANEJA y V. HERCE-QUEMADA, *op. cit.*, pp. 39, 40; M. IBÁÑEZ Y GARCÍA VELASCO, *op. cit.*, p. 85; R. DE PINA, p. 33; L. PRIETO CASTRO y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *op. cit.*, pp. 32, 35; L. PRIETO CASTRO, *Derecho de Tribunales...*, cit., pp. 595, 637...

8. SÁEZ JIMÉNEZ y E. LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMBOA, *Compendio de Derecho procesal civil y penal*, Santillana Edic., Madrid, 1966, tomo IV, vol. I, p. 144. Ese privilegio va adosado al titular del cargo o a la personalidad de que se trate. Esa es la razón por la que su plasmación ha venido siempre recogida en Leyes orgánicas, una vez —como hemos visto y veremos— relativas a la Organización y Administración de Justicia, y otras en Leyes más puramente administrativas, reguladores de la organización en que se inserta la figura aforada (caso de la reciente Ley Orgánica de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado de 1986, y de la LOPJ de 1985).

de tratarse de un simple particular le correspondería sino a un Tribunal penal dentro de la jurisdicción ordinaria, pero de grado superior...» Sin lugar a dudas esas palabras son de aplicación inequívoca para el caso de los gobernadores civiles.

En resumidas cuentas, ello no supone más que la plasmación de una legítima opción de política legislativa, que se había mantenido intacta durante más de un siglo, y que escasamente había sido puesta en entredicho.<sup>9</sup>

4. La promulgación y entrada en vigor de la Constitución de 1978, es indudable que ha trastocado la columna dorsal y los principios básicos del proceso penal, con el fin de acomodarlos al Estado de Derecho que consagra.<sup>10</sup> Desde este convencimiento, deriva, ineludiblemente, el análisis de la posible incidencia de sus normas en la problemática que estamos examinando. *Prima facie*, el texto constitucional ha supuesto un inicial replanteamiento de la misma de manera directa,<sup>11</sup> sin que tampoco en puridad de principios, tal texto fundamental haya de dar puntuales y concretas soluciones a problemas como el aquí

9. Así también el Anteproyecto de Bases para el Código Procesal penal de 1967, en su base décima, mantenía el mismo tono, al presuponer que la competencia objetiva se determinaría «... atendiendo a la naturaleza de la infracción y a la gravedad de la pena que corresponda, así como a la condición del imputado, en los casos que excepcionalmente lo establezca la Ley». Al igual, el Proyecto de Bases de Ley Orgánica de la Justicia de 1973, en su base 8.ª, referida a las atribuciones y competencias de la organización judicial, en su n.º 28, 1, se decía que se conservaría, en sus líneas generales, la competencia del TS, en su actuación como Tribunal de Instancia, determinándose las personas con derecho a fuero para ser enjuiciadas por el TS, en pleno de justicia o por las Salas de Justicia del mismo, con arreglo a las normas en vigor. *Vid.* V. FARRÉN GUILLÉN, *Temas del ordenamiento procesal*, tomo II, Tecnos, S.A., Madrid, 1969, pp. 1143 a 1198. Sobre las reservas y dudas que ya se mantenían sobre la poca equidad, y falta de fundamento de tales fueros personales, *cf.* M. IBÁÑEZ Y GARCÍA VELASCO, *op. cit.*, pp. 43 y 44.

10. Sobre esta vital cuestión —incidencia que la Constitución produce especialmente en el proceso penal—, y de la fase de constitucionalización que de manera cada vez más acusada expedita al Derecho procesal, por todos, *vid.* J. ALMAGRO NOSETE, *Constitución y proceso*, Librería Bosch, Barcelona, 1984, pp. 75 a 77, 78 a 81, 153 y ss....

11. Que esto es así lo ha afirmado ya el TS; así, en un Auto de 21 de marzo de 1984 (RJ Aranzadi, 6750). La Sala 2.ª —siendo ponente el Excmo. Sr. D. Fernando Díaz Palos—, ha establecido un auténtico cuerpo de doctrina general sobre el problema de la competencia para enjuiciar a las autoridades. Sus referencias a la modificación, en este punto, de la LRJAE, su refinado análisis del principio de la igualdad del artículo 14 de la Constitución, la interpretación que hace de los artículos 98 y 102 de la misma, etc., lo hace de inexcusable consulta, a la hora de afrontar las dificultades que sobre el mismo derivan directamente de la implantación del sistema democrático.

tratado, pues, lo normal es que queden fuera de su ámbito, y se remita al ordinario desarrollo legislativo con el resto del ordenamiento jurídico.

A pesar de lo dicho, sería absurdo negar la trascendencia que la Constitución refleja para el correcto y absoluto planteamiento del problema. Así, en primer lugar, no puede descomponerse la vertebración y nacimiento de la nueva «España regional», es decir, la vigorosa implantación jurídica del ente «región», o más bien «Comunidad Autónoma». Se quiera o no, este ente ha difuminado y casi desvanecido el histórico protagonismo de la provincia, por lo que sus efectos sobre quién es su primera autoridad son inmediatos. Como en el apartado que sigue constataremos, la relativa devaluación política-administrativa de su máximo representante el gobernador civil), no tiene sentido extendernos en este punto.

En segundo término, el texto constitucional, sea a los más altos niveles de la cúpula del Poder Ejecutivo, Legislativo o Justicia, sí que ha previsto —en sus líneas generales— la temática de la responsabilidad penal de sus integrantes. Muestra de ello son el artículo 36, 3, 71, 98,1 y 102, 1... (por ejemplo, en este último se contempla la responsabilidad criminal del presidente del Gobierno, y de los demás miembros del mismo indicando que: «será exigible, en su caso, ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo».<sup>12</sup>

Asimismo, y desde otro punto de vista, es innegable la incidencia de todo su título VI dedicado al Poder Judicial, y en especial el desarrollo normativo de los principios del artículo 117, n.º 3 y 122, pues de ellos, principalmente, deriva el establecimiento de la planta de órganos judiciales y de sus atribuciones y competencias, que como es de todos sabido ya se ha alcanzado en parte con la nueva LOPJ, y culminará con las futuras Ley de Planta, Ley del Jurado, y con la promulgación de venideros códigos procesales y normas reglamentarias de complemento.<sup>13</sup>

12. Vid. Auto de la nota anterior (la delimitación y significación estricta que dicho Auto verifica sobre el vocablo «Gobierno» del artículo 102, ofrece una claridad meridiana en torno al núcleo de personas sobre el que tal artículo irradia sus efectos). Cf. GARRIDO FALLA y otros, *Comentarios...*, cit., pp. 1416 a 1421.

13. Ha sido y será, por tanto, en el complejo y profuso desarrollo legislativo de tales preceptos, dónde ha podido y podrá discutirse la conveniencia de la concesión de fueros especiales a distintas figuras o autoridades públicas, lo cual se comprenderá más adelante. Cf. P. ANDRÉS IBÁÑEZ y L. MOVILLA ALVAREZ, *El Poder Judicial, Tecnov*, S. A., Madrid, 1986, pp. 139 y ss., 212 a 224, 260 y ss.; F. SOTO NIETO, *La responsabilidad penal de los jueces y magistrados*, Revista Jurídica *La Ley*, n.º 1627, de 16 de enero de 1987, pp. 1 a 9.

5. Antes de terminar este apartado y por su íntima interdependencia con el siguiente, apuntamos una postrera consideración: Incluso después de aprobada y sancionada la Constitución, y quizá como intento de adaptación a ella de la normativa preconstitucional reglamentaria existente en torno a la figura del gobernador civil, fue dictada una nueva regulación acerca de su Estatuto. Esta normativa que, sin embargo, habrá que pensar honestamente fue dictada con escrupuloso respeto a las normas constitucionales, está constituida por un Real Decreto del Ministerio del Interior de 22 de diciembre de 1980.

El Real Decreto, siguiendo la tradición histórica, y como fiel reflejo de la LRJAE —a la que de manera expresa se remite—, al referirse a la responsabilidad penal de los gobernadores civiles por los actos cometidos en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas en su artículo 8 vuelve a mantener que dicha responsabilidad será exigible ante la Sala Competente del Tribunal Supremo (la 2.ª en esos instantes).

Estamos pues, ante una norma posterior a 1978 de apreciable rango normativo inferior, que sigue propugnando el aforamiento de los gobernadores por cuyo motivo ya la jurisprudencia ha refutado su vigencia. Con mejor criterio y respecto de una figura política nueva, ¡la del delegado del Gobierno!, en desarrollo del artículo 154 de la Carta Magna, la Ley 17/1983 de 16 de noviembre, ha previsto para esta figura, de características muy similares a la estudiada en su artículo n.º 3 y n.º 2; el aforamiento de tales delegados ante la Sala 2.ª de nuestro Alto Tribunal. (No creemos se vea sustancialmente afectada por la Ley 10/1983 de 16 de agosto, sobre organización de la Administración Central del Estado, pues el fin básico de esta última es el de modernizar y actualizar los módulos organizativos de la Administración Central del Estado, a las previsiones constitucionales superando y mediatizando la vetusta LRJAE.)

### III. EVOLUCIÓN Y CARACTERIZACIÓN ACTUAL DE LA FIGURA DEL GOBERNADOR CIVIL

1. Quizás el método o camino más eficaz para descubrir y descubrir la racionalidad o necesidad de atribución a los gobernadores civiles, de aforamiento especial y si tal especialidad tiene sentido de futuro sea el del análisis somero —pero suficiente— de los orígenes, naturaleza y funciones básicas de esta singular autoridad civil. Sólo así se estará en condiciones de ponderar más objetivamente la conve-

nencia de la supresión de tal privilegio, o por contra, la de justificar su mantenimiento o implantación con independencia de si su efectividad —en este último caso— debiera actuarse ante el Tribunal Supremo, o bien, ante otros órganos inferiores al mismo, pero aún de superior rango al que correspondería objetiva y funcionalmente al ciudadano normal, o al autor de estas líneas pongamos por caso.

2. De antemano, una realidad aparece probada: la figura del gobernador civil aparece inserta y presente en la historia moderna y contemporánea de la Administración española, como órgano periférico del Poder Central, tanto en épocas de expansión de regímenes democráticos, como en otros de implantación de sistemas más autoritarios. En todos ellos, unas veces de modo más brillante y acusado, en otras más débil y oscuro, el gobernador civil se ha convertido en pieza insustituible a la hora de colmar la vertebración piramidal (de arriba hacia abajo) de la Administración Central del Estado, y como foco de presencia activa, permanente y descentralizada del Poder Ejecutivo (esto es, del Gobierno de la nación, dentro del espacio geográfico de la provincia).

De todo lo cual se desprende que el gobernador civil —como ha sido puesto de relieve por la doctrina—, sea por sus reminiscencias históricas, por su persistente complejo de funciones actuales, siempre ha destacado por presentar un doble cometido; por un lado el de jefe político o delegado permanente del poder del Gobierno Central en el ámbito provincial (hasta 1978, la provincia era el área geográfica modelo, salvo la breve etapa republicana y otras anteriores más difusas); por otro, la de coordinador inmediato de la maquinaria burocrática de la Administración del Estado, en dicho territorio.<sup>14</sup>

Mención aparte de su línea evolutiva, que se vio reforzada en su aspecto de jefe político —por razones obvias— durante la etapa que media desde la terminación de la Guerra Civil a la transición democrática, no queda otra necesidad que la de verificar unas breves reflexio-

14. Sobre la naturaleza jurídica, funciones y competencias de los gobernadores civiles hasta 1978, cf. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La administración española, Estudios de Ciencia Administrativa*, Alianza Edit., Madrid, 1972, pp. 54 y ss., 58 y ss., y en especial, J. A. GARCÍA-TREVIJANO FOS, *Tratado de Derecho administrativo*, tomo III, Edit. EDESA, 1967, pp. 739 a 744 (estudia sus antecedentes), 743 a 745 (naturaleza), 746 y ss. (competencias y funciones)... Este autor lo califica de órgano complejo estatal, de representante y delegado constante del Gobierno, con atribuciones políticas y administrativas y en el que destaca, principalmente su misión de garante del orden público, y ejecutor de las leyes en su territorio (la provincia).

nes sobre su caracterización actual, teniendo en todo momento en cuenta la incidencia de la construcción del Estado de las Autonomías, así como las reformas que la norma fundamental de 1978 impone para una actual Organización de la Administración Central del Estado, que de verdad dé respuesta a las aspiraciones contenidas en su preámbulo.

3. Ahora bien, no es lugar aquí apropiado para debatir las excelencias o inconveniente de esta superposición de ámbitos geográficos (región-provincia-municipio);<sup>15</sup> tan sólo nos basta y debemos conformarnos con reconocer que hemos asistido y seguiremos asistiendo a una continua remodelación, o si se quiere redefinición, de los perfiles básicos que el Derecho Público ha venido ofreciendo sobre la figura del gobernador.

Suficientes manifestaciones hay ya de la nueva redistribución de sus funciones, o de parte de ellas, con otros órganos periféricos, unos de nuevo cuño y otros de inveterada existencia.<sup>16</sup>

En todo caso, y pese a la recomposición de sus atribuciones, por nadie que se considere mínimamente imparcial, podrá negarse que estamos en presencia de un personaje muy valioso para dotar de eficacia y certeza a los cometidos y competencias propias de la Administración del Estado.

Por mucho que las regiones desearan invadir espacios de actuación política reservados constitucionalmente a las provincias, nunca podrían extralimitarse en la apropiación de esferas de competencia estatales, de las que en alguna medida el gobernador es agente y ejecutor inmediato en aquéllas; ejemplo: la seguridad y el orden público.

Para los fines que aquí interesa pergeñar, resulta más sugestiva la

15. Cf. T. R. FERNÁNDEZ y otros, *Las autonomías regionales. Aspectos políticos y jurídicos*, Instituto Nacional de Prospectiva, Presid. del Gobierno, Madrid, 1977; GERPE LANDIN, *Las Comunidades Autónomas en la Constitución Española de 1978*, en *Rev. Jur. de Cataluña*, n.º 2 (abril-junio de 1979), pp. 53 y ss.; GARRIDO FALLA y otros, *op. cit.*, pp. 2087 y ss., 2138 a 2142, etc.; A. RUBIALS TORREJÓN, *Las Comunidades Autónomas. Tipología y mapa territorial*, en *Rev. Documentación Administrativa*, n.º 182 (abril-junio de 1979, Presid. del Gobierno, Madrid, pp. 165 a 193; F. SOSA WAGNER, *El control de las Comunidades Autónomas por el Estado en la Constitución española*, en *Documentación Administrativa*, n.º 182, cit., pp. 149 a 164; R. TAMAMES, *Introducción a la Constitución española*, Alianza Editorial, Madrid, 1982, pp. 192 a 230.

16. Sobre el Gobernador actual, después de la Constitución, cf. R. ENTRENA CUESTA, *Curso de Derecho administrativo*, vol. II, 7.ª ed., Tecnos, S.A., Madrid, 1982, pp. 113 a 129 (con la bibliografía que cita); J. M.ª MOLTO DARNER, *El nuevo Estatuto de los Gobernadores Civiles*, en revista *La Ley*, tomo II, 1981, pp. 905 a 909; J. R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho administrativo (Organización y empleo público)*, Librería M. Pons, Madrid, 1986, pp. 69 a 71.

tarea de remarcar dos ideas: la primera, impone diseñar al gobernador civil como garante fundamental —en su radio de acción— de la legalidad democrática vigente. Un gobernador civil, como brazo auxiliar de las aspiraciones del Gobierno de la nación, como instrumento de colaboración directo en la provincia con otras autoridades, como supervisor inmediato del correcto funcionamiento de la máquina administrativa provincial, significa asignarle un papel legitimador en su labor de búsqueda y conservación del íntegro acogimiento de los principios, normas y valores de un Estado democrático y social de Derecho, al que sirve en su área de influencia.

En segundo término, y en consonancia con lo expuesto, sus tradicionales y aún respetadas funciones de valedor inmediato de la pacífica convivencia ciudadana, han de ser comprendidas a la luz de un nuevo enfoque: no se trata de involucrarle en la salvaguarda del orden público a la manera de disciplinado guardián en el contexto de un «Estado gendarme» decimonónico, sino más bien, de convertirlo en instancia asequible en su área de composición de graves conflictos cívicos no jurisdiccionales y de cooperador necesario en la garantía de todos y cada uno de aquellos derechos constitucionales individuales que todos los ciudadanos algunas veces, sin darnos cuenta, hemos visto seriamente amenazados (ejemplos: la libertad de expresión, de asociación, de manifestación, de movimiento, el derecho de propiedad, el derecho a la integridad física, a la huelga, etc., etc., la enumeración se haría interminable...).

Esta visión, más en consonancia con la etapa en que vivimos, que está en relación de causa efecto con la temática de su responsabilidad ante los ciudadanos, ha de ser la piedra de toque y el apoyo decisivo en pro de la no afección de las reglas ordinarias de competencia, y la correlativa concesión a su persona, de un fuero especial de enjuiciamiento.

Este fuero, en una interpretación restrictiva, tan sólo entraría en juego cuando existiera la sospecha de que en su actuación funcional no sólo no ha guardado el *mínimum* ético exigible a nuestros gobernantes, sino que incluso ha transgredido el *mínimum* punitivo, que con mayor razón y por ejemplaridad, estaba obligado a preservar más que sus paisanos.

En otras palabras —y ello pudiera hacerse extensivo para otros personaje— si el gobernador civil asume el papel de garante de la recta convivencia democrática en la provincia, si es el máximo representante y responsable del orden público, la vulneración de normas penales en

la prestación de estos servicios, adquiere unas connotaciones más graves. En consecuencia, no se trata de otorgarle, en cuanto personas más o menos cualificada un privilegio procesal que atenúe su responsabilidad, sino todo lo contrario, es dotar de mayores garantías y posibilidades a la exigencia por la ciudadanía —pues tiene derecho a ello— de una persecución penal lo más atinada posible, haciendo entrar en juego a aquellos órganos jurisdiccionales que razonablemente permitan, por el número de sus miembros, su experiencia, medios, etc., etc., una presumible mayor atención o cuidado y una más pronta determinación de las responsabilidades penales en que pudiera haber incurrido.

Imputar a este razonamiento reservas de igualdad de trato es desconocer el papel que a cada uno corresponde en la sociedad, y como al final de este trabajo concluiremos, es visionar el problema con miopía política, es querer juzgar a la persona —ente físico— y no a la función y trayectoria encarnada por la persona, pues si bien la persona en cuento tal no merece aforamiento alguno, la función y su credibilidad democrática por muy humilde que quisiera verse en este caso, exige y merece que el listón sea puesto más alto, y que responda ante los Tribunales de mayor nivel jerárquico.

#### IV. ANÁLISIS CRÍTICO DEL PROBLEMA TRAS LA PROMULGACIÓN DE LA LOPJ DE 1985

1. En el apartado II habíamos efectuado una ojeada retrospectiva de la legislación orgánica, procesal y administrativa que daba respuesta cumplida al asunto objeto de nuestro estudio. Ahora, corresponde fijar la atención en la nueva LOPJ, que naturalmente resulta decisiva a tales efectos.

Por si quedaba alguna duda, tras la dicha Ley Orgánica ha de estimarse que los gobernadores civiles —a diferencia de otras jerarquías políticas— no gozan de fuero especial alguno, y por tanto, sus posibles actuaciones delictivas caen bajo el mismo régimen procesal de competencias que el de los restantes ciudadanos de la calle. En el apartado siguiente ya tendremos ocasión de poner de relieve la insatisfacción y falta de ilación —que a nuestro modo de ver— conlleva tal situación.

Tal estado actual de la cuestión no sólo deriva, es consecuencia directa o surge como efecto inmediato de la precitada LOPJ, sino que,

como es sabido, con carácter previo ya lo había corroborado el Tribunal Supremo.

Por todos se esperaba que la LOPJ, ejecutando el mandato constitucional del artículo 117,3, en su título IV, libro I, ordenara una regulación completa y suficiente en torno a la composición, atribuciones y competencias de todos y cada uno de los órganos jurisdiccionales, cuya implantación también correspondía a dicha Ley, por su carácter de norma básica de la nueva organización judicial a diseñar.<sup>17</sup>

En el título IV de la Ley, dividido en 6 capítulos, se enumeran de modo taxativo y siguiendo un sistema de lista los negocios civiles, criminal, etc., que se atribuyen respectivamente a cada uno de aquellos órganos, sirviéndose a tal fin de los criterios histórico-doctrinales más comunes para efectuar tal distribución.

La innovación fundamental de la LOPJ en este tema, reside en el giro que realiza respecto a sus propios antecedentes históricos —Ley de 1870— al eliminar la mención del aforamiento atribuido de modo regular y continuo a los gobernadores civiles. Baste para comprobar este aserto la atenta lectura del contenido de su artículo 57 —precepto referido para la atribución y competencias de la Sala Penal del Tribunal Supremo.

La precitada norma establece una cláusula general remisoria a la Ley procesal penal en materia de recursos, para a continuación en sus números 2 y 3 recoger un considerable número de casos de aforamiento en favor de múltiples figuras institucionales, políticas, jerarquías judiciales y fiscales, etc., omitiendo —como hemos dicho— referencia alguna respecto de los gobernadores civiles. Ello significa en buena hermenéutica, que se ve reforzada por el tenor del artículo 23 del mismo texto legal, que el legislador de 1985, de momento, ha preferido abrogar y dejar sin efecto el aforamiento de su antecesora de 1870, y a la vez la derogación de pleno derecho de la restante legislación (artículo 46 de la LRJAE y artículo 8 del Estatuto de los Gobernadores

17. Lo que no excluye, a nuestra manera de ver, que, mediante Leyes Ordinarias de Enjuiciamiento, o si se quiere, Códigos Procesales, se desarrolle aún más el artículo 117, 3, de la Constitución y la propia LOPJ, en relación a las normas de competencia y procedimientos aplicables a cada caso. Cf. V. FAIRÉN GUILLÉN, *Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985*, Edit. Rev. Dcho. Privado, Madrid, 1986, pp. 11 y ss.; L. PRIETO CASTRO, *Derecho de Tribunales*, cit., Edit. Aranzadi, pp. 51 y ss., 219 a 240. Sobre las dudas interpretativas, que la disposición transitoria 34 de la propia LOPJ produce, en torno a su propia vigencia y alcance, vid. recientemente, A. MONTÓN REDONDO, *Algunas reflexiones sobre la incidencia de la LOPJ en las actuales competencias de los órganos jurisdiccionales*, en *Rev. Jur. La Ley*, n.º 1637, de 30-1-1987, pp. 1 a 5.

de 1980), por lógica aplicación del principio de jerarquía normativa y por expresa decisión de la Disposición Derogatoria contenida en la misma LOPJ.

2. Pero es que incluso con anterioridad a esta Ley, y con una impecable técnica jurídica, únicamente apoyada en las disposiciones de por sí genéricas de la Constitución, nuestro Tribunal Supremo había llegado a la misma conclusión. Vamos entonces a comentar brevemente esas decisiones de dicho alto tribunal, que se ven compendiadas —según nuestras noticias— principalmente en los Autos dictados por su Sala de lo Penal en las siguientes fechas: 21 de marzo de 1984, 25 de octubre de 1984, 9 de abril de 1985 y por último en fecha de 30 de octubre de 1986.

Presupuesto de casi todas estas resoluciones fue el planteamiento concreto ante la citada Sala del conocimiento de posibles delitos cometidos por determinados gobernadores civiles. En ellas, la Sala con base en los artículos 272 y 313 de la LECrim. se declaró incompetente para dicho conocimiento, con una variada argumentación que pasamos a reseñar.

Así, con independencia del Auto de 21 de marzo de 1984 que, como señalamos, contiene un verdadero cuerpo de doctrina en materia de privilegios procesales por aforamiento; y la incidencia que sobre dicha temática ha ejercido la Constitución; en el Auto de 25 de octubre de 1984, reiterando la eficacia que la Carta Magna tiene como norma de aplicación directa, se reafirma la no vigencia y carencia de efectos de la legislación que atribuía aforamiento a los gobernadores, y que como ya hemos insistido, se contenía en la LOPJ de 1870 —aún vigente en la fecha de publicación de este Auto— y en la LRJAE.

Viene a decir el Supremo, que en la materia afectante a fueros personales concedidos en materia penal a las autoridades y órganos superiores de la Administración, es evidente que la Constitución afecta sensiblemente a lo establecido en el artículo 46 de la LRJAE y artículos 282, n.º 2, y 284, n.º 2 y 3 de la ya fenecida LOPJ de 1870.

Sí a esto añadimos el proceso lógico de conexión e interdependencia que realiza de los artículos 98,1 y 102 de la Constitución, con los contenidos de la Ley de Organización de la Administración Central del Estado de 16 de agosto de 1983, ha de constatar el evaporamiento del aforamiento de los gobernadores civiles. No obstante, la Sala advierte que aunque los funcionarios administrativos del Estado no ostentan ya dicho privilegio, a ello no obsta que «... expresamente y mediante Ley Orgánica posterior se establezca...», y que «... en consecuencia, no es

dable aceptar la competencia para proceder en las presentes actuaciones penales, contra quien desempeña las funciones de gobernador civil, no obstante lo establecido en el Real Decreto de 22 de diciembre de 1980, regulador del Estatuto de los Gobernadores Civiles que no puede derogar o modificar a la Constitución y a la Ley de 16 de agosto de 1983 por ser de rango legal inferior...».

Si ya de por sí, jurisprudencialmente, el tema quedaba resuelto, sin necesidad de poner en juego los preceptos de la LOPJ, de nuevo la Sala se ha pronunciado sobre el tema mediante el Auto de 1985, y especialmente por el Auto de 30 de octubre de 1986 que a fin de cuentas constituye el origen de la reflexión llevada a cabo en este artículo.

Este Auto de 1986 resuelve negativamente la pretensión del querellante —amparada en el artículo 8 del Estatuto de 1980 y en el 46,2 de la LRJAE—, de que la Sala 2.ª entrara a enjuiciar un hipotético delito cometido por el gobernador civil de la provincia donde ejercemos las funciones de secretario judicial.

Ante tal petición la Sala, siendo ponente el Excmo. Sr. D. J. Luis Manzanera Samaniego, en un único y pulcro razonamiento jurídico, se declara incompetente para tal conocimiento, aduciendo e insistiendo en, cito textualmente:

«... el criterio ya mantenido por los Autos de 21 de marzo y 25 de octubre de 1984, 9 de abril de 1985, a cuyo tenor los gobernadores civiles no cuentan entre quienes disfrutan del fuero personal previsto excepcionalmente en el artículo 102,1 de la Constitución, en relación con el 98, n.º 1 de la misma Ley Fundamental y el 8, n.º 1 de la Ley 10/1983 de 16 de agosto, sobre Organización Central del Estado, normativa toda ella de rango superior a la representada por los artículos 46 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957, y 8 del Estatuto de los Gobernadores, de 22 de diciembre de 1980, que descansa expresamente en la mencionada Ley de 1957, bien entendido, por último, que la indicada exégesis ha recibido nuevo apoyo con la promulgación de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio del Poder Judicial, cuyo artículo 57 no incluye a los repetidos gobernadores en la enumeración de causas respecto a las cuales corresponde a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, conocer tanto de la instrucción como del enjuiciamiento.»

La firmeza y solidez del anterior considerando jurídico es tan obvia que huelga todo comentario o añadidura. Hay que concluir, pues,

que en estos momentos, y con mayor fuerza si cabe a partir de la vigencia de la LOPJ, las causas contra los gobernadores civiles por delitos o faltas cometidos con ocasión de su cargo, habrán de plantearse frente a aquellos órganos ordinarios expresamente previstos, primordialmente en los artículos 82, 83, 87 y siguientes de dicha Ley, y además, en las normas conocidas sobre la competencia objetiva, funcional y territorial, contenidas en nuestras leyes procesales penales.<sup>18</sup>

En una adecuada simbiosis jurídica de tales preceptos, puede anticiparse que corresponderá por razón del delito y la cuantía de su pena, unas veces a los Juzgados de Instrucción la fase sumarial y a continuación el fallo a las Audiencias Provinciales; en otras, para los llamados delitos menores —y a tenor de las normas del procedimiento de urgencia y de la Ley 10/190 de 11 de noviembre— tanto la instrucción como la fase decisoria, quedarán de modo exclusivo en manos de los Jueces de Instrucción.

Asimismo, y en el caso de faltas penales, el correspondiente Juzgado de Distrito —¡y por qué no de Paz, si la hipótesis es formulable!— serían los encargados de enjuiciarlas y fallarlas, siempre que tales faltas se correspondan con el ejercicio de sus funciones, por los ya archicitados gobernadores civiles.<sup>19</sup>

18. No obstante, la doctrina española, en los últimos cuatro años y aún hoy sigue mencionando en sus obras el fuero específico de los Gobernadores civiles, y algunos dudan de la incidencia de la LOPJ en este punto, precisamente, por el tenor de su disposición transitoria 34.ª Vid. P. ARAGONESES ALONSO, *Instituciones de Derecho procesal penal*, 4.ª ed., Madrid, 1983, pp. 102, 103, 116; E. GÓMEZ ORBANEJA y V. HERCE QUEMADA, *Derecho procesal penal*, 10.ª ed. corregida y puesta al día, de 1986, p. 39, en ésta se dice que, en «... espera de la adecuación legislativa...», no están formalmente derogados los artículos 281 de la vieja LOPJ y RD 29 de agosto de 1893, art. 7; asimismo, en un apéndice que dedican, quienes actualizan este insigne Manual, a los cambios que en el Derecho procesal penal ha efectuado la LOPJ de 1985, parece en sus pp. 412 a 413 darse a entender que hasta la futura Ley de Planta la competencia objetiva sigue distribuida entre los mismos órganos; L. PRIETO CASTRO FERRÁNDIZ, *op. cit.*, 1982, p. 35; Id., *Derecho de Tribunales*, cit., pp. 53-54, 211, 212, si bien, a continuación, refiriéndose al nuevo establecimiento de los órganos penales, llevada a cabo por la LOPJ, ya en su p. 223 omite a los Gobernadores civiles (en este sentido, resulta interesantísima la crítica que a la LOPJ realiza en sus pp. 53-54 este venerable maestro del Derecho procesal); más recientemente, cf. J. M.ª LORCA NAVARRETE, *op. cit.*, pp. 47 y 48; A. MONLÓN REDONDO, *Juzgados Tribunales españoles. Orígenes y Atribuciones*, Tecnos, S.A., Madrid, 1986, pp. 69, 111; J. M.ª RIFA y F. VALLS, *Leyes procesales penales y jurisprudencia*, Bosch, Casa Edit., Barcelona, 1986, pp. 49 y 51 (en las que se recoge parte de la doctrina del Tribunal Supremo antes citada).

19. La variedad de delitos que un gobernador civil podría cometer, con ocasión del ejercicio de sus funciones, se nos antoja amplísima, así por ejemplo: delitos de traición de los artículos 121 a 125 del Código penal, del 147, 156, 163;

## V. INSATISFACITORIA SOLUCIÓN DEL ORDENAMIENTO VIGENTE

1. La multiplicidad, falta de uniformidad competencial que conlleva el no aforamiento de los gobernadores; realidad actual que contrasta con la evolución histórica del problema nos suscita una cierta insatisfacción y desorientación en este punto. De perpetuarse la misma, ni estaríamos ante la mejor de las posibles opciones que admite, ni ante la más aconsejable, ni siquiera guardaría congruencia con la filosofía y espíritu que impregna otras normas del ordenamiento jurídico, establecidas para casos análogos y similares.

En correspondencia con la formulación establecida en el apartado III, ha de recordarse la caracterización progresiva de la figura del gobernador civil en la España democrática de nuestro tiempo. En este sentido, alegar que su aforamiento violaría el texto constitucional, amén de no ser cierto porque la Constitución ni lo dice, ni lo excluye, ni tampoco en buena técnica deben entrar en concreto a decirlo,<sup>20</sup> resultaría casi grotesco, ya que la propia Constitución ampara y justifica múltiples fueros especiales para otras variadas figuras.

A su vez, al amparo de la Ley fundamental se ha dictado un conjunto normativo de desarrollo que lejos de adoptar una línea restrictiva ha favorecido profusa y generosamente las especialidades de fuero; y en algún caso para personas que a nuestro modo de ver tienen un menor peso específico que los gobernadores en la sociedad española actual.

Así la LOPJ y la Ley de 1983 de organización, permiten el aforamiento

más típicamente en los contenidos en el capítulo II del título I, artículos 165 a 213, del 218 y siguientes, de atentado del artículo 231 y siguientes, blasfemias del 239, descatos, etc., del 240 y siguientes, los relativos a falsedades, 269 y siguientes, 339 y siguientes, ¡la prevaricación! de los artículos 358 a 360, las infidelidades de los artículos 362, 364, 365, 367..., el capítulo sobre desobediencia y denegación de auxilio, de anticipación, prolongación y abandono de funciones públicas, ¡del cohecho!, de la ¡malversación de caudales públicos!, fraudes y exacciones ilegales, negociaciones prohibidas..., amenazas, coacciones, etc. Igual podría decirse acerca de las faltas (la cuantía difiere en cada caso y daría lugar a una variada competencia).

20. Acerca del concepto y contenido de una Constitución, *vid.* la magistral lección, que en sus pp. 11 a 33 contiene el tomo II de la obra *Tratado de Derecho político*, de D. ADOLFO POSADA (Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1935); además, Ferdinand LASSALLE, *¿Qué es una Constitución?*, trad. de W. Rocas, Edit. Ariel, 2.ª ed., Barcelona, 1976, pp. 56 y ss.; E. TIerno GALVÁN y R. MORODO, *Estudios de pensamiento político*, Tucur Edic., Madrid, 1976, pp. 173 a 179.

to para importantes sectores de las altas jerarquías del Poder Ejecutivo, amén del aforamiento de todas las altas jerarquías jurisdiccionales de todos los jueces y magistrados, y otros cargos no judiciales...

O valórese la problemática conexas, si bien con fundamentación muy diversa de la inviolabilidad e inmunidad de los miembros del Poder Legislativo.<sup>21</sup>

Añádase a todo ello que tanto los miembros de los parlamentos de las Comunidades Autónomas, como los integrantes de sus respectivos gobiernos regionales, también se han cuidado, y muy mucho, de quedar preservados y aforados a través de sus respectivos Estatutos de Autonomía...<sup>22</sup>

Esta profusión de fueros está justificada, y por ello el Tribunal Supremo —como vimos— dejaba la puerta abierta para que los gobernadores u otras figuras —cuando el legislador lo considerara conveniente— engrosaran tal elenco; posibilidad por la que abogamos.

El que unos determinados cargos queden dentro de la órbita de la especialidad de fuero (por ejemplo los miembros del Ministerio Fiscal en su categoría de abogado-fiscal), y otros fuera (los gobernadores civiles),<sup>23</sup> exige una mínima fundamentación comparativa, que en algu-

21. *Vid.* José MARTÍN OSTOS, *El enjuiciamiento penal de diputados y senadores en la Constitución española de 1978*, en *Rev. de Decho. Procesal Iberoam.*, n.º 4, 1981, pp. 619 a 635.

22. Citar aquí y ahora todos y cada uno de los preceptos de los diversos Estatutos de Autonomía que atribuyen el conocimiento de las causas penales contra parlamentarios y consejeros autónomos, bien a la Sala 2.ª del Tribunal Supremo o bien los futuros Tribunales Superiores de Justicia, se haría demasiado prolijo y cansado. *Vid.* J. ALMAGRO NOSETE, *El Derecho procesal en los Estatutos de Autonomía*, *Rev. de Dcho. Procesal Iberoam.*, 1980, n.º 1, pp. 7, 15, 18... De otra parte, téngase en cuenta la profusa jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia; así el Auto de 25 de abril de 1983 (Aranzadi 6745) sobre competencia para enjuiciar a un diputado del Parlamento Andaluz; el de 24 de octubre de 1983 (Aranzadi 6746) para enjuiciar a un miembro del Parlamento de Cataluña; el de 6 de diciembre del mismo año (Aranzadi 6747), para enjuiciar a un miembro del Gobierno de la Comunidad de Cantabria; el Auto de 19 de enero de 1984 (Aranzadi 6748) para enjuiciar a un miembro del Parlamento Canario; Auto de 9 de febrero de 1984 (Aranzadi 6749) para enjuiciar a un procurador de las Cortes de Castilla y León; Auto de 21 de marzo de 1984 (Aranzadi 6750) para enjuiciar a las autoridades en general, como ya hemos reseñado; Auto de 2 de julio de 1984 (Aranzadi 6751) para enjuiciar al honorable Sr. Jordi Pujol, etcétera.

23. O los presidentes de Diputación, diputados provinciales, alcaldes y concejales. Estos cargos políticos, elegidos democráticamente, han visto suprimido el fuero especial que tenían reconocido en el artículo 416, 1, de la Ley de Régimen Local, texto refundido, aprobado por Real Decreto de 24 de junio de 1955, por el artículo 385 y 386 del Reglamento sobre Organización, Funcionamiento y

nas ocasiones en las leyes no aparece y no resiste una ligera confrontación.

De lo contrario, el fundamento básico del fuero: la dignidad de la función se vendría abajo y surgirían nuevos planteamientos y dudas en torno a la exégesis del principio de igualdad de todos los españoles, tan pomposamente consagrado en el artículo 14 de nuestro texto constitucional; posibilidad que carece de sentido y resulta superada jurisprudencialmente.

Como la reflexión de este punto desborda con creces los límites de una exposición de este tipo, baste decir que no se produce vulneración alguna por tales fueros al citado principio, y de ello es exponente claro la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, en la interpretación del alcance del artículo 14 y de sus justificadas excepciones.

Así, para el Tribunal Constitucional, la salvaguarda de este principio no comporta que en todo caso la igualdad suponga o implique: «... un tratamiento legal igual, con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia pública. Toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación; la igualdad sólo es violada cuando la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación proporcionada de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida...» (Sentencia del Pleno de dicho Tribunal Constitucional, de 2 de julio de 1981, BOE de 20-7-1981).

Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, de 17-5-1952. Según un reciente Auto del Pleno —como Sala de Justicia— de la Audiencia Territorial de Madrid, de 18-12-1986, «tal aforamiento especial de las citadas autoridades locales» «debe entenderse derogado en la actualidad, y sometidas aquellas autoridades, en consecuencia, a las normas ordinarias de competencia establecidas en el artículo 14 de la LECrim.». Para el Pleno de la AT, los artículos citados en primer lugar han quedado derogados por la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, y por el Real Decreto Legislativo 78/1986, de 18 de abril, que ajusta el texto refundido en materia de régimen local, aduciendo que amén de contravenir el artículo 9, 1 y 6, de la LOPJ, resulta contrario al propio artículo 117, 3, de la Constitución (y 9, 2).

Frente a ello, choca que el legislador, dentro del ámbito de la jurisdicción militar, tenga intención de ser profusamente generoso en el enjuiciamiento de mandos, jefes y oficiales militares, en favor de la Sala futura de lo militar del Tribunal Supremo, Sala de Justicia del futuro Tribunal Militar Central, y de los futuros Tribunales Militares Territoriales... ¡incluso de tenientes y administrativos de los Juzgados Togados Militares! En tal sentido, consúltense los artículos 23, n.º 2 y 3, y 30, 34, etc., del Proyecto de Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, Suplemento n.º 28/1986, del Boletín de Información del Ministerio de Justicia de 15-12-1986.

Igualmente, la de 22 de noviembre de 1982 (BOE de 10 de diciembre), señala que la «... existencia de diferencias del trato jurídico, no significa por sí sola violación del artículo 14 de la Constitución, siempre que la diferencia posea una justificación razonable, de acuerdo con el sistema de valores que la Constitución consagra...». O la de 28 de julio de 1982 (BOE de 18 de agosto), de 14 de julio de 1982 (BOE de 4 de agosto), o la más explícita de 10 de noviembre de 1981 (BOE de 19 de noviembre), cuando señala «... el principio de igualdad jurídica consagrado en el artículo 14, hace referencia inicialmente a la universalidad de la ley, pero no prohíbe que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso», etc., etc.<sup>24</sup>

2. Aún más ilustrativo de la falta de uniformidad, congruencia y paridad del sistema actual, resulta el análisis comparativo —respecto de los gobernadores— del fuero de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Recientemente, estos cuerpos han sido objeto de novedosa regulación, mediante una Ley de rango orgánico, de 13 de marzo de 1986 (BOE de 14 del mismo mes). Esta norma legal, que viene a dar desarrollo al artículo 104 de la Constitución, contiene entre otros algunos preceptos que no podemos por menos de significar.

En primer lugar, su artículo 1, párrafo 1, mantiene que la seguridad pública es competencia exclusiva del Estado, y que su mantenimiento corresponde al Gobierno de la nación; en el artículo 2, se delimitan y definen las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (tanto los dependientes del Gobierno del Estado, como los de las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales); en el 9,3 —reténgase su texto— se dice literalmente que: En cada provincia el *gobernador civil ejercerá el mando directo de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, con sujeción...*; en el 11, n.º 1, al desarrollar las funciones de estos cuerpos se le asigna entre otras misiones, las de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades, garantizar la seguridad ciudadana..., velar por el cumplimiento de las leyes, etc., etc..., «ejecutando las ór-

24. Vid. notas anteriores y A. CANO MATA, *El principio de igualdad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Edit. Rev. Dcho. Privado, Madrid, 1983 (toda la obra examina las resoluciones del Alto Tribunal que afectan de alguna manera al artículo 14); GARRIDO FALLA y otros, *op. cit.*, pp. 256 a 262; G. PECES-BARBA, *Los valores superiores*, Tecnos, S.A., Madrid, 1984, pp. 148 a 169; L. SÁNCHEZ AGESTA, *El sistema político de la Constitución española de 1978*, Edit. Rev. Dcho. Privado, Madrid, 1985, pp. 102 a 106.

denes que reciban de las autoridades en el ámbito de sus respectivas competencias», etc., etc...

En este contexto de ideas, al legislador de 1986 —el mismo de 1985— le pareció —dada la delicada función de los agentes de estos cuerpos y su alta responsabilidad—, oportuno advertir en la Ley, en su artículo 8, lo siguiente: «La jurisdicción ordinaria será la competente para conocer de los delitos que se cometan contra miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, así como de los cometidos por éstos en el ejercicio de sus funciones. Iniciadas unas actuaciones por los Jueces de Instrucción, cuando éstos entiendan que existen indicios racionales de criminalidad por la conducta de miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, suspenderán sus actuaciones y las remitirán a la Audiencia Provincial correspondiente, que será la competente para seguir la instrucción, ordenar, en su caso el procesamiento y dictar el fallo que corresponda... Cuando el hecho fuese constitutivo de falta, los Jueces de Instrucción serán competentes para la instrucción y el fallo, de conformidad con las normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.»<sup>25</sup>

La ausencia de un criterio uniforme de la legislación española vigente, en este caso no puede ser más visible y a la vez absurda: independientemente de la cualificación subjetiva que para cada uno de nosotros merezca el otorgamiento de aforamiento especial (en este caso, efectivo ante las Audiencias Provinciales) a unos modestos, pero muy respetables funcionarios —policías nacionales, autónomos o guardias civiles—, es lo cierto que lo tienen reconocido sin ambigüedad,

25. En la misma Exposición de motivos de la Ley, se justifica tal privilegio competencial, aludiendo a su ya raigambre histórica. En efecto, primeramente, la Ley de 13 de febrero de 1974 atribuyó claramente el conocimiento de los delitos cometidos por funcionarios del Cuerpo General de Policía —en el ejercicio de sus funciones—, a las Audiencias Provinciales, tramitándose conforme a las normas del Capítulo III, del Título III, del Libro IV de la LECrim. (incluso con reserva del procesamiento a la Audiencia Provincial y con la tramitación de la instrucción, a cargo de los Jueces de Instrucción). Para las faltas eran competentes estos últimos. Posteriormente, la Ley de 4 de diciembre de 1978, siguiendo la anterior, modificó la competencia objetiva y funcional en favor de los procesos contra los funcionarios del Cuerpo General de Policía Nacional, conociendo de la fase instructora y plenaria la Audiencia Provincial respectiva. Igual que antes ocurría respecto a las faltas.

En realidad, todos los autores —citados en notas anteriores— referían en sus exposiciones estas materias, como procesos especiales por delito o como procedimientos de garantía reforzada, cuando en verdad se trata no de procedimientos especiales, con entidad autónoma, sino de excepciones o aforamientos específicos en favor de estos funcionarios. *Vid.*, en este sentido, E. GÓMEZ ORBANEJA y V. HERCE QUEMADA, *op. cit.*, 8.ª ed., 1975, p. 345.

mientras que, sus más cualificados mandos naturales (gobernadores) se encuentran despojados del mismo.

De tal manera, que si afrontáramos un supuesto de la vida real, nada ilusorio por cierto, de coautoría delictiva de un gobernador civil con integrantes de Fuerzas de Seguridad, en cumplimiento por estos últimos de órdenes emanadas de aquel, a no ser por la entrada en juego de las reglas de conexidad en el proceso penal,<sup>26</sup> unos, los subordinados, los que cumplen órdenes de su jefe directo en la escala de mando quedarían sometidos a la instrucción sumarial tramitada por la Audiencia Provincial, mientras que el otro (el gobernador civil) se vería sometido a una paralela instrucción sumarial, llevada a cabo por el Juzgado de Instrucción de turno.

Las hipótesis, además, pueden ser múltiple (casos de represión o violación flagrante de derechos constitucionales e individuales, como el de huelga, el de libertad de expresión, asociación o manifestación, el de libertad de movimientos, etc., etc.), y por su diversidad de naturaleza, intensidad y penas correspondientes, podría conducir a una distinción de trato irresoluble, a la vez que inconsecuente.

3. Esta defectuosa sintonía o adecuación político-legislativa —que deberá afrontarse en un futuro inmediato—, puede tener una solución acertada, si tienen en cuenta todos los factores que entrar en juego; y siempre que el aforamiento se otorgue conforme a normas de rango de ley; que señale a un órgano investido de jurisdicción, y que esté más en consonancia con el rango real de la autoridad aforada. En este sentido visto el *status* de los actuales gobernadores civiles españoles, al menos, debería partirse de la exigencia de que sus delitos, sean instruidos y fallados —en paridad de trato con los agentes policiales, subordinados en su labor de conservación del orden público—, por las Audiencias Provinciales, si no fuere más correcto atribuir la competencia a los futuros Tribunales Superiores de Justicia...

En otras palabras, oponerse a que la fase instructora y decisoria (competencia objetiva y funcional) se atribuya como mal menor a las Audiencias Provinciales (órganos de orden provincial como el gobernador), significando que ello vulnera y priva la actuación del juez natural, nos parece violento y un menosprecio a la digna labor de tales autoridades.

Además, las ventajas de una atribución de este tipo, en definitiva,

26. Cf. A. DE LA OLIVA SANTOS, *La conexión en el proceso penal*, Edic. Univ. de Navarra, Pamplona, 1972, pp. 67 a 74, 87 a 93, etc.

conducen a la obtención de unas mayores garantías de seguridad, eficacia y acierto, a la hora de dicho enjuiciamiento.<sup>27</sup>

En otra dirección, el argumento básico del aforamiento de los gobernadores, ha de fundamentarse, no tanto en la búsqueda de una asimilación privilegiada en relación a los agentes del orden o a la figura del delegado del Gobierno, o funcionarios del Ministerio Fiscal, sino en el objetivo de dar una respuesta atenta y suficiente a la fiscalización penal de sus acciones u omisiones; a la exigencia en ellas de un mayor rigor por su carácter de autoridad, con dedicación exclusiva en la realización y materialización del bienestar, seguridad y libertad de sus conciudadanos.

Y si lo creemos así, ¿qué mayor garantía, que en todo evento, sean tribunales colegiados, los que con una mayor discrecionalidad por su confluencia de pareceres, puedan juzgar no ya a humildes funcionarios, sino también a personajes como el gobernador, que aún devaluados, siguen conservando una posición preeminente de poder y fuerza ante los administrados?

Piénsese que la innovación apenas se daría, ya que, con arreglo a las normas procesales y penales vigentes, la mayoría de los supuestos delictivos, ya caerían bajo el ámbito de las Audiencias, y por tanto, estaríamos en presencia de un aforamiento mitigado, esto es tan sólo visible en la instrucción sumarial, y en la adopción de algunas medidas precautorias, como es la del procesamiento...

4. En este contexto de ideas, la fundamentación va ahora dirigida a postular y abogar, porque esa competencia al atribuirse a las Audiencias o bien Tribunales Superiores regionales, lo fuera también con el concurso de la institución del Jurado.<sup>28</sup> Y ello ¿por qué?, pues, resumi-

27. La tradicional discusión de las ventajas o desventajas de los órganos judiciales colegiados, frente a los unipersonales, creo que para este supuesto, debe decantarse en favor de los primeros, sin que ello signifique, desconfianza alguna respecto a los últimos; pero dadas las circunstancias del caso, es preferible la colegialidad para una visión más diversa y a la vez completa, frente a un proceso penal de esta naturaleza. Sobre este punto, entre otros, vid. S. DOMÍNGUEZ MARTÍN, *Estudio sobre la LOPJ*, vol. I, Cuadernos de Documentación, n.º 4, Presidencia del Gobierno, Madrid, 1982, pp. 73 a 75; GARRIDO FALLA y otros, *op. cit.*, pp. 1746 y ss.; C. ONECHA SANTAMARÍA, *Formación de la sentencia en los órganos colegiados*, en *Rev. de Dcho. Procesal Iberoam.*, n.º 1, pp. 205 y ss.; L. PRIETO CASTRO, *Derecho de Tribunales*, cit., p. 196.

28. Como decía el magistrado D. Hilario Núñez de Cepeda en su obra antijuradista *El Jurado* (La Coruña, 1933, p. 55), el jurado es el *alma mater* del Tribunal Popular!, y así, sobre la institución del jurado la bibliografía es vastísima. Reflejamos aquí los más interesantes debates doctrinales de futuro, respecto a ella, J. A. ALEJANDRE, *La justicia popular en España. Análisis de una*

damente por las siguientes razones: a) Históricamente es constatable que en nuestro país, la atribución al Jurado del conocimiento de delitos cuyo sujeto activo o agente específico, son funcionarios o autoridades públicas, ha sido ya una realidad. Así, por ejemplo, la primitiva Ley del Jurado de 1888, en su artículo 3, al constituir y fijar el elenco o lista de tipos delictivos, en cuyo fallo intervenía el Jurado, enumeraba una serie de delitos específicos y especialmente encajables para su comisión por la figura que estudiamos, a saber, la traición, el cohecho, la malversación de caudales públicos, toda la gama de delitos contra el ejercicio de los derechos reconocidos a los ciudadanos...

Así se mantuvo, pese a las modificaciones de la Ley de 1 de enero de 1900, del Decreto de 27 de abril de 1931, y 12 de septiembre del mismo año, y la Ley de 27 de marzo de 1933, hasta la suspensión de la Institución en 1936.

Especialmente, el último tipo delictivo adquiere renovado relieve, por afectar a lo más característico y decisivo de las funciones de los gobernadores en la presente etapa democrática.

b) El establecimiento del aforamiento en la manera expuesta, no choca con obstáculos legales insalvables, más bien al contrario, puede acogerse y hacerse realidad adaptándose a las previsiones contenidas en la propia LOPJ.

El momento es a su vez oportuno, pues estamos en vías de la implantación del Jurado, en una fase de breve compás de espera hasta que el Gobierno afronte y clarifique el modelo de Jurado que considera más conveniente.

De ese modo, cumpliéndose el mandato del artículo 122 de la Constitución, se actualiza y desarrollan las líneas programáticas, que acer-

*experiencia histórica: los Tribunales de Jurado*, Univ. Complutense, Madrid, 1981, pp. 245 y ss.; L. BARDAJI GÓMEZ, *Consideraciones en defensa del jurado*, en *Rev. El Poder Judicial*, 1.ª época, n.º 7, 1983, pp. 77 y ss.; M. CID CEBRIÁN, *La regulación del jurado ante la reforma de la LECrim.*, *Rev. El Poder Judicial*, 1.ª época, 1982, pp. 87 y ss.; adhiriéndonos íntegramente a las tesis —por su claridad y óptica de futuro— del profesor J. V. GIMENO SENDRA, *La acción popular, el jurado y los Tribunales de escabinos*, en *Comentarios a la Legislación penal*, tomo I, EDERSA, Madrid, 1982, en especial la p. 368; G. LÓPEZ MUÑOZ Y LARRAZ, *La justicia penal por jurados*, en *Rev. de Dcho. Procesal Iberoam.*, 1980, n.º 1, pp. 105 a 129; L. PRIETO CASTRO, *Derecho de Tribunales*, cit., pp. 192, 201, 202, 234; R. SORIANO, *Argumentos y líneas programáticas de un Jurado de escabinos para España*, en *Rev. El Poder Judicial*, 1.ª época, n.º 15, 1985, pp. 41 y ss. (este autor propone una amplia competencia para el jurado, y en especial que conozca de los delitos derivados de la vulneración del ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, a lo cual nos adherimos)...

ca del mismo han prevenido diversos artículos de la antedicha Ley Orgánica.

De forma concreta, el capítulo IV del título II del Libro I de dicha Ley, al especificar las atribuciones de las Audiencias Provinciales, aprovechó el contenido del artículo 83 para imponer en su n.º 1 que «el juicio del Jurado se celebrará en el ámbito de la Audiencia Provincial u otros Tribunales y en la forma que establezca la Ley».

Por ende, el propio precepto avanza las bases mínimas a las que habrá de ajustarse la prometida Ley del Jurado; bases que quedaron comprendidas en su n.º 2, significando literalmente que «... La Ley del Jurado deberá regular su composición y competencias, teniendo en cuenta los siguientes principios: a) la función del jurado será obligatoria y deberá estar remunerada durante su desempeño. La Ley regulará los supuestos de incompatibilidad, recusación y abstención;<sup>29</sup> b) la intervención del ciudadano en el Jurado deberá satisfacer plenamente su derecho a participar en la Administración de Justicia reconocido en el artículo 125 de la Constitución; c) la jurisdicción del Jurado vendrá determinada respecto a aquellos delitos que la ley establezca; d) la competencia para el conocimiento de los asuntos penales sujetos a su jurisdicción se establecerá en función de la naturaleza de los delitos y la cuantía de las penas señaladas a los mismos.»

5. Esas premisas o principios informadores mínimos, contenidos en el artículo 83 de la LOPJ, a los que en buena lógica habrá de someterse la futura Ley del Jurado, pensamos, pueden apoyar la argumentación y los planteamientos que venimos sosteniendo.

Si ha de satisfacerse de modo «pleno» (absoluto, total por tanto, sin recortes), el derecho de la ciudadanía a participar en la Administración de Justicia,<sup>30</sup> ¿no es acaso un buen medio y manera de participar y de

29. Vid. A. GISBERT GISBERT, *La obligatoriedad de la función del jurado*, en *Rev. El Poder Judicial*, 1.ª época, n.º 15, 1985, pp. 35 y ss.

30. Frente a las tesis de los antijuradistas, por ejemplo, N. ALCALÁ ZAMORA, *A propósito del Jurado*, en *Boletín del Consejo de Abogados de Madrid*, 1980, pp. 9 a 37 o de V. FAIRÉN GUILLÉN, *Los Tribunales de Jurado en la Constitución de 1987*, Madrid, 1979, puede oponerse lo siguiente: por un lado, la realidad impone su implantación, pues como dice SÁNCHEZ AGESTA (*op. cit.*, pp. 177 a 178), el derecho del pueblo a participar en la Administración de Justicia mediante el Jurado, es un derecho político y una garantía, específicamente democrática «al menos», dice este autor, «en otros países», ¿y por qué no va a resultar en el nuestro? Téngase en cuenta que incluso el artículo 99 de la Constitución de 1931 señalaba que la responsabilidad penal de los jueces y magistrados —profesionales— por delitos en el ejercicio de sus funciones, era exigible ante el Tribunal Supremo, ¡con intervención de un jurado especial! Vid. además, A. GISBERT GIS-

contribuir a la sagrada misión de la Justicia, el juzgar y conocer de aquellos delitos y faltas cometidos por los gobernantes que de modo más cercano afectan a su vida cotidiana? ¿Qué mejor oportunidad puede aprovecharse para que el ciudadano participe y el legislador, por la vía de la Ley del Jurado, atribuya la competencia a éste para el enjuiciamiento de los delitos por razón de su cargo cometidos por diversas autoridades públicas, como los gobernadores civiles, alcaldes, concejales, etc.? ¿Acaso no sea ésta la forma de exacción de responsabilidad penal más democrática, ante el especial agravio y afrenta que supone para la colectividad ciudadana, la comisión de tales hechos por aquellos sujetos?

Dentro del propio artículo 83 queda embebido el criterio subjetivo de la cualidad de la persona del imputado, que en combinación con el de la naturaleza de los delitos y la cuantía de la pena, absorbería la mayoría de los tipos, y que cometidos por esta clase de autoridades quedarían plenamente bajo el ámbito de conocimiento del futuro Jurado.

Otro argumento de política legislativa y judicial se impone: nadie podría alegremente acudir a cicateros argumentos de desconfianza en las resoluciones, apoyándose en pretendidas afinidades o no afinidades de los jueces técnicos con el enjuiciado, resultando así la independencia del poder judicial mejor preservada de ataques verbales, demasiadas veces injustificados...

En todos los países civilizados los enjuiciamientos de figuras políticas aparecen rodeados de unas mayores garantías de independencia y objetividad, y es aquí, donde los jueces profesionales deben jugar su gran papel de estricta observancia al Derecho y de adecuada formación respecto a la ignorancia de los jueces legos. Éstos, a su vez, en cuanto ciudadanos pronunciándose sobre la exactitud y veracidad del relato de hechos imputado, no sólo contribuirán a alejar toda sospecha de parcialidad política, sino que en cuanto Jurado democrático, reflejarán y enriquecerán la básica operación de enjuiciar al aflorar su sensibilidad de ciudadanía que reprocha la actuación delictiva de su representante gubernamental a nivel provincial. A *sensu* contrario contribuirá a dejar claros los supuestos de inocencia o denuncia injustificada.

De todas formas, la cualificación técnica y ética de los jueces profe-

BERT, *En defensa del jurado*, en *Rev. Gral. de Derecho*, enero de 1983, pp. 43 y ss.; *Id.*, *El Jurado en las Memorias de la Fiscalía del Tribunal Supremo. La parcialidad de los Jurados*, en *Rev. Jurídica La Ley*, n.º 1639, de fecha 3-2-1987, pp. 1 a 3; R. DE PINA, *op. cit.*, pp. 40 a 42.

sionales serviría de freno ante posibles decisiones demasiado impulsivas, o incluso partidistas o poco objetivas de alguno de los jueces legos...

Como ya adelantamos, la previsión legislativa únicamente supondría una mínima alteración de las normas de competencia funcional (trasvase de la labor instructora a la Sala como complemento a su fase de pronunciamiento), y de la objetiva (asunción total de todo tipo de delitos con independencia de su intensidad o gravedad de la pena, y también respecto de las faltas).

De este modo y a través de la Ley del Jurado, se daría mayor dinamismo a la solución apuntada de este punto, y queda salvada la reserva de ley que el otorgamiento de un fuero de este tipo exige, y que el artículo 9, n.º 1 de la LOPJ impone, para el ejercicio válido de la jurisdicción por los Tribunales.

«... Pero la intervención de los jueces legos es también provechosa para los jueces letrados. No porque éstos puedan descargar su responsabilidad sobre aquellos. Sobre el jurista debe recaer siempre la carga principal de la responsabilidad y, precisamente, si el elemento lego es numéricamente mayoría. La intervención de legos es un auxilio para el jurista cuando debe amoldar el resultado de su pensamiento jurídico al sentido jurídico profano. Por cierto que se corre el riesgo de caer en la "subjetivación" de la Justicia; y para los legos se vuelve a menudo difícil comprender el valor de lo jurídico, especialmente de las formalidades procesales y de las reglas objetivas de valoración. Pero cuando el jurista está íntimamente seguro de la justicia de sus concepciones, deberá encontrar la vía para solucionar a los jueces legos sus "prejuicios" sentimentales y convencerlos del valor y de la necesidad de los resultados "jurídicos". Si no lo consigue, puede tener un motivo para revisar su propio pensamiento y preguntarse si el hábito y la rutina no habrán influido en su modo de pensar.»

## VI. CONCLUSIONES Y PROPUESTA DE FUTURO

A modo de síntesis o recopilación de todo lo expuesto en los cinco apartados anteriores, cabe retener las siguientes conclusiones:

*Primera.* Hasta al menos la promulgación de la Constitución de 1978, fue pacífica en la doctrina y la jurisprudencia, la aseveración de

que los gobernadores civiles gozaban de aforamientos o fuero especial ante la Sala 2.ª del Tribunal Supremo en el enjuiciamiento de los delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos, con dejación expresa de las reglas generales de competencia objetiva y funcional. A nivel legislativo, y por expresa indicación de las Leyes Orgánicas ya derogadas y de la LRJAE y demás disposiciones reglamentarias de desarrollo, la cosa no admitía discusión alguna.

*Segunda.* La sanción de la Constitución y el sentido de sus artículos 91 y 102, pareció enterrar y predisponer un intento de superación o, al menos, restricción de los privilegios de fuero asignados a la mayoría de las autoridades políticas y administrativas; sin embargo, en el desarrollo normativo de la Carta Magna (Estatutos de Autonomía, LOPJ, etc.) no se ha seguido esa línea, sino que, por contra, se les ha asignado a una nueva multiplicidad de cargos institucionales de nuevo cuño: miembros del CGPJ, Tribunal de Cuentas, Defensor del Pueblo, miembros de los gobiernos autónomos, miembros de sus Cámaras Legislativas, delegados del Gobierno, agentes de los Cuerpos de Seguridad, etc., etc...

*Tercera.* La vigente LOPJ de 1985, acabando con toda incertidumbre posible, deja definitivamente sin vigor el aforamiento de los gobernadores civiles por vía de la omisión (al igual que otras leyes lo han hecho respecto de diversas autoridades locales: alcaldes, concejales...); estando, en consecuencia, en estos instantes, sometidos a las reglas ordinarias del artículo 14 y siguientes de la LECrim., y correspondiendo, por lo general, la instrucción a los jueces del mismo nombre y el fallo a las Audiencias Provinciales. En cuanto a las faltas, y de momento, han de ventilarse ante los Juzgados de Distrito.

*Cuarta.* El régimen actual, considerando la configuración presente del gobernador civil y sus antecedentes históricos, no se presenta como plenamente satisfactorio; primero, por las contradicciones que comporta la atribución de fuero a los agentes subordinados a su actividad de mantenedor de la seguridad y el orden público; y segundo, por ser poco acorde con su dignidad, prestigio y con las responsabilidades que asume, pese a la pérdida de competencias que ha sufrido. Por eso, cuando se dote de contenido competencial al Jurado, el enjuiciamiento de sus delitos podría constituir una de sus innovaciones.<sup>31</sup>

31. Esa innovación sería concorde con el deseo del actual de Gobierno de dotar al Jurado de una amplia operatividad (así se desprende de las declaraciones del Ministro de Justicia, Sr. Ledesma, muy recientemente, al Diario ABC de Madrid, en el día 1 de febrero de 1987).

Partiendo de estas conclusiones se construye esta propuesta de *Leges ferenda*: la instrucción de los posibles delitos o faltas, con independencia de la naturaleza y de las penas para ellos asignada —cometidos en el ejercicio de sus funciones por los gobernadores civiles— y exclusivamente en estos casos, pudiera atribuirse a las Salas Penales de las Audiencias Provinciales —en su caso, de los Tribunales Superiores de Justicia—. Asimismo, el fallo o resolución correspondería a las mismas Salas, con la participación del Jurado.

Esta propuesta parte no de la tradicional idea de privilegio procesal para determinada clase de ciudadanos, sino de razones de política procesal, que exigen una mayor seguridad, transparencia y participación ciudadana en el enjuiciamiento de las posibles transgresiones punitivas de los gobernantes de una sociedad democrática avanzada y a la altura del siglo XXI. Para terminar este conjunto de reflexiones, quizá pesadamente reiteradas, vamos a copiar unas palabras que pueden servir para la meditación profunda de la legislación que se avecina, y que se deben al profesor de la Universidad de Heidelberg, Dr. Eberhard Schmidt,<sup>32</sup> y que dicen así:

## NOTAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DE JUECES Y MAGISTRADOS

Claudio MOVILLA ÁLVAREZ  
Presidente de la Audiencia Territorial de Sevilla

### SUMARIO:

I. El Juez independiente. — II. El Juez responsable: las diversas formas de responsabilidad — III. La responsabilidad disciplinaria del Juez: concepto. — IV. La responsabilidad disciplinaria del Juez en el marco constitucional. — V. La regulación introducida por la Ley Orgánica del Poder Judicial: A) Organos competentes para la exigencia de responsabilidades; B) La tipificación de los comportamientos sancionables: disciplina y potestad jurisdiccional; C) Procedimiento para la exigencia de responsabilidad: sus diversas fases; D) Dos problemas importantes en relación a la efectividad de las sanciones impuestas. — VI. El principio *non bis in idem* en la responsabilidad disciplinaria de Jueces y Magistrados.

### I. EL JUEZ INDEPENDIENTE

El artículo 117 de la Constitución española de 1978, en su inciso primero, establece con toda rotundidad que «la justicia se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la Ley». Vemos, pues, que lo que se está proclamando en este inciso es una visión del órgano jurisdiccional y de la postura institucional que ocupa dentro de la estructura del Estado, caracterizadas por las fundamentales notas de independencia (ya veremos más adelante frente a quién) y de vinculación única y exclusiva al

32. Cf. Eberhard SCHMIDT, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho procesal penal*, versión castellana del Dr. José Manuel Núñez, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, p. 337.

mandato soberano del legislador. Estas notas referidas no a la función que se ejerce sino al órgano que la detenta, que parecen bastante obvias y aceptadas por el común de la doctrina, conviene que sean resaltadas y defendidas frente a posturas minoritarias, como la representada por el profesor De la Oliva Santos,<sup>1</sup> quien sostiene que resulta peligroso hablar de independencia del «Poder Judicial»<sup>2</sup> y que lo importante es la independencia de cada Juez en el ejercicio de su poder o función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Cierto que la independencia institucional del Juez se manifiesta y adquiere plena virtualidad al aplicar el Derecho objetivo al caso concreto, pero resultaría muy problemático que aquella independencia funcional, concreta, pudiera persistir y mantenerse si como antecedente previo el juzgador no disfrutara de un Estatuto especial, que no privilegiado, garantizador de su independencia no menos que de su responsabilidad. Lo que el profesor De la Oliva Santos parece postular es, aunque empleando un lenguaje bien diverso y desde posturas políticas también diferentes, el mismo concepto de independencia judicial que durante tantos años se nos ha venido ponderando en nuestro país como el modelo a seguir, propia de un Juez enclaustrado en su conciencia individual y dueño de una gran dosis de coraje individual para saltar por encima de las dependencias institucionales en que se encontraba metido. Reivindicar, si aún hay que reivindicar, la independencia institucional del Juez, la consideración del Poder Judicial como un verdadero poder sin ninguna clase de comillas, no supone convertirlo en un grupo de presión, en una fuerza social con influencia en la dirección y el ritmo de desenvolvimiento de la vida de un país. Degeneración y peligro que sí podría producirse si el otorgamiento de la necesaria independencia no fuera acompañado de un sistema de controles, de unas exigencias de responsabilidad que eviten la autonomización y el corporativismo.

La independencia del juez, no referida estrictamente al plano de la concreta actuación, remite, como señala Linde Paniagua,<sup>3</sup> a la compleja temática de cuáles sean las condiciones de todo orden que hace posi-

ble el actuar independiente de los jueces, o sea, al establecimiento de un Estatuto del Juez y de unos principios de actuación que le hagan inmune a las ingerencias de cualquier otro poder institucional o social. Cuestión ésta de una indudable complejidad que la Constitución enmarca en los artículos 117, párrafos 1 y 2 y que en mi entender aún no ha tenido el adecuado desarrollo, al resultar insuficientes las previsiones de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Esa independencia intrínseca del Poder Judicial exige, como apunta el mismo Linde Paniagua, que exista una auténtica independencia relacional de aquél, una no mediatización de su actuación a través del comportamiento que pueden adoptar no sólo el poder ejecutivo, en particular el Ministerio de Justicia, sino también la organización burocrática en que el Juez se encuentra inmerso e incluso el propio órgano de gobierno del Poder Judicial. Y aún conviene añadir que el sometimiento exclusivo del juez a la ley no supone dependencia alguna en relación a los órganos creadores de aquélla en lo que se refiere al ejercicio de la función jurisdiccional, opinión que confirma con toda claridad el artículo 76 de la Constitución, al establecer que las conclusiones de las Comisiones de investigación no serán vinculantes para los Tribunales ni afectarán a las resoluciones judiciales. Aspecto éste que es necesario resaltar en contra de una cierta tentación de jacobismo parlamentario muy extendida en ciertos sectores de nuestro país, con olvido de que la sumisión a la ley no supone sumisión al Poder legislativo y menos aún implica vinculación del Poder Judicial a cualquier acto de las Cámaras.<sup>4</sup>

La independencia del Poder Judicial o de los Jueces y Magistrados si así se quiere, nunca puede tener un sentido de privilegio corporativo o servir de instrumento para su autonomización en la articulación de los aparatos del Estado, al margen de la que sea necesaria para el desempeño de la misión que tiene constitucionalmente asignada y en esto sí que estamos de acuerdo con el profesor De la Oliva Santos. Pero tampoco, como indica P. Andrés Ibáñez,<sup>5</sup> debe confundirse interesadamente con la imparcialidad que puede darse al margen de la independencia intrínseca e incluso con la neutralidad ideológica o el «fundamental apoliticismo de la Judicatura» o ser confinada como atributo metafí-

1. Andrés DE LA OLIVA SANTOS, *La demolición de la Administración de Justicia en la futura Constitución de 1978*, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, II-III, abril-septiembre de 1978.

2. El entrecomillado es, por supuesto, del autor.

3. Enrique LINDE PANIAGUA, *Independencia del poder judicial y regímenes autonómicos*, en *El Poder Judicial*, vol. II, p. 1701, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983.

4. Juan MONTERO AROCA, *La función jurisdiccional y el status de Jueces y Magistrados*, en *Documentación Jurídica*, enero-junio, 1985, 45-46, p. 103.

5. Véase *El Poder Judicial*, Editorial Tecnos, Temas Clave de la Constitución, Madrid, 1986, p. 118.

sico en el alma del Juez, que por lo mismo podría, sin asomo de contradicción, permanecer encerrado en la trama de nada sutiles mecanismos de influencia y poder, de un control burocrático que, como ha dicho Simón, «puede llegar a inculcar al Juez una mentalidad de funcionario subalterno».

## II. EL JUEZ RESPONSABLE: LAS DIVERSAS FORMAS DE RESPONSABILIDAD

El artículo 117 de la Constitución y demás que le siguen configuran un Poder Judicial a través de una serie de principios que deben inspirar su constitución, organización y funcionamiento. Sometimiento a la ley, independencia, unidad y exclusividad de la jurisdicción, inamovilidad, autogobierno, responsabilidad, reserva legal para regular el Estatuto del Juez, son valores y principios propios de un Poder Judicial a la altura de la definición del Estado español como social y democrático de Derecho, al margen de la cuestión valorativa de si el desarrollo posterior de aquellos principios ha sido el más adecuado para su real funcionalización.

Aunque en su constancia constitucional estos principios están señalados en forma acumulativa y sin ningún criterio de jerarquía, hay que entender sin mayores esfuerzos que el sometimiento del Juez a la ley, al Ordenamiento Jurídico en su conjunto aunque con diversos matices en cuanto al grado de vinculación, eliminando cualquier otra clase de dependencia<sup>6</sup> y como consecuencia la inmunidad a la acción de otros poderes estatales, sociales, de las partes o incluso del propio Poder Judicial, es el principio básico del que los demás tienen un cierto carácter instrumental, aunque no por ello menos exigible. Como dice Gimeno Sendra,<sup>7</sup> «la legitimación de la actividad judicial estriba en la sumisión del Juez a la Ley y en su independencia, que es, en definitiva, lo que la sociedad reclama del oficio judicial». Independencia y hay que volver a insistir en ello, que no sólo debe ser externa frente al legislativo y el ejecutivo (no creo que Montesquieu haya muerto, al menos en el sentido en que quiere dársele como difunto), sino tam-

6. Sometimiento a la ley que tampoco es incondicionado ni absoluto al permitirse a los Jueces y Magistrados el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

7. GIMENO SENDRA, *Poder judicial, potestad jurisdiccional y legitimación de la actividad judicial*, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, 23, 1978, p. 336.

bién interna, prohibiendo a los demás órganos jurisdiccionales y de gobierno cualquier interferencia en la misma. El nuevo sistema de designación de los miembros del Consejo General del Poder Judicial no supone ninguna modificación de su posición institucional en relación a los miembros del Poder Judicial. Con toda rotundidad lo afirma el inciso primero del artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, conforme al cual «en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, los Jueces y Magistrados son independientes respecto a todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial». Independencia que puede quedar sensiblemente deteriorada a través de la incidencia que en la potestad jurisdiccional tiene la aún existente estructura jerárquica-burocrática de la «carrera» o en un desbordamiento de la potestad disciplinaria conferida al Consejo General del Poder Judicial.

El artículo 117 de la Constitución, al señalar los principios básicos del Poder Judicial, establece como uno de éstos el de la responsabilidad de Jueces y Magistrados, sin realizar mayores especificaciones en cuanto a su concreto contenido, pero eliminando radicalmente toda posibilidad, como no podía ser menos, de identificar independencia con ausencia de todo tipo de control. Constancia la del artículo 117-1 que no es sino la especificación del principio general del artículo 9-1 de sometimiento de los poderes públicos a la Constitución y al resto del Ordenamiento Jurídico y de la interdicción de la arbitrariedad en la actuación de aquéllos.

La responsabilidad del Juez no puede estimarse como una degeneración o perversión del fundamental valor de la independencia, ni siquiera como una limitación de ésta, sino como el instrumento a través del cual adquiere su verdadera finalidad y se muestra en su real sentido, marginando todo ingrediente corporativista y toda tentación «autonomizadora». Como indica T. S. Vives Antón,<sup>8</sup> «reconocer la existencia de un conflicto entre la independencia y responsabilidad no significa asumir las soluciones dadas en el pasado al dilema, sino que obliga, puesto que la Constitución se refiere a las dos y exige que juntas caractericen la posición, a profundizar en la sutil dialéctica que las aúna y contrapone». Y añade el citado profesor: «La conciliación de ambas es ciertamente imposible si se absolutiza cualquiera de ellas. Un juez absolutamente independiente habría, por eso mismo, de ser

8. T. S. VIVES ANTÓN, *La responsabilidad del Juez en el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial*, en *Documentación Jurídica*, enero-junio, 1985, 45-46, p. 339.

irresponsable y, al contrario, un juez absolutamente responsable, que hubiera de rendir cuentas a una instancia superior de todos los aspectos de su actividad, dependería por entero de dicha instancia.» Por eso, en opinión de P. Andrés Ibáñez,<sup>9</sup> «aunque temáticamente la materia de la responsabilidad del Juez pudiera entenderse de un relieve secundario, en tanto que predispuesta sólo para entrar en el juego de los supuestos que cabría llamar patológicos, se encuentra íntimamente ligada a la filosofía del sistema judicial en su conjunto». Yo añadiría que también con el sistema político total, en particular por lo que respecta a la elasticidad y eficacia de las diversas formas de responsabilidad.

El repetido artículo 117 de la Constitución no indica cuáles sean las formas o supuestos de responsabilidad exigibles, si bien del propio texto constitucional y de la tradición jurídica ya cabría deducir que aquellas responsabilidades serían la civil, criminal y disciplinaria, que son en definitiva las recogidas en los capítulos I, II y III del Título III de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Aunque de forma tal vez excesivamente simplista, podría decirse que las dos primeras clases de responsabilidad (penal y civil) hacen referencia a la posición del Juez como detentador de la potestad jurisdiccional, tienen su origen en comportamientos derivados del ejercicio de aquella potestad, en tanto que la disciplinaria hace referencia a la consideración del Juez como miembro de una forma de organización, la judicial, como elemento personal de un servicio público y con el incumplimiento de los deberes exigibles como consecuencia de aquella incardinación. Debiendo señalarse que esta responsabilidad disciplinaria, utilizada no como instrumento garantizador de la normalidad en la prestación del servicio, sino como sistema de control político e incluso moral, ha primado sobre las otras formas de responsabilidad, del mismo modo que la consideración del Juez como funcionario jerárquicamente burocratizado, se ha superpuesto a su estimación como servidor de la Ley y el Derecho.

A pesar del rechazo, hoy bastante generalizado, a la consideración de la función de juzgar como absolutamente «apolítica», como la simple integración técnica de dos premisas silogísticas, apreciación que desconoce las opciones valorativas que están siempre presentes en la actividad jurisdiccional, no parece posible en razón del sistema institucional del Poder Judicial en nuestro país y en especial por la forma

de reclutamiento de sus componentes, al margen de la voluntad popular o de los legítimos representantes de ésta, articular una forma de responsabilidad política en sentido propio, ya que su consecuencia típica —el cese—, entraría en conflicto con la garantía constitucional de inamovilidad, con la posible excepción de los Jueces de Paz que configura la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial.

Pero si una responsabilidad política en sentido institucional no aparece como viable, sí es posible y me atrevo a decir que absolutamente necesaria una responsabilidad política difusa a través del sometimiento a la crítica pública, a la opinión popular, que no tiene que ser solamente la plasmada en los medios de comunicación. Así, Ramat considera a estas manifestaciones de la responsabilidad difusa como plenamente pertinentes y las únicas en sociedades como la actual capaces de someter al Juez a su verdadero «juez natural», entendiendo que muchas de las objeciones que se le oponen derivan de que no se ha superado una cierta fascinación por el concepto de responsabilidad jurídica.

### III. LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DEL JUEZ: CONCEPTO

La admisión de una potestad disciplinaria en relación a los Jueces y Magistrados presenta unas especiales connotaciones derivadas de la posición institucional de aquéllos, servidores de la Ley y el Derecho antes que componentes de una organización burocrática, necesitados de una sustancial independencia y detentadores de una potestad, la jurisdiccional, que puede verse interferida en su concreta funcionalización por el momento disciplinario. Por ello los criterios y principios que rigen lo disciplinario en relación a los demás servidores del Estado, tienen que ser modulados y en ocasiones cuestionados en lo que respecta a los miembros del Poder Judicial, evitando que las naturales exigencias de la Administración de Justicia como servicio público, como organización que satisface una determinada demanda social, exigencias que deben ser protegidas y salvaguardadas, puedan significar un menoscabo o deterioro de la independencia judicial y del sometimiento exclusivo de Jueces y Magistrados al imperio de la Ley.

La responsabilidad disciplinaria del Juez no tendría sentido de haber persistido aquella figura de juzgador preconizada por Montesquieu, designado por elección popular, de duración temporal, some-

9. P. ANDRÉS IBÁÑEZ y Claudio MOVILLA, *El Poder Judicial*, cit., p. 138.

tido férreamente al mandato de la ley e independiente del ejecutivo al no existir una «carrera» o cuerpo de jueces profesionales, sistema que no pudo consolidarse, ya que, como señala Luis Mosquera,<sup>10</sup> «la acentuada tecnificación de la función judicial hizo imposible la subsistencia del sistema de elección popular y fue necesario crear un cuerpo de jueces profesionales, respecto de los cuales se hacía imprescindible adoptar una serie de actos y medidas tendentes a organizar y a aplicar individualmente las normas reguladoras de su estatuto jurídico». Si desde la perspectiva del juez electivo y temporal las formas de responsabilidad tenían que ser únicamente la penal y civil y sobre todo la política, la fundamentación en la responsabilidad del juez en base a criterios de disciplina es algo que forma parte del sistema judicial napoleónico y está unida a esa articulación de la organización judicial como carrera.

El manto de lo jerárquico-burocrático sobre la potestad jurisdiccional y la consideración del juez-funcionario se solapan sobre su valoración como servidor de la Ley y el Derecho, produciendo como importante consecuencia que su responsabilidad se centre, incluso numéricamente, en los aspectos disciplinarios, marginando otras formas de responsabilidad más congruentes con la condición del Juez como miembro de uno de los poderes del Estado. La característica fundamental en este punto, como afirma Fassone,<sup>11</sup> es «de una parte la afirmación de una sujeción elástica, latente y penetrante que liga al juez hacia arriba; de otra parte, una sustancial garantía de impunidad del juez hacia abajo que lo desvincula de una responsabilidad efectiva frente al usuario de la justicia».

Debemos añadir que la funcionalización del instituto disciplinario en nuestro país no ha ido encaminada, ni siquiera se ha pretendido justificar en base a una defensa de la adecuada normalidad en la prestación del servicio, corrigiendo las disfuncionalidades de aquél y reprimiendo la infracción de los deberes profesionales, sino que se ha movido en torno a los ambiguos valores del prestigio, el decoro, el honor de la carrera, postura de la que son representativas definiciones como la de J. Rodríguez del Barco: «La potestad disciplinaria tiene la fina-

lidad primordial de mantener los principios de disciplina, respeto y subordinación jerárquica entre los distintos miembros de la carrera judicial, al mismo tiempo que velar por el prestigio en todos los órdenes de la Administración de Justicia»; o la de Jiménez de Asenjo, que la consideraba preordenada al mantenimiento de la subordinación y disciplina, el decoro y prestigio de la clase y de la Administración de Justicia en general.<sup>12</sup> Fundamentación de lo disciplinario que servía de coartada para encubrir otra menos confesable y más encaminada a la supresión del disenso y a la asunción de los valores sociales, culturales y políticos de la cúpula judicial.

#### IV. LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DEL JUEZ EN EL MARCO CONSTITUCIONAL

No hace falta una gran argumentación para llegar a la conclusión de que el sistema de responsabilidad disciplinaria existente en nuestro país con anterioridad a la promulgación de la Constitución, era totalmente incompatible con alguno de los valores superiores que aquélla proclama, como son el pluralismo y la libertad; con derechos básicos como lo son la seguridad o la defensa de la intimidad e incluso con principios organizativos del Poder Judicial como son la independencia y el sometimiento en exclusividad a la Ley. Era necesario una inversión del punto de vista dominante y una reconducción de lo disciplinar a su único posible fundamento, que sólo puede ser la defensa de la normalidad en la prestación del servicio público de la justicia y la corrección de la vulneración de los deberes estatutarios del Juez. Una nueva concepción del instrumento disciplinar en la forma sugerida por Trocker, quien lo concibe como «un medio de tutela del ciudadano contra las degeneraciones de la Administración de Justicia en el plano de la corrección y de la eficacia». Un giro copernicano que abandona el tributo a valores tan ambivalentes, como pueden ser el decoro, el prestigio, el honor y poner su acento en la protección del usuario de la justicia, vinculando la responsabilidad disciplinaria a la «falta de servicio», marginando todo tipo de comportamiento

10. LUIS MOSQUERA, *El Poder judicial en la Constitución*, en el libro colectivo *La Constitución española de 1978*, dirigido por A. Predieri y García de Enterría, Editorial Civitas, 1980, p. 693.

11. E. FASSONE, *Il giudice tra indipendenza e responsabilità*, en *Rivista italiana di Diritto e Procedura penale*, 1980, p. 6.

12. E. JIMÉNEZ ASENJO, *Organización judicial española*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1952, p. 129; J. RODRÍGUEZ DEL BARCO, *Compendio de Derecho Judicial. Organización de Tribunales*, Editorial Revista de Derecho Privado, 1962, pp. 77-78.

que haga referencia a la vida privada o a la intimidad del Juez. Sin embargo, en mi opinión, la definición de Trocker peca de excesiva amplitud, al permitir la inclusión de supuestos desencadenantes de la responsabilidad atinentes al contenido material de la actividad jurisdiccional, que debe permanecer inmune a lo disciplinario sin perjuicio de la exigencia de otras responsabilidades. En el Juez, a diferencia del funcionario público, el contenido material de su potestad jurisdiccional nunca puede ser objeto de control o mediatización, ya que ello supondría un ataque a la independencia y al sometimiento único a la Ley.<sup>13</sup>

El título VI de la Constitución sólo hace dos referencias directas a la responsabilidad del Juez: una en el artículo 117-1 de carácter muy genérico y atinente a las diversas formas de responsabilidad y otra más específica en el artículo 122-2 al conferir al Consejo General, entre otras competencias, el régimen disciplinario de Jueces y Magistrados. A pesar de esta parquedad de referencias directas a la responsabilidad disciplinaria, del conjunto del texto constitucional pueden extraerse una serie de datos que sirvan para enmarcar el futuro desarrollo legal.

En el propio artículo 1.221 encontramos un doble condicionamiento: en primer lugar, la exigencia de que el desarrollo del régimen disciplinario tenga lugar a través de ley orgánica, no bastando la ley ordinaria ni mucho menos el desarrollo reglamentario, por lo que los posibles Reglamentos de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en forma tan cuestionable, se reserva el Gobierno en la Disposición Adicional Primera de la Ley Orgánica del Poder Judicial, inciso segundo, nunca podrían entrar en el ámbito de lo disciplinario. Por otra parte, en el mismo artículo 112-2 la atribución de la competencia disciplinaria se atribuye al órgano de gobierno del Poder Judicial, o sea, a su Consejo General, eliminando cualquier posible ingerencia de otros poderes. Competencia la del Consejo General que se hace en forma primaria y no de forma exclusiva y excluyente, lo que posibilita a nivel constitucional la competencia disciplinaria de otros órganos de gobierno del Poder Judicial, posibilidad que se ha visto confirmada con la promulgación de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Ya no en referencia directa pero por obligada aplicación del texto

13. En relación a este problema, véase GIMENO SENDRA, *Fundamentos del Derecho procesal*, Editorial Civitas, Madrid, 1981, p. 69; PICARDI, *Problemi attuali della responsabilità del giudice*, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, diciembre de 1979, p. 1490.

constitucional, surgen otros condicionamientos en el desarrollo normativo de la potestad disciplinaria: el 24 garantiza la tutela jurisdiccional y el derecho de defensa de los sometidos a expediente disciplinario; el 25 exige que los comportamientos reprochables sean objeto de la adecuada tipificación, eliminando la elasticidad y el arbitrio en la apreciación de aquéllos: el 106 somete a revisión de los Tribunales la actividad de la Administración, también como es lógico la disciplinaria, sea cual sea el órgano al que se refiere la potestad; el principio de seguridad jurídica que recoge el artículo 9-3, conlleva la exigencia de que la imposición de la sanción se haga a través del procedimiento predefinido y con sujeción a todos los elementos garantísticos; el conferimiento en exclusiva de la potestad jurisdiccional a los Jueces y Magistrados —art. 117-3—, elimina toda posibilidad de que los mecanismos disciplinarios entren en el control del contenido material de las resoluciones judiciales.

La Ley Orgánica 1/1980 de 10 de enero que atribuyó en el artículo 2-3 la competencia al Consejo General para los expedientes disciplinarios, competencia genérica que en concreto se residenciaba en la Comisión Disciplinaria y en los órganos de gobierno de los Juzgados y Tribunales, no modificó para nada, lo que no podía menos de constituir un sensible reparo, la descripción de los comportamientos sancionables muy poco acordes con los valores constitucionales, el pluralismo cultural y social, el derecho a la privacidad y la seguridad jurídica al acudir al recurso técnico de unas tipificaciones sumamente elásticas. Sistema que ha permitido, como dice Vigoritti,<sup>14</sup> «disciplinar cualquier comportamiento y aspecto particular de la vida del Magistrado, comprendido el más lejano al ejercicio de las funciones, en una visión orgánica y omnicompreensiva de la relación de pertenencia del individuo a la corporación».

#### V. LA REGULACIÓN INTRODUCIDA POR LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL

La Ley Orgánica del Poder Judicial dedica a la responsabilidad disciplinaria el capítulo III del Título III, pero en otras partes de la ley se hacen referencias explícitas o implícitas a esta materia. Así, en

14. V. VIGORITTI, *La responsabilità del giudice*, Il Mulino, Bolonia, 1984, p. 69.

el artículo 12 que garantiza la independencia de Jueces y Magistrados en el ejercicio de la potestad jurisdiccional respecto a los órganos judiciales y de gobierno; el 107 sobre la atribución de competencia genérica en lo disciplinario al Consejo General del Poder Judicial; los 127-6, 133, 152-1-5 y 160-14 sobre la distribución concreta de dicha competencia entre el Pleno del Consejo General, la Comisión Disciplinaria, Salas de Gobierno y Presidentes de Tribunales Superiores de Justicia o Audiencias Territoriales.

#### A) Órganos competentes para la exigencia de responsabilidades

La determinación legislativa de a qué órganos o poderes se atribuye la competencia para la exigencia de responsabilidad disciplinaria, es materia de decisiva importancia en razón de que a través del ejercicio de aquella y por muchas declaraciones retóricas que se hagan proclamando la independencia del Poder Judicial, ésta puede sufrir sensibles embates o atenuaciones, lo que inevitablemente ocurrirá si se da entrada en dicha potestad a instancias ajenas a los órganos de gobierno de aquél.

La atribución de la competencia disciplinaria ha quedado constitucionalizada en el artículo 22-2 de la norma fundamental, al conferir al Consejo General del Poder Judicial aquella competencia y remitir a la futura ley orgánica el régimen disciplinario de los miembros de la organización judicial. La norma constitucional no significa ninguna concesión al corporativismo, en razón de la composición del Consejo y el sistema de designación, plasmada aquella en la propia Constitución y regulado el segundo en la Ley Orgánica del Poder Judicial, que da una intervención decisiva a las Cámaras legisladoras.

Aunque la dicción del citado artículo 122-2 podría hacer pensar en una atribución exclusiva y excluyente al Consejo de la potestad disciplinaria y de gobierno, es lo cierto que en la Ley Orgánica se confieren importantes atribuciones en aquellas materias a la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia, que ejercerán las funciones que la citada ley les atribuye y sin perjuicio de las que correspondan a los Presidentes de dichos Tribunales y a los titulares de los restantes órganos jurisdiccionales (artículo 104 LOPJ). La apertura de lo disciplinario a órganos ajenos al Consejo General del Poder Judicial no significa, en mi entender, que se haya desbordado y vulnerado el texto constitucional, ya que la dicción del artículo 122-2 tiene que ser interpretada, no

en el sentido de que el Consejo General sea el órgano único de gobierno y disciplina, sino que es el órgano superior y definitivo, por supuesto en vía administrativa, bien porque se le atribuya la resolución de los expedientes de mayor trascendencia en razón de la sanción a imponer y de la conducta realizada, bien porque conoce a través de los recursos de alzada de las sanciones impuestas por otros órganos de gobierno e incluso por la posibilidad, como se verá más adelante muy discutible, de ordenar a los otros órganos de gobierno la apertura de expediente.

El artículo 133 de la LOPJ, que atribuye de un modo genérico a la Comisión Disciplinaria del Consejo «la competencia para la instrucción de expedientes disciplinarios y la imposición de las sanciones correspondientes, tiene que ser integrado con el 421-4 que la defiere al Pleno del Consejo en los casos en que la sanción a imponer consista en traslado forzoso o separación y con los incisos primero y segundo del mismo precepto que establecen la competencia a favor de los Presidentes o de las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia, Audiencias Territoriales por el momento, en los supuestos de faltas leves o graves, quedando la competencia de la Comisión Disciplinaria circunscrita a los casos de faltas muy graves cuando la sanción a imponer no sea separación o traslado.

Los criterios para la distribución de competencia son uno de carácter material y otro funcional. Aquél está basado no tanto en la gravedad del comportamiento reprochable como en la importancia de la sanción a imponer, al menos en lo que se refiere a las faltas muy graves —artículo 417 de la LOPJ—, tal como se deja señalado. En los demás supuestos disciplinarios la atribución de competencia se hace en base al criterio material de la gravedad del comportamiento, confiando el conocimiento y resolución de los expedientes a los Presidentes del Tribunal Supremo, Audiencia Nacional o Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Territoriales, en los casos de falta leve y a las Salas de Gobierno de aquellos órganos en los de falta grave, si bien debe señalarse que la sanción a imponer por éstas puede ser multa de hasta 50.000 pesetas o represión que también es común a las faltas leves.

Dos elementales consideraciones conviene hacer a propósito de esta distribución de competencias disciplinarias. La primera es que el conferimiento de la competencia no puede estimarse como un supuesto de delegación, ni siquiera de delegación *ex lege*, como una transferencia de una competencia originaria y propia del Consejo General o de su Comisión Disciplinaria, sino como un caso de desconcentración de

funciones, técnica de amplia aplicación en el campo del Derecho Administrativo y en consecuencia los acuerdos de las Salas de Gobierno y Presidentes de Tribunales y Audiencia son actos administrativos propios de estos órganos, con la consiguiente posibilidad de recurso, como así aparece en la Ley Orgánica, ante el Consejo General del Poder Judicial, alzada que no sería posible si se tratara de una especie de delegación.

La otra consideración tiene más bien el carácter de interrogante y es si esta atribución de competencia a órganos surgidos de la organización jurisdiccional no puede suponer un resquicio para la entrada de un corporativismo que se quiso eliminar en la composición del Consejo General del Poder Judicial, así como una posibilidad de control ideológico en la propia actividad jurisdiccional, al identificarse en cierta forma los titulares de la jerarquía gubernativa con los detentadores del control jurisdiccional. Peligros ambos que podían haberse evitado de haberse acogido los cuestionados Consejos Territoriales, cuya cacareada «intrínseca perversidad», por emplear una expresión utilizada por alguno de sus detractores, está siendo ahora objeto de revisión y de una crítica mucho más matizada y más lejana al dogmatismo jacobinista.<sup>15</sup>

**B) La tipificación de los comportamientos sancionables: disciplina y potestad jurisdiccional**

La tipificación concreta de los comportamientos susceptibles de reproche disciplinario para Jueces y Magistrados es cuestión de indudable importancia por la incidencia que puede tener en la independencia judicial, en la atribución de exclusividad a aquéllos de la función jurisdiccional y en la proclividad del instrumento disciplinario a ser utilizado como forma de control ideológico y de inducción a la domesticidad jerárquica. Como dice P. Andrés Ibáñez,<sup>16</sup> «el verdadero punto nuclear del asunto radica en la determinación de si existe o no alguna zona del quehacer del juez que deba ser inmune a la actividad inspectora disciplinaria, que no quiere decir ajena a todo tipo de exigencia

15. Véanse C. JIMÉNEZ VILLAREJO, *El Poder judicial en el Estado de las Autonomías*, en el libro colectivo *Jornadas de Estudio del Consejo General del Poder Judicial*, p. 665; C. MOVILLA ÁLVAREZ, *El autogobierno de la justicia*, en el mismo libro, p. 253; L. MOSQUERA, *El Poder Judicial en la Constitución*, cit., p. 731.

16. P. ANDRÉS IBÁÑEZ, *El Juez entre independencia y disciplina*, *El País*, 30 de abril de 1987.

de responsabilidad». Zona de inmunidad que el querido compañero encuentra en el modo como el juez adquiere sus datos, forma su convicción, elige la norma aplicable y motiva sus decisiones. En igual sentido, Eduardo Jauralde<sup>17</sup> no cree que la exigencia de responsabilidad disciplinaria permita el examen con censura crítica de fondo de las resoluciones judiciales, que podrá dar lugar a una responsabilidad penal o civil pero nunca disciplinaria.

El instrumento disciplinario sólo puede hacer referencia a las relaciones organizativas en que se encuentra inmerso el Juez, a la condición de éste como funcionario encuadrado en unas estructuras burocráticas, a la infracción de los deberes propios del servicio público de la Administración de Justicia y de los que le obligan en razón de su Estatuto propio, pero sin afectar para nada al estricto momento jurisdiccional, ya que ello supondría una clara inmisión en la independencia garantizada constitucionalmente. Es cierto que el Juez puede equivocarse, puede vulnerar el Derecho material o procesal en su concreto quehacer tanto intencionalmente como en forma culposa; pero el remedio a estas anomalías no puede venir por una línea inspectora o de disciplina, sino a través de los remedios procesales o de la exigencia, hasta el momento bien parca, de otras formas de responsabilidad. Lo disciplinario no puede hipertrofiarse hasta el punto de convertirse en una forma anormal de control o en un instrumento, no menos anormal, de inducción al consenso. Y esa inmunidad de lo jurisdiccional a lo disciplinario tampoco puede pervertirse por una inadmisibles diferenciación, que no tiene apoyo legal ni teórico, entre la resolución judicial como acto de voluntad, de imperio, de mando y de lo que tiene como acto de razonamiento, de juicio lógico, de encadenamiento motivador del fallo que se dicta. El respeto al Estado de Derecho y a los valores democráticos tiene una serie de servidumbres y entre ellas tal vez no sea la menor el tener que respetar, mientras no se remedie procesalmente, las ocurrencias y decisiones de quienes no se hacen acreedores a ese respeto proclamado a nivel constitucional y legal. Pero mucho me temo que sería peor remedio el colocar una instancia de control disciplinario-policial al lado del Juez, instancia a la que se pretende magnificar como depositaria de la cambiante y de muy difícil comprobación, opinión popular o sensibilidad social.

Pero al margen de esa inmunidad de lo jurisdiccional, hay otro re-

17. E. JAURALDE, *La responsabilidad del juez*, en *Poder Judicial*, 3, p. 16.

ducto en que no puede entrar lo disciplinario y es la intimidad del Juez, la defensa de la privacidad a que tiene derecho como toda persona, su espacio de libertad cultural, social, moral, religiosa y política, con excepción en este campo de la limitación, discutible pero de obligado acatamiento, del artículo 127 de la Constitución y el 395 de la LOPJ, aspectos aquéllos que nada tienen que ver con el ejercicio de la función jurisdiccional ni con la forma en que se presta el servicio público de la justicia. La posibilidad que se rechaza de una inmisión de lo disciplinario en los espacios de libertad del juez responde a una concepción moralizante de la función y la figura de aquél, a las que se pretende revestir de un halo de prestigio cuasi sacerdotal que reclama el extrañamiento de la sociedad civil, un distanciamiento de las tensiones y conflictos que constituyen a aquélla. Por ello, un precepto como el del artículo 734-5 de la Ley Provisional sobre organización del Poder Judicial, en la redacción introducida por la Ley de 20 de diciembre de 1952, que permite la sanción disciplinaria de Jueces y Magistrados, «cuando por la irregularidad de su conducta moral o por vicios que les hicieran desmerecer en concepto público, comprometieran el decoro de su ministerio o realizaran actos incompatibles con los deberes que impone la profesión judicial», chocaba frontalmente con la nueva legalidad constitucional tanto por su carácter moralizante como por su agresión al principio de tipicidad.

La regulación introducida por la nueva Ley Orgánica en estos aspectos sustantivos de la responsabilidad disciplinaria da un paso importante en la atribución a aquélla de unas connotaciones que tienen únicamente relación con la situación funcional del Juez y con la vulneración de los deberes del cargo, que inmediatamente se traducen en una irregularidad objetivamente perjudicial para los usuarios de la justicia, habiendo desaparecido toda prescripción de índole moralizante o enfocada al control ideológico.<sup>18</sup> Por otra parte, la descripción de comportamiento que se hace en los artículos 417, 418 y 419 de la LOPJ no hacen referencia alguna a supuestos de responsabilidad derivados del momento decisorio del juez, lo que es perfectamente congruente con lo dispuesto en el artículo 12-1 de la LOPJ, conforme al cual «en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, los Jueces y magistrados son independientes respecto a todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial. Como señala Antonio Porrás Nadales,<sup>19</sup> «la Adminis-

tración de Justicia se trata claramente de un sector de la vida del Estado en el que criterios jerárquicos y vinculantes, propios de una esfera de gobierno o administración, pueden colisionar por los principios de horizontalidad funcional y libertad decisorial, que garantizan el postulado de la independencia del Poder Judicial: tienen un carácter objetivo que no dependerá directamente de la esfera del Estado, judicial o ejecutiva, en que esté formalmente incardinada la función del gobierno del Poder Judicial».

La visión funcional del juez, su incardinación en una organización jerárquica y en muchos aspectos aún tributaria de lo burocrático, no puede hipervalorarse hasta el punto de permitir una entrada en el momento jurisdiccional, que debe estar a salvo de invasiones o interferencias desde otras sedes orgánicas en clave de censura o control, que, como dice P. Andrés Ibáñez,<sup>20</sup> «siempre será censura previa por la conocida operatividad inhibitoria de la proyección de este tipo de mecanismos en la conciencia del intérprete».

La especial modulación de la responsabilidad disciplinaria de Jueces y Magistrados se percibe muy claramente al compararla con la regulación de la establecida para los funcionarios públicos en el Reglamento aprobado por Decreto 33 de 1986 de 10 de enero. Si para aquéllos el instrumento disciplinario se queda en la periferia de la función estrictamente judicial, sin entrar para nada en el contenido de ésta o en la actividad razonadora que la precede, para el resto de los funcionarios públicos sí es posible una exigencia de responsabilidad disciplinaria en relación al contenido de la actividad decisoria, como se ve con toda claridad en el artículo 6, apartados a), b) y d) y en el 7, apartado h) del citado Reglamento Disciplinario de los Funcionarios Públicos.

El rechazo a la inmisión de lo disciplinario en la actividad jurisdiccional no aparece tan claro, al menos en mi opinión, en relación a aquellas actuaciones judiciales que no suponen el estricto momento decisorio, sino que tienen un carácter más medial o están relacionadas con aquél, como pueden ser las decisiones sobre la publicidad en la celebración de los actos judiciales o la utilización de las lenguas oficiales, en que la exigencia de responsabilidad podría venir por la vía del artículo 418-6 o del 419-2 de la LOPJ. Y también hay que plantearse la posibilidad de la actuación disciplinaria, en aquellos supuestos en

18. P. ANDRÉS IBÁÑEZ y Claudio MOVILLA ÁLVAREZ, *El Poder Judicial*, cit., p. 146.

19. A. J. PORRÁS NADALES, *El Consejo General del Poder Judicial según la*

*sentencia 108/1986 de 29 de julio sobre la Ley Orgánica del Poder Judicial*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 19, enero-abril, 1987, p. 241.

20. *El juez entre independencia y responsabilidad*, cit.

que no existe ninguna clase de motivación de la resolución judicial o aquélla es tan extraña a la finalidad de la propia resolución, que más bien estamos en presencia de una ausencia absoluta de motivación, casos éstos en que la tipificación de la conducta podría venir por el cauce del artículo 418-2, al constituir una vulneración de lo dispuesto en el artículo 248 de la LOPJ.

Para terminar con este apartado debo referirme a dos reproches que ya han sido puestos de relieve por otros autores. Uno es la discriminación que resulta de la comparación entre el apartado primero del artículo 418 y el primero del 419, al considerar aquél como falta grave «la falta de respeto ostensible a los superiores en el orden jerárquico...», en tanto que sólo tiene entidad de leve, «la desconsideración con iguales o inferiores en el orden jerárquico...» (art. 491-2), evidente tributo a una concepción jerárquica y burocratizada de la «carrera» en relación a comportamientos de idéntica o semejante entidad. También es merecedora de crítica la tipificación que se hace en el artículo 417-5, que considera falta muy grave «los enfrentamientos graves y reiterados, por causas imputables a los Jueces y Magistrados, con las Autoridades de la circunscripción en que desempeñen su cargo», en razón no sólo de la ambigüedad con que está redactado el precepto, sino también porque no se hace alusión alguna a las causas o motivos de los enfrentamientos, ni a la validez o invalidez de aquéllos, ya que el que la causa sea imputable al Juez o Magistrado no significa o no debe significar una descalificación de la actitud de enfrentamiento, e incluso puede ser muy loable por constituir una defensa de la posición institucional del Poder Judicial frente a otros poderes del Estado o instituciones públicas.

### C) Procedimiento para la exigencia de responsabilidad: sus diversas fases

Hace algunos años escribía García de Enterría<sup>21</sup> que «frente al afinamiento de los criterios y métodos del Derecho Penal, el derecho sancionatorio administrativo ha aparecido durante mucho tiempo como un derecho represivo primario y arcaico, donde seguían teniendo cabida las antiguas y groseras técnicas de la responsabilidad objetiva, del

21. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *El problema jurídico de las sanciones administrativas*, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 10, p. 409.

*versari in re illicita*, de supuestos estimativos y no tipificados legalmente de las infracciones, de procedimientos sancionatorios no contradictorios, posibilidad de la *reformatio in peius*, prueba de presunciones...», panorama desolador que llevaba al ilustre profesor a decir que el Derecho Administrativo sancionador era un derecho represivo prebeccariano.

Es evidente que desde el año 1976, en que Enterría hace su pesimista diagnóstico, la situación ha cambiado profundamente y que algunos de los reparos señalados se han eliminado o al menos se han atenuado, cambio motivado en primer término por la promulgación de la Constitución, pero también en forma importante por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, aunque en este órgano no sin algunas vacilaciones. Siguen persistiendo algunos reparos como pueden ser la no correcta funcionalización del principio *non bis in idem* o la defectuosa tipificación de algunos comportamientos, siendo también deseable la promulgación de un Código general de las infracciones administrativas, que establezca los principios generales de obligada aplicación a todos los sectores del Ordenamiento.<sup>22</sup>

Uno de los aspectos del derecho sancionador más necesitados de reforma era el relativo al cauce procedimental, ya que a pesar de la declaración terminante del artículo 133 de la Ley de Procedimiento Administrativo —«no podrá imponerse una sanción administrativa sino en virtud del procedimiento regulado...»—, como se dejaba a salvo lo dispuesto en procedimientos especiales, perduraban algunos de éstos muy ajenos a los principios garantísticos que deben entrañar cualquier posible imposición de sanción. La situación era totalmente incompatible con el principio de tutela efectiva que exige de modo ineludible el artículo 24 de la Constitución y de aquí las correcciones y derogaciones que ha tenido que hacer la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, para evitar vacíos legales.

El procedimiento que regulaba la responsabilidad disciplinaria de los miembros del Poder Judicial tampoco puede decirse que garantizase suficientemente los derechos de defensa de los afectados, aun después de la reforma introducida por la Ley de 20 de diciembre de 1952 en el artículo 737 de la anterior Ley Orgánica, falta de garantías que aún se hacía más sensible en los supuestos de sanciones no superiores a multa, en que el expediente sancionador se reducía a una sumaria

22. Sobre esta materia, véase J. SUAY RINCÓN, *El Derecho administrativo sancionador: perspectivas de reforma*, en *Revista de Administración Pública*, 109.

información con audiencia del interesado, tras de lo cual y la audiencia del Fiscal, el órgano sancionador resolverá lo pertinente a la vista del Fiscal, el órgano sancionador resolverá lo pertinente a la vista

La nueva regulación introducida por el Capítulo III del Título III de la LOPJ, puede decirse en términos generales que respeta los principios constitucionales en cuanto a garantías de defensa y salvaguarda del contradictorio. El único reparo está en la sanción de advertencia, que conforme al artículo 422-1 se impondrá sin más trámites que la audiencia del interesado, previa una sumaria información de estimarse necesaria, regulación que recuerda la antes señalada del período preconstitucional y que debe ser corregida, ya que cualquier sanción al margen de su intrínseca gravedad puede tener una gran trascendencia para el sancionado, por lo que deben dársele todas las oportunidades de defensa y permitírsele todos los medios de prueba admitidos en derecho.

Comparando el sistema disciplinario de Jueces y Magistrados con el previsto para los otros funcionarios públicos en el Real Decreto 33/1986 de 10 de enero, se puede comprobar una regulación más detallada e incluso más garantística en la segunda, sin que sea posible la aplicación supletoria del citado Real Decreto prevista en el artículo 3, en razón de la reserva a la Ley Orgánica del régimen disciplinario de Jueces y Magistrados, si bien algunas de las lagunas existentes en éste pueden ser salvadas mediante la aplicación supletoria de la Ley de Procedimiento Administrativo, a la que se hace una llamada expresa para la actuación del Consejo General del Poder Judicial en el artículo 142-1 de la LOPJ y para los actos de las Salas de Gobierno en el 156-2 del mismo texto legal.

El procedimiento se inicia por acuerdo del órgano que debe conocer del mismo (Consejo General del Poder Judicial, Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia o Presidente de éste). Sin embargo, hay que distinguir entre el acuerdo concreto de iniciar el expediente (art. 423 de LOPJ) que corresponde a los órganos citados y a la actividad promotora de dicho concreto acuerdo que puede ser del agraviado, derivarse de una orden judicial superior o a iniciativa del Ministerio Fiscal. No existe, pues, a diferencia del Derecho italiano, una reserva de legitimación a favor del Ministerio de Justicia o del Fiscal General del Tribunal de Casación,<sup>23</sup> sin que tampoco pueda hablarse de algo semejante a la acción popular, ya que la inicia-

tiva en caso de personas privadas aparece restringida al agraviado por el comportamiento que se somete a control disciplinario.

Presenta dificultad de interpretación lo que ha de entenderse como «orden judicial superior» a que hace referencia el inciso primero del artículo 415. Ni las Salas de gobierno ni los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia tienen «superior judicial» alguno al no tratarse de órganos jurisdiccionales sino gubernativos. La referencia ha sido interpretada en la praxis de actuación del Consejo General del Poder Judicial como mandato de este órgano a las Salas de Gobierno o a las Presidencias de los Tribunales Superiores, Audiencias por el momento, para que se inicie procedimiento disciplinario, en los casos en que la sanción a imponer no sea de la competencia de dicho Consejo. En mi opinión, esta práctica no es correcta, dado que las competencias sancionadoras aparecen atribuidas en forma exclusiva y excluyente a los distintos órganos de gobierno, sin que sea posible la avocación por el superior (gubernativo) de la competencia propia del inferior. El Consejo puede instar, promover, incitar, a la iniciación del expediente, pero no puede ordenar la incoación. Conviene recordar que las competencias gubernativas y disciplinarias de las Salas de Gobierno y Presidentes no tienen carácter de delegación, sino de desconcentración y por ello de exclusiva funcionalización por el órgano desconcentrado.

Las fases sucesivas del procedimiento son:

a) *Instrucción*, en que se practican por el Instructor cuantas pruebas y actuaciones conduzcan al esclarecimiento de los hechos y a determinar la responsabilidad del imputado, con intervención obligatoria del Ministerio Fiscal y en su caso de aquél, denominado en la Ley, interesado. Se plantea el problema de si el agraviado por la conducta del expedientado puede intervenir en el expediente al tener carácter de interesado conforme a las normas generales del procedimiento administrativo, intervención en mi entender perfectamente correcta aunque otro haya sido la práctica del Consejo General del Poder Judicial.

b) *Pliego de cargos* que se formula a la vista de las pruebas practicadas y que hace referencia únicamente a los hechos imputados, no por consiguiente a la calificación jurídica de aquéllos y a la posible sanción a imponer, a diferencia de lo previsto en el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos, que en su artículo 35-1 exige la constancia de aquellos extremos. El pliego de cargos se notificará al interesado (inculpado), quien puede proponer las pruebas que precise —art. 425-2 LOPJ—, sin que, en mi opinión, quepa re-

23. Véase Alessandro PIZZORUSO, *El Consejo Superior de la Magistratura en Italia*, en *Documentación Jurídica*, 42-44 vol. 1, p. 677.

curso autónomo contra la denegación de pruebas, si bien puede alegarse como motivación del posible recurso de reposición o alzada. No se establece ninguna limitación en cuanto a los medios de prueba a utilizar, por lo que hay que entender que serán admisibles todos los previstos en la Ley de Procedimiento Administrativo.

c) *Propuesta de resolución* que se formulará una vez practicadas las pruebas propuestas y aceptadas por el Instructor. Nada dice la LOPJ acerca del contenido de dicha propuesta que, en mi opinión y siguiendo la pauta marcada por el artículo 42 del Reglamento Disciplinario de los Funcionarios Públicos, deberá contener un relato preciso de los hechos imputados, motivando en su caso la denegación de las pruebas que hubieran sido propuestas por el inculpado; la valoración jurídica de aquellos hechos para tipificar la falta cometida señalándose la responsabilidad del Juez o Magistrado y la sanción a imponer. Es de señalar que en el régimen disciplinario de los miembros del Poder Judicial no existe como para los demás funcionarios el trámite de vista del expediente una vez practicadas las pruebas, lo que puede suponer una cierta aminoración de las garantías de aquéllos.

d) *Resolución* del expediente por la Autoridad competente que puede tener el siguiente contenido: 1) Estimar que la sanción a imponer no está dentro de las atribuciones de la autoridad que conoció del expediente, elevando el procedimiento con la propuesta correspondiente al órgano que sea competente; 2) Devolver el expediente al Instructor para que formule pliego de cargos, comprenda en éste otros hechos o complete la instrucción con nuevas pruebas; 3) Dicte resolución sobre el fondo del asunto imponiendo sanción o acordando el archivo de las actuaciones.

e) *Notificación de la resolución* que recaiga al Ministerio Fiscal y al interesado (inculpado) para que puedan interponer, en su caso, los recursos correspondientes. Aunque en mi opinión el agraviado, por ser interesado directo, podría personarse en el expediente, sin embargo la práctica del Consejo General es otra diferente y por consiguiente, al no serle factible la interposición de recurso tampoco parece obligatoria la notificación de la resolución, aunque sí parece conveniente para darle posibilidad de utilizar otras vías de responsabilidad al margen de las estrictamente disciplinarias.

f) *Recursos* en el supuesto de sanciones impuestas por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial (traslado forzoso y separación) será el de reposición como previo al contencioso-administrativo; cuando la sanción se impone por la Comisión Disciplinaria (faltas muy gra-

ves) el de alzada ante el mismo Pleno, que también será el competente para conocer de las alzadas contra los acuerdos sancionatorios de las Salas de Gobierno (faltas graves) y Presidentes de Tribunales y Audiencias (faltas leves), recursos que al no existir norma expresa reguladora en la LOPJ se tramitarán conforme a los preceptos generales de la Ley de Procedimiento Administrativo.

#### D) *Dos problemas importantes en relación a la efectividad de las sanciones impuestas*

Dos cuestiones de importancia surgen en relación al cumplimiento de las sanciones una vez adoptada la resolución por el órgano competente, cuestiones que ya han sido objeto de consideración por el Consejo General del Poder Judicial y el Tribunal Supremo, con valoraciones en uno de los casos muy diferentes e incluso contrapuestas.

1) Uno de los problemas se plantea en el supuesto de que la sanción impuesta sea la de separación o traslado forzoso y consiste en determinar si es preciso para que puedan llevarse a debido cumplimiento el informe previo de la Sala de Gobierno del órgano o territorio en que presta sus servicios el sancionado, dado que el artículo 388 de la LOPJ establece que «los procedimientos de separación, traslado, jubilación por incapacidad permanente y rehabilitación se formarán con la audiencia del Ministerio Fiscal y de la Sala de Gobierno respectiva, sin perjuicio de las demás justificaciones que procedan, y se resolverán por el Consejo General del Poder Judicial.

En mi opinión esta exigencia del informe previo de la Sala de Gobierno respectiva no está prevista para los procedimientos disciplinarios que se desenvuelven de acuerdo con lo previsto en los artículos 423, 424 y 425 de la LOPJ, en los que no aparece ninguna referencia al citado informe previo como requisito para imponer la sanción de separación y traslado. Como se deja señalado más arriba, las competencias del Consejo General, en Pleno o Comisión Disciplinaria, de las Salas de Gobierno y de los Presidentes de Tribunales y Audiencias, son atribuidas con carácter propio, en forma exclusiva y excluyente, sin que sea admisible la interferencia de alguno de aquellos órganos en cuanto a competencias disciplinarias que son las asignadas legalmente a otro diferente, a no ser a través de los recursos de alzada previstos en la propia Ley Orgánica. El informe de la Sala de Gobierno no establece un plus garantizador de la independencia del Juez o Magistrado afectado por la sanción, ya que también compete al Consejo defender aquella

independencia en razón de su posición constitucional. La situación es bien diversa de la existente con la anterior regulación de la Ley Provisional de 1870, en la redacción dada por la Ley de 20 de diciembre de 1952, que exigía la intervención por vía de informe de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo —art. 226 de la citada Ley Provisional—, informe que podía tener un cierto sentido garantizador en razón de que la destitución o traslación venía atribuida, como no podía ser menos en aras de la «unidad de poder y diversidad de funciones», al Consejo de Ministros.

El requisito del informe previo de las Salas de Gobierno previsto en el artículo 388 de la LOPJ no puede estimarse, sin embargo, como desprovisto de funcionalidad, ya que hace referencia a otros expedientes que, al margen de lo disciplinario, pueden desembocar en una resolución de separación o traslado, como son los previstos en el artículo 379-1 de la citada Ley, con excepción del apartado c), y en el 394 donde se regulan supuestos de incompatibilidad que dan lugar a expedientes de traslado. Esta opinión, con algún voto disidente, ha sido mantenida por el Consejo General del Poder Judicial y ha sido aceptada, aunque sea a través de un argumento *obiter dicta*, por el Tribunal Supremo en pleno en su sentencia de 9 de febrero de 1987 dictada en el recurso 97/1986.

2) La otra cuestión de importancia en relación al cumplimiento de las sanciones es la de su inmediata ejecutividad una vez dictada la resolución sancionadora al margen de los recursos que puedan interponerse por el sancionado.

El principio-privilegio de la inmediata ejecutividad de los acuerdos administrativos (arts. 33 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, 44 y 101 de la Ley de Procedimiento Administrativo, 51 de la Ley de Bases de Régimen Local y 8 de la Ley General Tributaria), principio que ya admitía atenuación en los supuestos en que de la ejecución inmediata del acto administrativo, sin esperar a la resolución de los recursos interpuestos, se derivaran perjuicios de imposible o muy difícil reparación, está hoy sometido a revisión en los planos teóricos, jurisprudenciales e incluso legales, revisión que se justifica en razones políticas, jurídicas y prácticas y que invierte totalmente la perspectiva existente hasta el momento, permitiendo la suspensión provisional siempre que con ella no se produzca o puedan producirse perjuicios graves para el interés general, camino seguido por la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona de 26 de diciembre de 1978 en el artículo 6-4, suspensión que

se produce de modo automático y sin ninguna clase de justificación, afianzamiento o depósito, en los casos de sanciones pecuniarias reguladas en la Ley de Orden Público.

La LOPJ, en su art. 425-7, también establece una sensible limitación a la ejecutividad inmediata, si bien con relación únicamente a las de mayor gravedad (suspensión, traslado «forzoso» y separación), sin que sea necesario alegar ningún perjuicio ni invocar cualquier otra causa. La ejecutividad de la sanción se remite al momento en que el acto sancionador hubiera ganado firmeza, suspensión automática y por ministerio de la ley que es diversa de la que se puede acordar en vía jurisdiccional por el Tribunal del orden contencioso-administrativo que conozca del proceso, en los supuestos en que de la ejecución del acuerdo sancionador se deriven perjuicios o daños de reparación imposible o difícil (art. 122-2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa) y siempre que se solicite la suspensión por el recurrente.

El problema está en la interpretación que deba darse a la expresión *firmeza*, al no tratarse de un concepto unívoco sino susceptible de diversos sentidos, ya que puede aceptarse que se refiere a aquel acto administrativo contra el que ya no cabe recurso alguno en vía administrativa o también el no susceptible de recurso alguno de vía administrativa o jurisdiccional. La ambigüedad de la Ley es manifiesta ya que de querer referirse a la no posibilidad de recurso en la citada vía administrativa, debió haberse empleado la expresión «acto que causa estado» en aquella vía o la de acuerdo no susceptible de recurso (también en la misma vía). El párrafo séptimo del artículo 425 emplea la expresión «firmeza», y este vocablo tanto puede referirse a la vía administrativa (no posibilidad de recurso de alzada o reposición) como de la jurisdiccional (sentencia contra la que ya no cabe recurso alguno excepto el de revisión).

Los trabajos parlamentarios no arrojan luz alguna sobre la *mens legislatoris*, ya que la limitación a la ejecutividad de las sanciones de suspensión, traslado y separación, fue introducida cuando el Proyecto de Ley Orgánica había sido aprobado por el Congreso, sin que en los textos de que dispongo haya encontrado ninguna justificación sobre la modificación introducida.

En mi opinión, el citado párrafo séptimo del artículo 425 pretende compaginar los intereses particulares del sancionado, aplazando la ejecutividad de la sanción al momento en que se haya agotado la vía administrativa y el interés público que se vería seriamente perturbado por

el mantenimiento en su puesto de un funcionario responsable de una conducta gravemente perjudicial para la Administración de Justicia, al margen de que ya en vía jurisdiccional se suspenda la ejecución de la sanción, cuando el Tribunal competente encuentre motivos para ello y sea solicitada por el sancionado. Debo reconocer, sin embargo, que esta opinión sustentada también por el Consejo General del Poder Judicial, no ha sido compartida por el Tribunal Supremo en un caso bien reciente, al mantener que la expresión «firmeza» no debe quedar circunscrita a la vía administrativa sino también a la jurisdiccional, no siendo posible la ejecución de sanciones de suspensión, traslado y separación, hasta tanto no se haya dictado sentencia definitiva. Las consecuencias de esta doctrina me parecen de una gran gravedad desde el punto de vista de la política judicial y en particular del prestigio del Consejo General del Poder Judicial, cuyos acuerdos sancionatorios en los casos de mayor importancia quedarán aplazados largo tiempo en razón de la lenta tramitación procesal.

#### VI. EL PRINCIPIO *non bis in idem* EN LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DE JUECES Y MAGISTRADOS

Cuestión fundamental en el ámbito del Derecho administrativo sancionador ha sido la interrelación e incidencia que se dan en aquellos supuestos en que un mismo comportamiento puede caer en la órbita del Derecho Penal ordinario y de la potestad sancionadora de la administración, en particular por lo que afecta a la compatibilidad entre ambas posibles sanciones. En términos generales puede decirse que el principio general ha sido la compatibilidad entre ambas sanciones, principio que está siendo objeto de revisión en diversos aspectos.

La posible compatibilidad, como señala García de Enterría,<sup>24</sup> que tiene explicación en el ámbito de lo disciplinario, ya que tratándose de

24. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *El problema jurídico de las sanciones administrativas*, cit., p. 415, trabajo luego recogido en las sucesivas ediciones de su *Curso de Derecho Administrativo*; en una perspectiva anterior a la Constitución de 1978, J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Independencia de la potestad sancionadora de la jurisdicción penal*, en *Revista de Administración Pública*, 47; L. MARTÍN RETORTILLO, *Sanciones penales y sanciones gubernativas*, en *Problemas actuales de Derecho penal y procesal*, Salamaca, 1971; J. RAMÓN PARADA VÁZQUEZ, *El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal*, en *Revista de Administración Pública*, 67.

ese tipo de sanciones originadas en el marco de las relaciones especiales de poder, no supone transgredir el principio *non bis in idem*, se ha extendido indebidamente a las sanciones administrativas de protección del orden general, en este caso sin ninguna clase de justificación, al no existir perspectiva diferente de enjuiciamiento y valoración de unos mismos hechos, como ocurre en el caso de las sanciones disciplinarias.

Aunque la aceptación del poder disciplinario de la Administración, de las plurales Administraciones, en relación a sus funcionarios, constituye una zona pacífica dentro del campo sancionatorio de aquéllas,<sup>25</sup> ello no impide que después de la promulgación de la Constitución, que sigue reconociendo una potestad sancionadora administrativa no sólo *ad intra* sino también *ad extram*, sea necesario buscar ciertos límites al ejercicio de dicha potestad, sobre todo cuando los hechos objeto del procedimiento sancionador encajan también en algún tipo delictivo,<sup>26</sup> así como determinar cuál sea la incidencia de los hechos que han sido objeto de conocimiento en el proceso penal en la paralela resolución administrativa y en el procedimiento que la precede. Lo cierto es que el Tribunal Constitucional, intérprete máximo de nuestra Constitución, en una de sus primeras sentencias ya respaldó la duplicidad de sanciones, administrativa y penal, incluso en aquellos casos en que fuera apreciada identidad del sujeto, hecho y fundamento, siempre que se trate de una relación de supremacía especial con la Administración, doctrina respaldada en posteriores sentencias del mismo Tribunal de 27 de noviembre de 1985 y 18 de julio de 1986.

En opinión de García de Enterría,<sup>27</sup> tratándose de sanciones disciplinarias, la acumulación a las mismas de penas judiciales no supone transgresión del principio *non bis in idem*, ya que si las sanciones disciplinarias parten de una relación de supremacía general poder público-súbdito, presuponen una infracción del orden general y desde este mismo orden, como un restablecimiento del mismo, parte la pena represiva. En otros términos, un mismo hecho es simultáneamente una infracción, aunque por fuerza diferente, para dos ordenamientos diversos, de modo que la reacción separada de éstos resulta también por

25. J. R. PARADA VÁZQUEZ, *El poder sancionador de la Administración...*, cit., página 46.

26. Véase Tomás QUINTANA LÓPEZ, *El principio non bis in idem y la responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos*, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 52, p. 586.

27. GARCÍA DE ENTERRÍA, *El problema jurídico de las sanciones administrativas*, cit., p. 416.

fuerza diferente: la sanción impuesta en uno de ellos no reduplica la del otro, por virtud de esa diferencia de ámbito.

La posibilidad de la doble imposición de sanción disciplinaria y penal se sigue manteniendo en el artículo cuarto del Reglamento Disciplinario de Funcionarios Públicos de 10 de enero de 1986, al establecer con toda rotundidad que «el régimen disciplinario establecido en este Reglamento se entiende sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal en que puedan incurrir los funcionarios, la cual se hará efectiva en la forma que determina la ley». Por su parte, el artículo 23 del mismo Reglamento posibilita que en aquellos casos en que el Instructor aprecie que la presunta falta puede ser constitutiva de delito o falta penal, sin perjuicio de que se ponga en conocimiento de la Autoridad que hubiese ordenado la incoacción del expediente, para que aquélla lo ponga en conocimiento del Ministerio Fiscal, se continúe la tramitación del expediente disciplinario hasta su resolución e imposición de la sanción correspondiente. La única atenuación a este rigorismo aparece en el párrafo segundo del artículo 23 que literalmente dice: «No obstante, cuando se trate de hechos que pudieran ser constitutivos de alguno de los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de las personas reconocidos por las leyes y de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos tipificados en los Títulos II y VII del Libro II del Código Penal, deberá suspenderse la tramitación del expediente disciplinario hasta tanto no recaiga resolución.»<sup>28</sup>

¿Cuál es el tratamiento que da la LOPJ a este problema de la coincidencia de expediente disciplinario y causa penal? La regulación se encuentra en los párrafos segundo y tercero del artículo 415, y hay que adelantar desde ahora que aparece como satisfactoria al respetar el principio *non bis in idem*, en forma bien diferente a como el problema aparece resuelto en el Reglamento Disciplinario de los Funcionarios Públicos, y en forma similar al sistema seguido en un texto legal promulgado poco tiempo después que la LOPJ, la Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985, que aunque no puede decirse que afecte estrictamente a personas ligadas por el vínculo funcional, sí regula relaciones especiales de poder.

El párrafo segundo del artículo 415 sienta de modo rotundo la preferencia del proceso penal en relación al expediente disciplinario, im-

pidiendo que se incoe este expediente cuando ya se hubiera comenzado la instrucción de la causa y obligando a la suspensión cuando después de la iniciación se incoe causa penal por el mismo hecho. Es de resaltar que tal como están configurados los nuevos tipos de responsabilidad disciplinaria de Jueces y Magistrados, que hacen referencia fundamentalmente a la relación de servicio y a la observancia de los deberes e incompatibilidades de aquéllos, no es muy fácil que se dé la coincidencia entre falta disciplinaria y comportamiento delictivo. Tampoco aparece, y es de alabar, un precepto como el recogido en el artículo 7-1-c) del Reglamento de Disciplina de los Funcionarios Públicos que sanciona como falta grave «las conductas constitutivas de delito doloso relacionadas con el servicio o que causen daño a la Administración o a los administrados».

No obstante, existen algunos tipos disciplinarios en que se puede producir superposición con conductas delictivas; y así el comportamiento tipificado en el número 2 del artículo 417 es susceptible de encajar, asimismo, en algunas ocasiones, en figuras de prevaricación o cohecho; el número 3 del mismo artículo 417 puede, asimismo, caer bajo la figura delictiva que aparece en el inciso segundo del artículo 357 del Código Penal, que sanciona al Juez culpable de retardo malicioso en la administración de justicia o el número 1 del artículo que puede en ocasiones subsumirse en figuras de desacato, calumnia o injuria.

Para estos supuestos de coincidencia y al margen de la suspensión del procedimiento disciplinario en tanto la causa penal no haya finalizado por sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento, el inciso tercero del artículo 415 de la LOPJ supone el máximo respeto al principio *non bis in idem*, estableciendo que «en ningún caso un mismo hecho sancionado en causa penal, podrá ser objeto de un posterior expediente disciplinario». Se acepta pues la teoría de la subsunción de lo disciplinario en lo penal, lo que puede originar la consecuencia paradójica de que, en algunos casos, la sanción penal sea de menor trascendencia que la que podría imponerse por la comisión de la falta disciplinaria.

Como se deja señalado, el expediente disciplinario suspendido por la incoacción de la causa penal, puede reanudarse una vez terminada aquélla por sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento. No se expresa la clase de sobreseimiento, por lo que deberá entenderse que tanto el provisional como el libre permiten la continuación del expediente disciplinario, ya que limitarla solamente al libre supondría la paralización definitiva de todo expediente disciplinario, en razón de las

28. Tomás QUINTANA LÓPEZ, *El principio non bis in idem...*, cit., p. 591.

escasas ocasiones en que se solicita por el Ministerio Fiscal dicha forma de sobreseimiento.

El problema fundamental que se plantea es la incidencia que debe tener lo resuelto en vía penal en el expediente disciplinario que se reabre. La preferencia de lo penal exige que se tenga en cuenta lo declarado y probado en la sentencia absolutoria o en el auto de sobreseimiento. La cuestión está en determinar hasta dónde puede llegar esa necesidad de tener en cuenta lo debatido y probado en el proceso penal, ya que en principio no resulta muy congruente con los esquemas de un Estado de Derecho el que se pueda sancionar en vía disciplinaria por unos hechos que se declaran no probados en vía penal, siempre que sean idénticos o se dicte sentencia absolutoria por falta de participación del acusado. Por este portillo el principio de la plenitud jurisdiccional de los Jueces y Tribunales quedaría seriamente vulnerado al sobreponerse a sus resoluciones los acuerdos de la Administración.

La sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1983, aunque dictada en relación a un supuesto de sanción administrativa referida a las relaciones generales de poder, sienta la doctrina, en mi opinión totalmente correcta, de que «el principio *non bis in idem* determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto a unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que cuando el ordenamiento permite una duplicidad de procedimientos y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación que en el plano jurídico puedan producirse, se haga con independencia, si resultan de la aplicación de normativas diferentes, pero que no puede ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, *pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para dos órganos del Estado*». La tesis de la sentencia que se deja transcrita parcialmente contrasta abiertamente con la doctrina seguida por el Tribunal Supremo en sentencia de 28 de septiembre de 1984, Arz. 4524, en la que se dice: «La vinculación de los hechos declarados probados en vía jurisdiccional penal sólo opera respecto al órgano administrativo disciplinario, cuando éste funda exclusivamente la sanción en ser punible penalmente el hecho imputado, o cuando aquélla declara que el funcionario *tuvo intervención o no existieron los hechos imputados*; mas cuando la sentencia penal es absolutoria por falta de prueba de los actos que se atribuyen al funcionario y afectan también a la relación de servicio o atentan a su decoro o dignidad, tales pronunciamientos jurisdiccionales *no vinculan a la Administración*, como es el caso que

aquí se examina en que el Juzgado de Distrito de Granollers absolvió al funcionario de la falta de lesiones de que era acusado por falta de pruebas.»

La discordancia entre estas dos apreciaciones jurisprudenciales tiene que resolverse a favor de la sostenida por el Tribunal Constitucional, no sólo por la mayor preeminencia de este órgano en cuanto a la interpretación de la normativa constitucional, sino por la mayor racionalidad de su tesis. Cuando la sentencia es absolutoria —si es condenatoria ya sabemos que el artículo 15 de la LOPJ impide la incoacción de un posterior expediente administrativo—, la Administración queda vinculada a la descripción de los hechos realizada en el resultando correspondiente, pues si la técnica penal más depurada y con mayores garantías para el ciudadano no ha permitido destruir la básica presunción de inocencia, es un fraude procesal deslizar de la apreciación conjunta un singular medio probatorio y permitir la sanción administrativa.<sup>29</sup> Esto supone que tanto en los supuestos en que se declara que los hechos no han existido, como en aquellos otros en que la sentencia absuelve por falta de prueba de los actos que se imputan al Juez o Magistrado, no es posible promover expediente administrativo. Únicamente cuando en el expediente reabierto se prueban otros hechos que no han sido objeto de prueba en la causa penal, y que son constitutivos de infracción disciplinaria, es posible dictar acuerdo sancionador. Una solución diferente sería dar una excesiva preeminencia a la potestad disciplinaria que no tiene cabida en nuestro Ordenamiento Jurídico.

29. Antonio MUÑOZ QUIROGA, *El principio non bis in idem. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1983*, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 45, enero-marzo de 1985.

**CUESTIONADA LA CONSTITUCIONALIDAD  
DE LOS PROCESOS PENALES  
DE USO MÁS FRECUENTE**

No cabe duda que la Constitución reconoce el derecho de todos a ser juzgados por un órgano judicial imparcial (*vid.* la STC 113/1987, de 3 de julio). Por otra parte, el Juez instructor está viciado por definición de parcialidad. Siendo esto así, los procedimientos en que no se respeta la separación entre las funciones instructoras y las de enjuiciamiento, encomendando cada una a un órgano distinto, resultan abiertamente inconstitucionales. El Tribunal Constitucional rehuyó resolver directamente sobre esta cuestión en su Sentencia 113/1987, de 3 de julio, amparándose en que casualmente en el caso sobre el que se pronunció, gracias a la movilidad judicial, no coincidieron el Juez de instrucción y el de fallo. Sin embargo, en este momento tiene en sus manos, pendiente de decisión, una cuestión de inconstitucionalidad que aborda directamente el tema. Por la indudable trascendencia de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el titular del Juzgado de Instrucción número nueve de los de Madrid se ha considerado de interés transcribirla.

**Excelentísimo señor:**

**ANTECEDENTES**

El Ilmo. señor Magistrado titular del Juzgado de Instrucción número nueve de los de Madrid, Don Jesús Fernández Entralgo, tiene el honor de exponer a ese Excelentísimo Tribunal los siguientes

*Primero.* En este Juzgado de Instrucción número nueve de los de Madrid, se siguen Diligencias Previas número 3.245 de 1987, por supuesto delito de hurto.

*Segundo.* Practicados los oportunos actos de investigación prelimi-

nar, pudo concluirse que los hechos podrían constituir un delito de hurto, tipificado y penado por los artículos 514 y 515.1 del Código Penal, del que pudiera ser responsable Giraldo Valdés Chacón.

**Tercero.** Por auto de fecha doce de septiembre, se resolvió oír al Ministerio Fiscal sobre la oportunidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con la Ley Orgánica número 10/1980, de 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes, especialmente su artículo 2 (y con él concordantes); así como de los artículos 14.3.º y 790 a 792, ambos inclusive, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; y 87.1, b) y 219.10 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1.º de julio, Orgánica del Poder Judicial, en cuanto implican competencia de un mismo órgano jurisdiccional para la instrucción, conocimiento y fallo de una misma causa, lo que podría contradecir de forma insubsanable el artículo 24.2 de la Constitución Española, que consagra el derecho al «Juez ordinario predeterminado por la Ley» y a un proceso público «con todas las garantías». Transcurrido el plazo legal de diez días hábiles, no evacuó el traslado que le fue conferido. En el interin se constituyó en parte en el procedimiento el denunciado, designando Abogado para su defensa, e interesando se le nombra-se Procurador del turno de oficio. La Defensa compareció dándose por enterada del auto dictado, y manifestando su adhesión al proyecto de planteamiento de cuestión de constitucionalidad.

**Cuarto.** Con fecha veintiocho de septiembre último, se dictó auto acordando promover cuestión de inconstitucionalidad ante ese Excelentísimo Tribunal. Dicha resolución se

notificó al Ministerio Fiscal y a la parte personada.

Se invocan los siguientes

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.** El artículo 163 de la Constitución Española preve que «Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional, en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos.» El artículo 5.2 de la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial reproduce sustancialmente este precepto, remitiéndose a lo que establece la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

**Segundo.** Se estima que se cumplen todos los presupuestos y requisitos procesales para plantear cuestión de inconstitucionalidad.

1. Los preceptos cuya constitucionalidad se cuestiona tienen, todos ellos, rango de ley formal, emanada del órgano legislativo en el ámbito del Estado: las Cortes Generales. En el caso de las Leyes Orgánicas números 10 de 1980 y 6 de 1985, se trata de normas posteriores a la publicación de la vigente Constitución. En el de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la redacción de los artículos afectados procede de la Ley número 3 de 1967, anterior a aquella Ley Fundamental.

2. Está legitimado activamente (o, si se prefiere, tiene potestad) para plantear la cuestión de inconstitucionalidad el Juez que haya de aplicar la norma controvertida. De conformidad con el artículo 35.1 de la Ley

Orgánica 2/1979, podrá proceder de oficio.

3. La validez de los preceptos cuestionados condiciona la del procedimiento a seguir, y la del fallo que, a su conclusión, pueda emitirse. No en vano la competencia es uno de los presupuestos procesales, de modo que la falta de la objetiva o funcional comporta la nulidad de pleno derecho de los actos judiciales (artículo 238-1.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Y, obviamente, de no haberse acumulado en un mismo órgano jurisdiccional (el Juzgado de Instrucción) las funciones instructora y decisora en los procesos por los denominados usualmente *delitos menores*, se habrían distribuido —según el modelo común vigente durante casi tres cuartos de siglo— entre órganos diferentes.

4. El artículo 35.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial advierte que «el órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia...». Una interpretación apegada al tenor literal de este precepto habría impedido el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad en relación con normas que hubieran de ser aplicadas en fases intermedias del proceso, en resoluciones que debiesen revestir forma externa distinta de la de sentencia (incluso aquéllas, como los autos, que han de ser motivadas). No lo entendió así el Pleno del Tribunal Constitucional (quien ya había hecho gala de antiformalismo, en la lectura de aquel precepto, en su Sentencia 8/1982, de 4 de marzo, reiterada por la 25/1984, de 23 de febrero), en su Sentencia 76/1982, de 14 de diciembre. En su primer fundamento jurídico, se acoge la interpretación propuesta entonces por el Ministerio

Fiscal, e invoca la práctica precedente del propio Tribunal; y concluye: «Es cierto que a tenor del artículo 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional «el órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión (de inconstitucionalidad) una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia», y que de entenderse esta disposición a la letra resultaría extemporáneo el planteamiento... con vistas a una resolución... que ha de revestir la forma de un auto. Ahora bien, no existe razón alguna para que los autos, en cuanto resoluciones motivadas sobre cuestiones incidentales en el sentido más amplio de la expresión, no puedan dar lugar a una cuestión previa de inconstitucionalidad en orden a la norma aplicable de cuya validez dependen. La utilización del vocablo «sentencia» en el artículo 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, o la de «fallo» en el artículo 35.1, también de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y en el artículo 163 de la Constitución Española, no debe llevarnos a entender que sólo tienen acceso a la cuestión de inconstitucionalidad aquellos preceptos que se hacen valer para fundamentar la sentencia entendida en su acepción formal. Cuando la cuestión de inconstitucionalidad surge respecto a una ley de cuya validez depende la decisión, podrá plantearse independientemente de que ésta adopte la forma de sentencia o se trate de una decisión bajo forma de auto; pues la razón es la misma en uno y otro supuesto, por cuanto, siendo la Ley cuestionada posterior a la Constitución, se da una prejudicialidad que sólo puede resolver (el Tribunal Constitucional)... Cabe concluir que el vocablo «fallo» en el artículo 163 de la Constitución Español-

la significa el pronunciamiento decisivo o imperativo de una resolución judicial, se trate de materia de fondo o de materia procesal...». Esta doctrina fue invocada expresamente —para reiterarla— por la Sentencia número 54 de 1983, de 21 de junio, del mismo Tribunal Constitucional (F.J. 2.2).

Es éste el momento procesal oportuno para plantear la cuestión, pues ahora ha de seleccionar el órgano jurisdiccional el modelo procedimental al que ha de acomodarse la tramitación que subsiga.

Recibido el atestado, se incoaron *Diligencias Previas* (según práctica forense generalizada, avalada por el criterio sostenido por la *Circular* número 4 de 1980, de la Fiscalía del Tribunal Supremo) al objeto de recibir declaración al detenido puesto a disposición de este Juzgado de Instrucción; se interesó la incorporación de certificación de sus antecedentes penales, o la negativa, en su caso; se unió testimonio del *Boletín Oficial del Estado* en que se publicaba la cotización del dólar USA y se practicó tasación pericial al objeto de fijar el valor de los efectos denunciados como sustraídos; y, en fin, se procedió a reconocimiento en rueda, al objeto de determinar la persona imputada.

El resultado de estas diligencias permite ya calificar provisionalmente el hecho como posible delito de hurto, tipificado y penado por los artículos 514 y 515 del Código Penal. No llevando aparejada pena superior a arresto mayor, el procedimiento aplicable sería el regulado por la Ley Orgánica número 10 de 1980.

Aun cuando ni el artículo 789 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ni el 5.º de la Ley especial precisan la forma de la resolución que acuerde

acomodar la tramitación al procedimiento objeto de la segunda, tanto el artículo 141 del Código Procesal Penal como el 245.1, b) de la Ley Orgánica número 6 de 1985, del Poder Judicial, conducen a la conclusión de que ha de revestir la de *auto*, ya que en ella habrá de resolverse sobre presupuestos procesales tan fundamentales como el procedimiento a seguir, y competencia para conocer de él.

5. Se han observado las reglas de procedimiento previo al planteamiento de la cuestión. El auto de fecha doce de septiembre último fue notificado al Ministerio Fiscal (única parte personada, en aquel momento procedimental), dándole la oportunidad de formular alegaciones dentro del plazo de diez días. La resolución definitiva adopta forma de auto, y se dicta dentro de los tres días siguientes a tenerse por evacuado el traslado para informe del Ministerio Público, el cual se abstuvo de emitirlo. Previamente, el denunciado, quien se había personado en el transcurso de aquel plazo, interesando ser tenido por parte, designando Abogado para su defensa, y solicitando nombramiento de Procurador del turno de oficio, se adhirió, por comparecencia de su defensor de confianza, al proyecto de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad, por lo que —cualquiera que sea el criterio sobre la necesidad de notificarle el auto de doce de septiembre, a efectos de alegaciones— se tiene por evacuado, también en cuanto a él, el trámite de audiencia. Designado Procurador del turno de oficio, le fue notificado formalmente el auto de fecha veintiocho de septiembre último.

*Tercero.* Se ha suscitado, cuando menos, una situación «...de duda, de indeterminación entre dos juicios

contradictorios...» relativos a la constitucionalidad de los preceptos invocados (Sentencia del Tribunal Constitucional 17/1981, de 1.º de junio, F.J. 1.1) y, dada la formulación y contenido de los preceptos cuestionados, no se halla vía alguna que permita una interpretación alternativa conforme a la Constitución (artículo 5.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y Sentencia del Tribunal Constitucional 14/1981, de 29 de abril, F.J. 1, a contrario sensu).

I. El modelo de proceso penal que diseñó la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de setiembre de 1882 partió de la diferenciación del procedimiento en dos fases o etapas fundamentales: el sumario (encaminado a la instrucción de la causa) y el juicio oral, o plenario, que era, en la filosofía de la Ley, «...el juicio verdadero...». Entre ambas, a modo de engarce, los procesalistas identificaron un *periodo intermedio*, constantemente puesto en cuestión en cuanto a su sustantividad científico/jurídica.

La separación funcional entre instrucción y juicio se correspondía con la orgánica entre Juzgados de Instrucción (unipersonales), encargados de la primera, y Audiencias Provinciales (colegiadas), a quienes se encomendaba el segundo.

La idea de unos órganos especializados en la función instructora hunde sus raíces en el Derecho inglés de finales del siglo XII y comienzos del siglo XIII. La *Assize* de Clarendom se estableció en 1165; y data de la *Magna Charta* la introducción de un *Grand Jury* competente para decidir el envío del imputado a juicio. Sobrevivió esta institución hasta el presente siglo, y no fue completamente abolido —tras las restricciones consagradas por la *Administration of Justice (Miscellaneous Provisions)*

*Act* de 1933— sino por la *Criminal Justice Act* de 1948.

En la Europa continental hay que aguardar a la Revolución francesa para que tal separación funcional y orgánica se produzca. Tras los intentos iniciales de abrazar un sistema de más puro corte inglés (*Leyes* de 19-22 de julio y 29 de septiembre - 6 de octubre de 1791, el denominado *Código de 1791*; y el mal llamado «Código de los delitos y de las penas» de 3 de Brumario del año IV), la crisis de la seguridad ciudadana que sobrevino, especialmente en la época del *Directorio*, determinó un cambio de rumbo que ya se anunciaba en las leyes de 7 y 18 de pluvioso del año IX, y cristalizó en el denominado *sistema mixto*, consagrado por el *Code d'instruction criminelle*, de 16 de diciembre de 1808 (que entró en vigor el 1.º de enero de 1811). Se separan las funciones de investigación, acusación y enjuiciamiento, encomendándose a órganos diferentes. Y el procedimiento se estructura en dos fases, de las que la primera, dedicada a la instrucción, se rige por los principios que caracterizaban el sistema inquisitivo (escritura, secreto, iniciativa e impulso oficiales, y falta de contradicción); en tanto el segundo —plenario o juicio oral— reunía las características propias del acusatorio: igualdad de acusación y defensa, necesidad de una y otra, publicidad, oralidad y libre apreciación de la prueba por el Juez. Este fue asimismo el sistema seguido en Italia, e igualmente en España, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882.

Esta última Ley, por tantos conceptos elogiable, comprendió que resulta difícil que una misma persona desempeñe, sucesivamente, las funciones de instruir y juzgar; y hasta qué punto su acumulación compro-

mete la imparcialidad del órgano jurisdicente. Es inevitable que el instructor, a lo largo de las actuaciones investigatorias que forman el sumario (o cualesquiera otras diligencias equivalentes), termine formándose una imagen anticipada sobre los hechos y sobre la eventual participación que en ellos haya podido tener el imputado. La Sentencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, de 28 de febrero de 1984, razona que «...al ser el instructor el encargado de la recogida de datos, aunque venga obligado a consignar tanto los que perjudiquen como los que favorezcan al reo, pudiera hallarse psicológicamente inclinado a formular valoraciones anticipadas de las actuaciones practicadas, o dejarse influir por conocimientos extraprocesales adquiridos durante la instrucción sumarial, o por las pasiones que pueda suscitar el tener que vencer los obstáculos opuestos al éxito de la investigación, etc., etc.». Inclusive, en nuestro Derecho —donde, a diferencia del sistema franco-italiano, no están separadas las funciones de instrucción y procesamiento, y de envío a juicio y enjuiciamiento— el órgano jurisdiccional puede verse comprometido a dictar resoluciones que contengan calificaciones, todo lo provisionales que se quieran, pero que encierran un *pre-juicio*. Piénsese en el auto de procesamiento (en el que, en palabras de la Sentencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, de 9 de julio de 1983, el instructor «...adelanta al menos provisionalmente aquel juicio de inculpación al acusado...», en chocante contraste con la de la misma Sala, de 28 de febrero de 1984, en la que se afirma que «...en modo alguno se puede admitir que el acordar el procesamiento implique prejuzgar...»); o en los que adoptan medidas caute-

lares; pues —contra lo que sostiene la Sentencia de 9 de julio de 1983— al resolver sobre ellas no puede dejar de «...anticipar (siquiera sea tan provisionalmente como en el auto de procesamiento) ...su propio criterio sobre la culpabilidad o inculpabilidad del acusado...»; bastando recordar —como ha hecho algún especialista en fecha bien reciente— que, para acordar la prisión, el instructor habrá de valorar si aparecen, de lo actuado, «motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión», a tenor del artículo 503.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Ello entraña, ciertamente, riesgos; pero ninguno tan grave como la concentración de las tareas de instrucción, enjuiciamiento y fallo en un mismo Juez. Cabría, incluso, cuestionar que la misma persona que ha adquirido los hábitos mentales inquisitivos del instructor, pueda desprenderse de ellos con facilidad, asumiendo en otros procesos encomendados al órgano jurisdiccional cuya titularidad ostenta, el rol de juzgador, árbitro ecuaníme e instancia en la que hallan su superación dialéctica las encontradas pretensiones de las partes. Sigue vigente el aviso de uno de los grandes maestros de la procesalística italiana: «la investigación es un trabajo psíquico y a menudo físico, que puede alterar el juicio en el sentido de que el investigador puede ser arrastrado a una supervaloración de los resultados de la investigación, delineándose en él un interés por el éxito de aquéllas; pero tal disposición de ánimo, si bien favorece a la investigación, perjudica a la valoración; mejor que los resultados de la propia investigación, se valoran los resultados de la valoración de otro.» No en vano

la *Exposición de Motivos* de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal prevenía frente a aquel pliegue profesional que conduce a que «...los funcionarios que intervienen en la instrucción del sumario, animados de un espíritu receloso y hostil que se engendra en su mismo patriótico celo por la causa de la sociedad que representan, recogen con preferencia los datos adversos al procesado, descuidando a las veces consignar los que puedan favorecerle...», por mucho que a otra cosa les exhorte el bienintencionado artículo segundo de aquella Ley Procesal.

Estos recelos llegan al punto que ya no es novedad la propuesta de desplazar la actividad instructora desde la esfera del Poder Judicial a la del Ministerio Fiscal. Funcionarios fiscales asumen la instrucción en numerosos Ordenamientos de nuestra área más próxima de cultura jurídica. En el mismo sentido parece orientarse la Ley número 47/1986, de 15 de octubre, orgánica del Ministerio Público, en Portugal; y lo hace la Ley de 16 de febrero de 1987, número 81, de delegación legislativa al Gobierno de la República italiana para la elaboración del nuevo Código de Procedimiento Penal. En el seno de la doctrina española especializada más reciente ha prendido la misma idea. Buena muestra de ello es que, en la *Memoria elevada al Gobierno de S. M. presentada al inicio del año judicial (1987-1988) por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. D. Javier Moscoso del Prado y Muñoz*, se leen estas significativas palabras: «...Son muchos los autores de prestigio, de distintas procedencias e ideologías, que han preconizado la necesidad de atribuir al Fiscal la fase de investigación en el proceso penal. ... Si nuestro legislador asumiera una

reforma de esta naturaleza, no haría otra cosa que aproximar nuestro ordenamiento procesal a lo que es normal en el mundo occidental. Es curioso observar que incluso en el Reino Unido e Irlanda del Norte, donde no se puede hablar de un sistema de acusación independiente paralelo al nuestro, por ser difícilmente conciliable con su tradición legal, se haya sentido la necesidad de aprobar la Ley de Acusación Penal de 1985 (*Prosecution of Offences Act, 1985*), que es un paso importante hacia la estructuración de un Ministerio Público, similar al que existe en el Continente.

La dirección de la investigación por el Fiscal puede ser plenamente compatible con el control jurisdiccional de las decisiones que afecten a los derechos fundamentales (prisión provisional, embargos, entrada y registro, controles telefónicos, etcétera) que deberían ser adoptadas por la Autoridad Judicial. En todo caso, la distinción tradicional de la instrucción penal en atención a la gravedad del delito, permitiría diferenciar una fase de investigación atribuida al Fiscal, con fallo del Juez, cuando se tratara de delitos menos graves, manteniendo el trámite de instrucción sumarial por los Jueces, y el fallo por la Audiencia para las causas por delitos graves.

Con esta solución los Jueces y Tribunales, liberados en gran medida de la función investigadora, podrían dedicar plenamente su actividad a juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, conforme prescribe el artículo 117 de la Constitución» (p. 15).

El Fiscal General sale al paso de alguna posible objeción: «...Pensar que el Fiscal no va a actuar ajustándose a la legalidad e imparcialidad en la investigación (y en la acusación

o defensa) cuando la Constitución, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, su Estatuto, la Ley Orgánica del Poder Judicial, y todo el Ordenamiento Jurídico, le exigen objetividad, implicaría cuestionar la rectitud en el proceder de una Institución básica del Estado y del proceso» (*ibidem*). Y, sin embargo, podrían recordarse, a este propósito, las palabras de un ilustre Magistrado, un día miembro del Tribunal Constitucional, advirtiendo que «...la Ley, la Ley justa, se entiende, es y debe ser ... un amplio repertorio de desconfianzas. A diferencia del orden autoritario, que desconfía de todo y de todos, excepto de los hombres que detentan el poder, la Ley justa debe desconfiar, especialmente, de los hombres que están en el poder, de su inteligencia y de su probidad...». También de los Jueces; también de los miembros del Ministerio Fiscal. Por ello, desde otra perspectiva, se ha insistido en la necesidad de evitar que el desplazamiento de la actividad instructora al Ministerio Público, si no se revisa en profundidad el principio organizativo de dependencia; si no se lo pone a salvo de cualquier sombra de ingerencia del Poder Ejecutivo, y, especialmente, si se introducen en el futuro modelo procesal concesiones al principio de oportunidad (tan fácil de manipular en aras, no del interés general, sino de objetivos de coyuntura política partidaria), y no se arbitran los medios precisos para garantizar la efectividad de la legitimación popular para promover la iniciación del procedimiento penal y para sostener la acusación (corrigiendo la eventual pasividad del acusador público), pueda significar el condicionamiento de la plenitud del ejercicio exclusivo de la potestad jurisdiccional por los Jueces y Magistra-

dos, y el riesgo de que, en mayor o menor proporción, el Gobierno pueda controlarla, contando con la posibilidad de filtrar el acceso a la Justicia Penal.

Se trata, empero, de una cuestión —por lo visto, nada pacífica— de política legislativa, cuya decisión última competirá, en definitiva, a las Cortes Generales, representantes de la voluntad del Pueblo Español. Su mención —en extenso— en este momento sirve sólo para introducir la inexcusable referencia al estado de opinión, sintomática de la realidad social de nuestra época, y uno de los parámetros interpretativos de todo problema normativo, al que remite el artículo 3.º.1 de nuestro Código Civil. Porque, en suma, si se discute qué instancia ha de hacerse cargo de la instrucción, hay, en cambio, una poco frecuente unanimidad acerca de la inadmisibilidad de que un mismo órgano asuma, a lo largo del procedimiento penal, las funciones instructora y decisora.

II. La *Exposición de Motivos* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no dudó en considerar «...lo peor...» del sistema que venía a clausurar «...que el Juez que instruye (el sumario) ...es el mismo que pronuncia la sentencia con todas las preocupaciones y prejuicios que ha hecho nacer en su ánimo la instrucción...». Por ello se consagra esa división del trabajo entre los Jueces de Instrucción, «...a quienes se descarga del plenario y del pronunciamiento y motivación de la sentencia...», y el «...Tribunal que, extraño a la instrucción, va a juzgar imparcialmente...».

He aquí, sin duda, las razones por las que el artículo 54 del repetido Código procesal enumeró entre las «...causas legítimas de recusación:

...12. Haber sido instructor de la causa».

La *ratio legis* de esta causa de recusación estaba constituida (reconoce la Sentencia de 28 de febrero de 1984, ya invocada) por el propósito de evitar que influyan, al dictar sentencia, prejuicios —conscientes o inconscientes— formados en el curso de la dirección de la instrucción. Un comentarista, ya clásico, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, explicaba así el fundamento del número 12 de su artículo 54: «...Lo que la Ley trata de evitar aquí no es ya una inclinación parcial (eventualmente, contraria a la recta aplicación del derecho; conceptualmente, incompatible con el ejercicio de la función de juzgar) sino una prevención, incluso imparcial, sobre la materia de la investigación y del juicio. Si el magistrado llamado a conocer de éste ha instruido anteriormente el sumario, ello no implica parcialidad alguna en su ánimo; de existir, se le hubiese podido excluir de aquella primera función. Su exclusión como magistrado no se funda sólo en ser él la persona que ha descubierto y recogido los elementos y datos en que se basa la acusación; al mismo tiempo ha debido recoger todos los que estuviesen a su alcance útiles para la defensa. Pero en su tarea ha podido ir prejuzgando en uno u otro sentido, tanto da, el material recogido. Incluso es imposible, psicológicamente, que al terminar el sumario, no se sienta inclinado, en mayor o menor medida, por ese prejuicio, en cualquier sentido que sea, y, en todo caso, sin que ningún móvil parcial le incline a ello. Funcionalmente, además, ha debido ir valorando por sí el resultado de cada una de sus actuaciones; de otro modo, no podría proceder debidamente a las siguientes. Aún yendo

más lejos, lo que trata de evitar la Ley no es sólo la previa valoración, sino que se utilice en el juicio un conocimiento de los hechos y de los sujetos del delito obtenido fuera del juicio.»

El principio no se puede ser instructor y juzgador viene a constituir —se ha escrito, con razón— «...una clara garantía de justicia... Este principio se mantuvo incólume desde 1882 hasta 1967». La Ley 3/1967, de 8 de abril encomendó, en cambio, una modalidad del denominado *procedimiento de urgencia*, regulada —bajo el epígrafe «del procedimiento para delitos cuyo fallo compete a los Juzgados de Instrucción»— en el capítulo II del Título III de su Libro IV, a los Jueces de esta clase, quienes, en tal caso, asumían la tramitación de las *Diligencias previas* (según denominación impuesta por la práctica forense, con base en el tenor literal del artículo 789 de la Ley de Enjuiciamiento), las *Preparatorias* (como fase instructora de este específico procedimiento), y el correspondiente *juicio oral*. Frente a las protestas del *Preambulo* de la Ley, estimando que las reformas introducidas procuraban una solución urgente a problemas acuciantes, «...sin alterar sustancialmente la ordenación penal y procesal, actualmente vigentes...», al instituir como sentenciador al propio Juez que instruía las diligencias, vulneraba uno de los más intocables principios de la filosofía inicial del ordenamiento procesal común. Así que no es de extrañar que se hayan sucedido las críticas contra esta innovación.

El artículo 3.º de la Ley 3/1967 dispuso que la causa duodécima de recusación, de las listadas en el artículo 54, ya citada, no fuera aplicable a los supuestos comprendidos en el núme-

ro 3.º del artículo 14 de la de enjuiciar, donde se atribuye a los Jueces de Instrucción competencias «...para la instrucción, conocimiento y fallo...» de determinadas causas. Se consolidaba una quiebra lógica importante: la aplicación de la norma de experiencia que desaconseja el sucesivo desempeño de funciones entre sí difícilmente compatibles se vio condicionada por exigencias de pura oportunidad coyuntural. Casos iguales recibieron un tratamiento patentemente contradictorio.

Los especialistas dejaron constancia del fracaso de una reforma impracticable al no haber ido acompañada de otras, de índole sustantiva y orgánica, y de la necesaria dotación de una suficiente infraestructura personal y material. No obstante, ya en vigor la Constitución de 1978, se publica la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes, en la que se reproduce la reunión de funciones introducida en 1967; y excluye —en su artículo 2.º— la aplicación de la tan aludida causa de recusación duodécima del artículo 54 de la de Enjuiciamiento Criminal. La doctrina especializada ha podido diagnosticar, con pesadumbre, la insistencia en una línea «...de restituir a cada nueva reforma, los fueros del fenecido proceso inquisitorio con merma del progreso científico...»; tratando de resolver por vía de reforma procesal unos problemas, como los de la justicia penal en España, «...en gran medida originados por insuficiencia de personal en sus diversos estamentos, por carencia de los medios materiales necesarios y por falta de empleo de las técnicas de organización y control usuales en las sociedades modernas...». La crítica doctrinal que

mereció este nuevo modelo procedimental fue, en cuanto al extremo ahora en estudio, francamente negativa, y a ella se sumó la de sectores cualificados de la propia Magistratura.

III. El legislador posterior a 1980 ha sido insensible a tanta opinión hostil. En la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, al listar, en su artículo 219, las causas de abstención y, en su caso, de recusación, menciona: «...10.º Haber sido instructor de la causa cuando el conocimiento del juicio esté atribuido a otro Tribunal...»; en tanto que, al repasar las competencias de los Juzgados de Instrucción, se aprecia cómo, junto a «...la instrucción de las causas cuyo enjuiciamiento corresponde a las Audiencias...», se sitúa «...la instrucción y fallo de las causas por delito o falta en que así se establezca por la Ley...» (artículo 87.1, [a) y b]). La unificación de funciones parece, pues, un hecho irreversible, y cuantos han estudiado los proyectos legislativos de reforma de los procedimientos de urgencia corroboran esta apreciación. Aún se desconocen los términos de las bases del futuro sistema procesal, sobre las que trabaja el Ministerio de Justicia, y a las que se refirió el titular del Departamento, en su comparecencia ante la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados, hace poco más de un año (*Diario de Sesiones*, 18 de septiembre de 1986, páginas 129 y siguientes). No parece descabellado aventurar que se va a partir de la atribución de la dirección de las investigaciones instructoras al Ministerio Fiscal; la misma solución, preconizada, como queda expuesto, por el propio Excmo. señor Fiscal General del Estado, en su última *Memoria*.

IV. Al margen esta específica cuestión de política legislativa, ya examinada anteriormente, la opinión de los especialistas que se han ocupado monográficamente del tema, es mayoritariamente favorable a la diferenciación de funciones de instrucción y enjuiciamiento, atribuidas a órganos asimismo diferentes. Propugnan volver a la saludable filosofía garantista de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882. Hay que procurar por todos los medios que el órgano que ha de emitir el fallo abra las sesiones del juicio libre de toda idea preconcebida sobre el caso. Por eso se ha patrocinado, incluso, la «...no disposición por el tribunal del sumario...»; de modo que, una vez concluido por el instructor, «...debe elevarse, no al tribunal juzgador, sino a sus destinatarios naturales, el original al Ministerio Fiscal y fotocopia a la defensa...». De este modo, además, «...las partes... han de partir del hecho de que lo que no realicen en la vista no existe, lo cual es especialmente importante para el acusador habida cuenta de la presunción de inocencia y del principio *in dubio pro reo*, pero también afecta a la defensa, sobre todo con relación a las circunstancias eximentes y atenuantes...». Lo que puede parecer medida *revolucionaria* no sería sino «...un paso más en la evolución que nuestro proceso penal empezó en el siglo XIX, dándole al sumario su verdadera función...». Constituye el desarrollo previsible de aquella idea clásica —transcrita más arriba— que repudiaba la posibilidad de utilización, por el juzgador penal, de elementos de convicción conocidos fuera del juicio oral. Por lo demás, los trabajos de reforma legislativa que actualmente se llevan a cabo en Italia, ya apuntan en este mismo senti-

do. Así se desprende de la lectura de los puntos 57 y 58 del artículo 2.º.1 de la Ley de 16 de febrero de 1987, n.º 81, de delegación legislativa al Gobierno de la República para la elaboración del nuevo Código de Procedimiento Penal. Su punto 67 establece, por otro lado, la prohibición de que el Juez del juicio oral haya podido desarrollar previamente, en el mismo procedimiento, funciones propias del Ministerio Público o de Juez que haya resuelto sobre envío a juicio inmediato, o emitido resolución en procedimiento por auto judicial, o realizado la audiencia preliminar, de que tratan los puntos 44, 46 y 52, respectivamente; así como prohibición de ejercer las funciones de Juez en otra instancia para el Magistrado que ha tomado ya parte en el mismo procedimiento, juzgando en el mismo o desarrollando funciones de Ministerio Público. Es patente el deseo de dar respuesta a la inquietud mostrada por amplios sectores de procesalistas y constitucionalistas, ante las eventuales repercusiones de la Jurisprudencia internacional más reciente.

V. En efecto, cuando se publicó la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, hacía casi un año que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos había dictado la muy importante sentencia de 26 de octubre de 1984, en el caso *DE CUBBER*. El demandante alegó violación del artículo 6.1 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma, en 4 de noviembre de 1950, en el que se proclama: «Toda persona tiene derecho a que su causa sea vista (...) por un tribunal (...) imparcial (...) que decidirá (...) sobre la fundamentación de toda acusación en materia penal dirigida contra ella». El

Tribunal sienta la siguiente doctrina:

«...24. En su sentencia Piersack de 1 de octubre de 1982, el Tribunal ha precisado que la imparcialidad puede "apreciarse de diversas formas"; hay lugar para distinguir "...entre una perspectiva subjetiva, tratando de determinar lo que tal juez pensaba en su fuero interno 'en tal ocasión' y una perspectiva objetiva, dirigida a comprobar si ofrecía garantías suficientes para excluir a este respecto toda duda legítima..." (F. de D. 30 de la sentencia Piersack, en cuyo apartado a) se advertía con preocupación: "...En esta materia, incluso las apariencias pueden revestir una cierta importancia ... Lo que está en juego es la confianza que los Tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática.")»

«...25. ...la imparcialidad personal de un Magistrado se presume a falta de prueba en contrario (misma sentencia, *loc. cit.*)...»

«...26. El Tribunal no podría, sin embargo, contentarse con las conclusiones obtenidas desde una óptica puramente subjetiva; ha de tomar igualmente en cuenta consideraciones de carácter funcional y orgánico (perspectiva objetiva). En esta materia, incluso las apariencias pueden revestir importancia; según un adagio inglés citado particularmente en la sentencia Delcourt de 17 de enero de 1970... *justice must not only be done: it must also be seen to be done*. Tal como ha puesto de manifiesto el Tribunal de Casación de Bélgica (21 de febrero de 1979...), debe recusarse todo juicio del que se pueda legítimamente temer una falta de imparcialidad. Esto se deriva de la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a

los justiciables, comenzando en el orden penal por los acusados (sentencia... de 1 de octubre de 1982...». Los procesalistas españoles coincidían en que «...la recusación responde a la finalidad de asegurar la imparcialidad en la resolución y el prestigio de la administración de justicia. La ley no excluye al juez porque sea parcial, sino porque puede temerse que lo sea (*iudex suspectus*)...». La Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 21 de octubre de 1986, reproduce literalmente esta reflexión, e igual fundamento se atribuye a aquel instituto en las de 9 de junio de 1980 y 28 de junio de 1982.

En el caso de autos, se trataba de un juicio en que formaba parte del Tribunal un Magistrado que había intervenido previamente como instructor (lo que lo hace especialmente paradigmático; más aún que los casos PIERSACK y DELCOURT, en los que un miembro de la Fiscalía había integrado el Tribunal o tomado parte en sus deliberaciones). El Tribunal Europeo no pone en duda, en ningún momento, la imparcialidad subjetiva de ese Magistrado; pero reconoce que al requirente podía parecerle sujeta a caución la de sus juzgadores (F.J. 30). La sombra del peligro de prejuicio planea sobre el caso, ya que «...tal Magistrado, a diferencia de sus colegas, conocía ya de forma particularmente profunda, bastante antes de las audiencias y gracias a los diversos medios de la investigación que había utilizado durante la instrucción, el o los informes... constituidos por sus trabajos...» (F.J. 29). El Tribunal Supremo español alerta contra el riesgo de que el instructor «...durante la fase sumarial, hubiera prejuzgado el tema de tal modo que le fuera imposible

enjuiciar el caso con la debida ecuanimidad...» (Sentencia de 24 de marzo de 1977), pudiendo, incluso, no ser consciente de su propia parcialidad decisoria (Sentencia de 29 de noviembre de 1969). Como apostillaba uno de los numerosos comentarios que suscitó esta resolución del foro internacional, «...menospreciar las influencias que hasta la persona mejor recibe al desempeñar actos instructorios antes del plenario en el que después puede participar, significa sacrificar al azar uno de los derechos fundamentales del ciudadano...». La opinión de la Comisión Europea de Derechos Humanos (formulada en el informe de 5 de julio de 1983) había insistido en este mismo sentido: «...por la propia dirección... de la instrucción preparatoria de las acciones penales... el... Magistrado se había formulado ya en esta fase del proceso, según toda verosimilitud, una idea sobre la culpabilidad (del imputado). En estas condiciones, es legítimo temer que, cuando comenzaron los debates, el Magistrado no dispondría de una entera libertad de juicio y no ofrecería, en consecuencia, las garantías de imparcialidad precisas...» (punto 73).

VI. La trascendencia de esta resolución, desde la perspectiva jurídica internacional, con ser grande, cae fuera del objeto del presente análisis. Resulta, en cambio, de interés comprobar su alcance desde el punto de vista constitucional interno. Téngase en cuenta que, como recordaba, poco tiempo atrás, un cualificado analista del problema, el Tribunal Constitucional español —S. 36/1984, de 14 de marzo— advierte que «...la remisión que el artículo 10.2 CE hace a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mis-

mas materias suscritos por España, para la interpretación de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales y libertades públicas, autoriza y aun aconseja referirse ... a la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos ... al aplicar la norma contenida en el artículo 6.1 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales... (en el caso enjuiciado, en relación con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas)» (F.J. 3).

El artículo 24.2 de la Constitución Española proclama el derecho que todos tienen «...al Juez ordinario predeterminado por la ley...» y «...a un proceso... con todas las garantías...». Entre ellas, en primer lugar, la imparcialidad del órgano jurisdiccional, tan estrechamente relacionada con su independencia, una de las características que el artículo 117.1 de nuestra Ley Fundamental asigna a los Jueces y Magistrados encargados de administrar Justicia.

La Sentencia de la Sala 2.ª del Tribunal Constitucional, 47/1982, de 12 de julio, enseña que «...el artículo 24 de la Constitución consagra el derecho al proceso que comprende, entre otras garantías, la relativa a que el justiciable sea juzgado por el juez ordinario predeterminado por la Ley. Por ello, las normas que conducen a la determinación del juez entroncan con el mencionado artículo 24. Entre ellas no se encuentran sólo las que establecen los límites de la jurisdicción y competencia de los órganos jurisdiccionales. Están también las relativas a la concreta idoneidad de un determinado juez en relación con un concreto asunto, entre las cuales es preeminente la de imparcialidad, que se mide no sólo por las condiciones subjetivas de ecuanimidad y rec-

titud, sino también por las de desinterés y neutralidad...» (F.J. 3).

La Sentencia número 113/1987, de 3 de julio, de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Constitucional enseña que «...la Constitución reconoce... el derecho de todos a ser juzgados por un órgano judicial imparcial, si bien... este reconocimiento ha de entenderse comprendido no tanto en el apartado 1 cuanto en el enunciado del apartado 2 del art. 24 que consagra el derecho a un proceso público «con todas las garantías», entre las que hay que incluir, sin duda, la que concierne a la imparcialidad del Juez o Tribunal sentenciador. Este derecho está, asimismo, reconocido en el art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el art. 6.1 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos que, con arreglo a lo dispuesto en el art. 10.2 de la Constitución, deben orientar la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce. De otro lado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha ocupado de examinar esta cuestión en distintas ocasiones, declarando a este propósito (aun cuando los fallos hayan sido de diferente signo en unos y otros casos) que los aspectos relativos a la organización y constitución de los Tribunales, y especialmente la acumulación funcional de las competencias instructorias y de las puramente juzgadoras en un mismo órgano, pueden tener relevancia para determinar si se ha respetado o no la garantía de imparcialidad del juzgador...» (F. J. 2). Aun cuando la sentencia concluye denegando el amparo solicitado, se cuida de advertir que este fallo se emite «...cualquiera que sea la valoración que pueda merecer, en

abstracto, la L.O. 10/1980, desde el punto de vista del derecho fundamental a ser juzgado por un Tribunal imparcial...» (F. J. 4).

VII. A la luz de esta doctrina, y de los razonamientos expuestos por la sentencia *De Cubber*, no es difícil inferir la colisión frontal de los preceptos que atribuyen a un mismo juzgador competencia para instruir y fallar con el derecho al juez imparcial que reconoce el artículo 24 de nuestra Constitución (según interpretación de su tenor literal por el Tribunal Constitucional).

Ello arrastraría, en primer lugar, la inconstitucionalidad —y consiguiente nulidad— del modelo procedimental estructurado por la Ley Orgánica número 10 de 1980, que, conforme al Ordenamiento procesal penal vigente, sería el adecuado al tipo de infracción imputada en el caso presente.

La duda sobre su constitucionalidad ya ensombreció los debates parlamentarios, provocando una breve, pero vehemente, polémica entre los representantes de los Grupos Centrista y Comunista en el Congreso de los Diputados (*Diario de Sesiones*, núm. 97, pp. 6.354 y 6.358).

VIII. En su Sesión Plenaria número 97, de 11 de junio de 1980, del Congreso de los Diputados, el representante del Grupo Centrista sintetizaba así el propósito del Proyecto debatido: «...atender a la innegable demanda social de una rápida respuesta judicial a la delincuencia sin merma alguna de los derechos y garantías individuales.» (*Diario de Sesiones*, cit., p. 6.357).

Aun cuando no fue extraña «la contemplación del actual juicio de faltas, ágil y eficaz...» (*Memoria relativa al Anteproyecto*, elevada al Consejo de Ministros, el 28 de junio de

1979), rondaba entonces la idea de configurar un modelo procesal semejante al *monitorio*, conocido en otros Ordenamientos foráneos. Algún Diputado llegó a utilizar esta expresión (que aún hoy se emplea en ciertos medios judiciales) para calificar el que estructuraba el Proyecto debatido (*Diario de Sesiones* cit., p. 6.386), pese al silencio del propio Proyecto de Ley (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, número 67-1, Serie A, 10 de agosto de 1979), del informe de la Ponencia (mismo *Boletín...*, número 67-1, Serie A, 18 de abril de 1980), y del dictamen de la Comisión de Justicia (mismo *Boletín...*, número 67-II, Serie A, 7 de mayo de 1980), que en ningún momento empleaban semejante denominación (que, en cambio, había sido sobreañadida a la oficial, en el calendario de desarrollo legislativo de la Constitución). Sin embargo, su estructura distaba mucho de la propia de los arquetipos monitorios: el *giudizio per decreto* italiano (artículos 506 y ss., Sección III del Título II del Libro III del *Codice di Procedura Penale*); la *procédure simplifiée* francesa, por *ordonnance* (artículos 393 y 397, y 524 a 582-2 del *Code de Procédure Pénale*); y el *Verfahren bei amtsrichterlichem Strafbefehlen*, o *procedimiento penal por orden*, federal alemán (artículos 407 a 412 de la *Strafprozessordnung*). La filosofía que inspira estos últimos estriba en el abandono de la concepción tradicional, que reclama que la sentencia de fondo sea precedida de un plenario; sustituida por la legitimación de la imposición de una pena sin él y sin sentencia propiamente dicha. Uno y otra sólo llegan a darse en defecto de conformidad del inculpado con el *decreto*, *ordenanza* u *orden* judiciales de condena.

En realidad, las líneas del Proyecto estaban más cerca de un nuevo tipo de *procedimiento de urgencia* (algún comentarista lo consideraba un híbrido del juicio de faltas con las *Diligencias Preparatorias*), que habría de girar en torno a las actuaciones de un juicio oral dominado por los principios de publicidad, concentración, oralidad e inmediatez judicial (cf., a este respecto, las reflexiones de las SS.TC. números 101 y 173 de 1985, de 4 de octubre y 17 de diciembre). Si hubiera que buscar paralelos en Derecho comparado, se hallarían, no en las diferentes variantes del procedimiento monitorio, sino en los abreviados del tipo del *acelerado* (*beschleunigt Verfahren*) federal alemán (arts. 212 a 212 b, StPO), o del *giudizio direttissimo* italiano (arts. 502 a 505 C.P.P.). Semjante enfoque venía, a fin de cuentas, a coincidir con el espíritu de los legisladores de 1882, dado al traste por la persistencia de una rutina secular que desplazaba el centro de gravedad a la fase sumarial o instructoria, cuyos resultados se limitaban a homologar el plenario.

IX. La reacción pendular fue tratar de hacer desaparecer la instrucción judicial. Obviamente, una vez obtenido este resultado, carecería de razón de ser plantearse una eventual incompatibilidad entre las funciones instructora y decisora. La primera habría dejado, pura y simplemente, de existir en el nuevo modelo procesal.

A tenor de su artículo 2.º1, «serán competentes para el conocimiento y fallo de estas causas los Jueces de Instrucción del Partido en que el delito se haya cometido». Llama la atención que se haya omitido toda referencia a la actividad de instrucción o investigación preliminar, cuya

mención expresa propuso el Grupo Comunista (voto particular, *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, I Legislatura, Serie A, núm. 67-II, 1, 9 de mayo de 1980).

La contestación del representante del Grupo Centrista fue tajante: «En esta Ley... no hay propiamente instrucción de ningún sumario ni expediente. Es una ley que intenta introducir en nuestro país un procedimiento esencial. En definitiva, lo único que se hace por la autoridad judicial es recoger unas pruebas que se van a reproducir en actos de juicio oral» (*Diario de Sesiones*, cit., página 6.369). Y, más adelante, insistía: «...algunos de los postulados de ... (la) vieja Ley de Enjuiciamiento Criminal son los que pretende recoger de alguna manera esta modesta ley... En la vieja Ley de Enjuiciamiento Criminal se había pensado siempre que la función de instrucción había que separarla radicalmente de la función decisoria. En la vieja Ley de Enjuiciamiento Criminal, hasta el año 1967, quien instruíra nunca fallaba... Y se había hecho esta división porque, de alguna manera, se pensó siempre que quien estaba instruyendo estaba prejuzgando, y estaba condicionando esa independencia que el Tribunal ha de tener en el momento de dictar el fallo. ... Precisamente para volver al viejo espíritu de esa ley, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo que se ha querido hacer en esta ley es separar las facultades de instrucción de las facultades de resolución. Como van a ser los jueces los que resuelvan, lo que se ha hecho es que no haya propiamente instrucción. No es que se carezca de instrucción ..., sino que ... se ha desplazado todo lo que tradicionalmente constituía una instruc-

ción al acto del juicio oral...» (página 6.372).

No faltan especialistas que achacan al deseo de introducir un modelo monitorio la afirmada eliminación de la actividad de instrucción. Si fue así, además de olvidar las insalvables diferencias que separan ambos tipos procesales, se desconoce que también existe una fase instructoria —ciertamente simplificada— en algunos procedimientos cortados por tal patrón (así, característicamente, acontece en el italiano *giudizio per decreto*: cfr. artículos 231 y 506 del *Codice di Procedura Penale*; pero puede ocurrir, igualmente, en el procedimiento *simplificado* francés: cfr. artículos 79, 177 y 524 y ss. del *Code de Procédure Pénale*). Las palabras del representante del Grupo Centrista en el Congreso de los Diputados llevan, por el contrario, al convencimiento de que se procuró retomar la aspiración original de nuestra venerable Ley de Enjuiciamiento Criminal, expresada tan fervorosamente en su *Exposición de Motivos*: «...de hoy más las investigaciones del Juez instructor no serán sino una simple preparación del juicio. El juicio verdadero no comienza sino con la calificación provisional y la apertura de los debates delante del Tribunal que, extraño a la instrucción, va a juzgar imparcialmente...».

X. Algunas afirmaciones hechas en el curso de los debates parlamentarios que alumbraron la Ley Orgánica número 10 de 1980 daban la impresión de no tener suficientemente claros algunos conceptos procesales que se estaban manejando con profusión.

En cuanto «formación del proceso» (ya que el significante es equívoco), la instrucción existe siempre; y no solamente en el proceso penal, si-

no también en el civil, y así vienen a reconocerlo los procesalistas. Lo que la diferencia en uno y otro caso es el carácter oficial y reglado que presenta en el primero, frente al particular y libre de la segunda. E instrucción seguirá habiendo, ya se verifique el acopio de materiales (por eso un sector doctrinal habla de actos o actividad de *aportación*) bajo la dirección de un Juez, del Ministerio Fiscal o, inclusive, de la Policía Judicial.

Afirmar que «se ha desplazado todo lo que tradicionalmente constituía una instrucción al acto del juicio oral...» implica ignorar cuán dispares son la naturaleza y función de aquella y éste. Esta confusión sólo puede obedecer a que, tanto tiempo después de su publicación, persistía el predominio del sumario sobre el juicio oral, al que pretendió poner fin la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Las palabras transcritas al principio son fiel reflejo de una mentalidad que resumía así, hace un cuarto de siglo, un significado procesalista: «...La instrucción es un arsenal de pruebas indiscutible, que fundan la acusación y correlativamente la defensa. La función del plenario no es otra que la de ratificar o rectificar a la instrucción. El plenario no hace sino homologar lo que existe en el sumario.» Bajo esta luz cobra toda su dimensión que el representante del Grupo Centrista no tuviera empacho en razonar que «...no hay propiamente instrucción...» porque «...en definitiva, lo único que se hace por la autoridad judicial es recoger unas pruebas que se van a reproducir en actos de juicio oral.» A duras penas podría quedar mejor definida lo que es la actividad instructora, en cuanto conjunto de «actuaciones encaminadas a preparar el juicio», según se

lee en el artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al describir el contenido del sumario.

Si verdaderamente se aspiraba a dejar, al órgano jurisdiccional, llamado a conocer y fallar, incontaminado de prejuicios resultantes de la instrucción, la solución sólo podría provenir de una separación de órganos judiciales (instructor y decisor), o de la atribución de aquella a una estructura distinta de la judicial. La tensión y las contradicciones que, en este plano, se acusan en la Ley Orgánica 10 de 1980, encuentran su origen en no haber resuelto esta alternativa. Tras algunos años de andadura práctica, la doctrina especializada observaba que «...la tímida reforma (de 1980), más acentuada en el Proyecto de Ley, enmendado durante la tramitación parlamentaria, no resuelve ninguno de los colapsos que tiene la Administración de Justicia, sino pretende comunicarlos a otros órganos, ya de por sí sobrecargados, sin pensar que cuando en algunos países como Alemania Federal se abandonó el sistema del Juez de Instrucción, a la Policía Judicial, como solución alternativa se asoció en la investigación de los hechos al Ministerio Fiscal.»

XI. Compartiendo el punto de vista de los patrocinadores del entonces Proyecto de lo que hoy es Ley Orgánica número 10 de 1980, alguna resolución de la denominada *jurisprudencia menor* —la que, precisamente, tiene oportunidad de pronunciarse sobre este procedimiento— no dudó en afirmar que no existe en él «una fase instructoria previa propiamente dicha» (S. A.P. Vitoria, de 1.º de diciembre de 1982, siquiera se trate de un mero *obiter dictum*). Alguna resolución de la Sala Segunda del Tribunal Supremo parece participar

de análoga opinión (STS de 9 de julio de 1983). El procedimiento, empero, se inicia con una fase preliminar de investigación, de naturaleza claramente instructora (como tal es reconocida, desde fechas inmediatas a su promulgación, por los comentaristas de la Ley especial): «Inmediatamente que el Juez tenga conocimiento de la comisión de algún hecho que pueda constituir delito de los que han de ser enjuiciados por el procedimiento regulado por esta Ley, ordenará que por la Policía Judicial se lleven a cabo los actos de investigación que sean pertinentes con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Criminal. También ordenará que por el medio más rápido posible se aporten certificaciones de antecedentes penales y en su caso de nacimiento, cuando, con arreglo al artículo 1, aparezcan presuntos responsables de los delitos allí recogidos» (art. 3.º1 y 2). Además, habrá de «...oír la declaración del detenido...» y «...decidirá... sobre (su)... situación... de acuerdo con lo establecido en los artículos quinientos tres y quinientos cuatro de la Ley de Enjuiciamiento Criminal» (art. 5.º1).

Aun cuando se ha sostenido que en el ánimo del legislador estuvo la acomodación del trámite a las reglas de la Ley Orgánica número 10 de 1980 desde que el órgano jurisdiccional tuviere conocimiento del hecho, los preceptos parcialmente transcritos permiten, sin embargo, comprobar que, a la *notitia criminis*, sigue una primera etapa, antecedente inmediato de la decisión sobre la procedencia o improcedencia de optar por el procedimiento especial estudiado, y que, en consecuencia, constituye algo diferenciado de él.

La Circular 4/1980, de la Fiscalía del Tribunal Supremo, ya afrontó las

dificultades que planteaba su tratamiento jurídico. «Esas diligencias practicadas «*medio tempore*» —se preguntaba— ¿bajo qué signo procesal estarán abarcadas? Inequivocamente deben excluirse las diligencias indeterminadas. Tampoco ofrecerá duda que cuando el hecho esté claramente adscrito al nuevo procedimiento, desde un principio ésta será la única vía a seguir. Es problemática, sin embargo, la existencia de diligencias previas. La solución será ésta: dado el carácter supletorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Disposición Final primera) y la remisión al procedimiento de urgencia (art. 5.2), las diligencias previas no son esencialmente incompatibles con el nuevo procedimiento. Pero tendrán un doble límite en garantía de la rapidez que se persigue. De un lado, que sólo procederán cuando existan fundadas dudas en orden a si el delito perseguido se sitúa en el radio de la nueva Ley; y, de otro, que la permanencia de las diligencias previas en tal estado ha de ser, necesariamente, breve» (apartado 1).

Los comentaristas de la Ley Orgánica número 10 de 1980 han coincidido en que lo ideal habría sido que, recibido el atestado policial, el Juez de Instrucción, si estimase que —por los datos en él contenidos— el hecho encajaba en el ámbito de aplicación de aquélla, iniciase, sin más, el procedimiento, acordando lo procedente.

No obstante, se insiste, la interpretación sistemática de los artículos 3 al 5 revela que, previamente, existirá, en todo caso, una fase judicial preliminar, que culmina con el juicio de adecuación procedimental. Y —a la vista de la remisión hecha por el artículo 5.º2 al 789 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal— el cauce pro-

pio de esa etapa es el de las Diligencias Previas que el último precepto citado regula.

Cuanto más no ocurrirá así cuando los hechos puestos en conocimiento del órgano jurisdiccional no ofrezcan la simplicidad que el legislador de 1980 presupuso. Estos casos se multiplican tras la modificación operada por la Ley número 8 de 1983, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del Código Penal. La aplicación del procedimiento oral estudiado toma como pauta de atribución de competencia la pena asignada al delito supuestamente cometido. La drástica reducción de penalidad llevada a cabo en materia de delincuencia económica o patrimonial no violenta extendió la adecuación de aquel modelo procedimental a supuestos que precisan inevitablemente de unas diligencias instructorias preliminares simplemente para que el órgano jurisdiccional pueda formarse la idea previa mínimamente indispensable para calificar provisionalmente el hecho, y para que las partes acusadoras puedan elaborar su escrito de acusación. En estas eventualidades, el instructor (puesto que tal es el órgano jurisdiccional interviniente) no puede evitar dirigir la investigación en determinado sentido, y *pre-juzgar*, conforme va tomando conocimiento de sus resultados.

No ha podido, pues, ni en España ni fuera de ella (ahí están las opiniones de los procesalistas italianos sobre los modelos procesales por decreto, y directísimo), prescindirse de una instrucción, siquiera sea reducida al mínimo, amparada en la hospitalidad jurídica de las protefscas *diligencias previas* (a cuyo régimen acude, en último término, el propio artículo 5.º2 de la Ley Orgánica 10 de 1980). Porque el órgano jurisdiccio-

nal realmente instruye, ha tenido que excepcionar expresamente su artículo 2.º2 la aplicación de la causa de recusación prevista por el apartado 12 del artículo 54 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Los comentaristas han sintetizado muy bien este efecto paradójico: «...El atestado presentado por la Policía, debe ser necesariamente completado por el órgano judicial que vuelve a ser instructor».

XII. El Juez recibe la declaración del detenido. Seguramente el respeto del derecho de defensa, consagrado por el artículo 24.2 de nuestra Constitución, reclama que se reciba declaración al imputado —detenido o no— con aplicación de lo prevenido con carácter general por el artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Parece excesivo afirmar —como el representante del Grupo Centrista, en su día— que en el supuesto del artículo 3.º1, «no hay presuntos culpables (*sic*), no hay personas contra las que vaya dirigido nada». Y resultaría muy ilustrativa la lectura de los argumentos contenidos en la Sentencia de 28 de abril de 1966, número 33, de la *Corte Costituzionale* italiana, sobre un problema coincidente. No hace falta ser un experto psicólogo para evaluar en qué medida constituye este interrogatorio —que es ya, por sí solo, una verdadera y propia actividad instructoria— una fuente de *pre-judicio*. Realiza, acto continuo, un primer enjuiciamiento preliminar del hecho denunciado, a la vista del resultado de esta diligencia y del contenido del atestado remitido por las instancias policiales; y comienza a instruir, a disponer la práctica de actos de investigación que nunca podrán dejar de entrañar una dirección de aquélla en un sentido determinado. Y, si ha

de decidir sobre la situación personal del inicialmente detenido (o, posteriormente, del acusado), la aplicación de los artículos 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal —a los que el legislador de 1980 reenvía expresamente— le obligarán —como no escapa a la crítica doctrinal más reciente— a juzgar provisionalmente sobre la probabilidad de que aquél sea responsable del delito imputado (contradiciendo frontalmente el criterio de la STS de 9 de julio de 1983, cuando afirma que resolver sobre las medidas cautelares personales no significa «...anticipar... su propio criterio sobre la culpabilidad o inculpabilidad del acusado, juicio de valor que queda diferido al momento de dictar sentencia y una vez celebrado el juicio oral...»).

La Ley Orgánica 10 de 1980 preve que se practiquen, por orden —más que por delegación— del Juez de Instrucción, por la Policía Judicial, «...los actos de investigación que sean pertinentes con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Criminal» (artículo 3.1, *in fine*).

La Ley especial, en su intento de apartar del órgano jurisdiccional que, en el futuro, podría conocer del proceso, el riesgo de prejuicio inherente a la acumulación de funciones instructoras, desplaza éstas al aparato policial. De este modo se opera una reforma trascendental en nuestro Ordenamiento procesal penal. En efecto, hasta entonces, la Policía Judicial —y sabido es cuán amplio llegó a ser este concepto, con arreglo al artículo 283 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal— tenía por objeto «averiguar los delitos públicos (y los privados, si se le requiere para ello) que se cometieren en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias

necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la Autoridad judicial» (art. 282.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Actuaba, pues, a prevención, supeditada al órgano jurisdiccional competente. Y esta situación no varió tras la reforma llevada a cabo por la Ley 3/1967, de 8 de abril. La lectura del artículo 786 de nuestro Código Procesal Penal da suficiente testimonio de ello.

A partir de la Ley Orgánica número 10 de 1980, en cambio, la Policía Judicial está llamada a encargarse de la práctica de actos de instrucción, hasta entonces a cargo del Juez. El artículo 287 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal conocía la posibilidad de que éste encargase a aquélla la realización de diligencias «para la comprobación del delito y averiguación de los delincuentes...». Pero su eficacia era limitada. Constituían —se ha escrito recientemente— «...algo así como la infraestructura de la instrucción previa...», «...de modo que el juez no queda relevado de "repetirlas", por así decir, si juzgándolas de interés para la instrucción estima que han de integrarse en la misma...». Por el contrario, según el modelo procedimental de 1980, los resultados de la investigación encomendada —genérica o específicamente— por el Juez, proporcionarán la base fáctica precisa para las resoluciones sobre competencia y adecuación del procedimiento y adopción de medidas cautelares, y, en una segunda secuencia, para la formulación de los escritos de acusación, y para la resolución sobre apertura del juicio oral.

XIII. No se especifican cuáles sean las diligencias practicables por

sustitución del Juez. El Proyecto de 10 de agosto de 1979 se remitía al artículo 786 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y enumeraba también las siguientes: «1.º Además de la presencia de los facultativos precisos, los miembros de la Policía Judicial podrán requerir el auxilio de cualquier perito para estimar el valor de la cosa que hubiere sido objeto del delito o el importe de los daños y perjuicios causados. 2.º Llevarán a cabo, si fuere necesario, una inspección ocular del lugar del hecho, levantando un plano u obteniendo fotografías de dicho lugar. 3.º Solicitarán por el medio más rápido certificación de antecedentes penales del presunto culpable, o de nacimiento cuando fuere preciso, para que sean remitidos por igual medio al Juez competente».

La Circular número 4 de 1980, de la Fiscalía del Tribunal Supremo, interpretaba: «Cuáles sean esos actos de investigación a que se extiende ahora la competencia de la Policía Judicial, es materia que la Ley silencia, pero, dada la amplitud del término, tendrán cabida en ellos no sólo las declaraciones de responsables presuntos y de testigos, sino también otras diligencias de carácter real, como inspecciones oculares que no comporten conocimientos superiores, informes periciales sobre autenticidad de documentos, descripción, naturaleza y gravedad de las heridas, valoración aproximada y provisional de lo sustraído en delitos contra la propiedad, etc. Todo ello repercutirá en la fase procesal posterior y contribuirá tanto a la determinación del procedimiento aplicable como a la redacción de un escrito de acusación próximo a la verdad material» (3.A).

Pero no siempre será ello posible.

ni aun recomendable. Ya se ha hecho alusión al interrogatorio del imputado. La Circular citada razona de este modo: «...el artículo 3.2 dispone, limitadamente, que el Juez podrá reclamar certificaciones de antecedentes penales y de nacimiento; ello no es suficiente para perfilar la totalidad de las estructuras delictivas. En los delitos contra la propiedad y en los de lesiones especialmente, son elementos condicionantes las tasaciones y los informes de sanidad, pues de tales datos dependerá la iniciación de este procedimiento o la formación de sumarios. No parece medida procesal irregular la práctica (cabe suponer: judicial) de estas diligencias que evitarían las suspensiones de señalamientos conforme al artículo 9.» (3.A). Agréguese, a lo anterior, la nada infrecuente necesidad de llevar a cabo reconocimientos identificativos, que, de ser encomendados a los órganos de la Policía Judicial, plantearían luego dificultades insubsanables sobre su valor probatorio, partiendo de la doctrina del Tribunal Constitucional, iniciada por la trascendental Sentencia 31/1981, de 28 de julio).

Resta, en fin, la posibilidad de práctica, por el Juez de Instrucción (según interpretación generalizada, compartida por la Circular tan repetidamente invocada), de las diligencias interesadas por el querellante —si lo hubiere— o por el imputado (Circular, cit. 3, A, 4).

En definitiva, cabe concluir que:

a) en el modelo procedimental de la Ley Orgánica número 10 de 1980 no está ausente, en modo alguno, una fase instructora

b) el Juez de Instrucción:

b.1) practica algunos actos de investigación

b.2) ordena la práctica de otros

por la Policia Judicial (de este modo, la *autonomía* de actuación que pudiera predicarse de la investigación policial preliminar deviene dependiente —mayor o menor— una vez iniciado el procedimiento)

c) el Juez de Instrucción toma conocimiento del resultado de unos y otros actos de investigación

d) el Juez de Instrucción, para adoptar medidas cautelares personales o patrimoniales, ha de valorar la probabilidad de que el imputado sea responsable del delito que se le achaca.

Finalmente, pues, la supuesta cautela no reducirá el peligro de perjuicio, ya que, sobre la base de ese conocimiento, resolverá abrir el procedimiento especial de la repetida Ley, dar una tramitación distinta (si no estima el hecho incluido dentro de su ámbito de aplicación) o archivar las actuaciones (art. 5.º.2), se entiende que por no considerar los hechos delictivos; lo que, *a contrario sensu*, significa que, de seguir adelante, ha encontrado indicios de que aquéllos pueden constituir delito: en definitiva, sigue avanzando por el camino de los enjuiciamientos provisionales (de los *pre-juicios*).

No parece necesario insistir en que estos negativos perfiles se acentúan cuando, por unas u otras razones, el procedimiento se inicia con la apertura de unas propias *Diligencias Previas*, con el contenido que les confiere el artículo 789 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Mayores problemas se plantearán cuando se haya optado inicialmente por un cauce procedimental que entrañe la apertura de sumario, y, avanzado éste, se transforme el procedimiento (caso estudiado específicamente por la STS. de 9 de julio de 1983).

XIV. Uno de los más autorizados

estudiosos de este procedimiento concluía así su análisis del problema: «Puede afirmarse con seguridad que en este proceso no existe el sumario como tal; es decir, según aparece en los artículos 299 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Pero esto no obsta para asegurar también que en el enjuiciamiento oral existe una fase no oral, sino escrita, que integra las secuencias típicas de una actividad instructoria. En los artículos 3, 4 y 5 se describe normativamente una actividad que inexcusablemente debe proceder a todo juicio oral. Y, según nos parece advertir, coincide en esencia con las denominadas diligencias previas (art. 789 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él hayan participado y el procedimiento aplicable. Se halla fuera de discusión el carácter instructorio de estas diligencias previas... delineadas sobre el modelo de actuaciones previstas en el artículo 299. En definitiva, la instrucción trata de preparar el juicio oral o constatar que éste no debe abrirse (art. 5.2).» Y es un mismo Juez el que dirige aquella instrucción, asume sus resultados y conoce de este juicio.

XV. No terminan aquí las dificultades. De estimarse que la Ley Orgánica número 10 de 1980, de 11 de noviembre, contradice ese derecho fundamental, en la medida en que se reúnan en un mismo órgano jurisdiccional las competencias para instruir, conocer y fallar una causa, procedería declarar la nulidad, por inconstitucionalidad, de los preceptos que establecen tal acumulación competencial, y, con ello, tal Ley especial devendría inaplicable en la práctica.

De este modo, entrarían en juego

las normas comunes contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y el procedimiento adecuado sería el de urgencia, en la modalidad de las denominadas *diligencias preparatorias*, reguladas en sus artículos 790 a 792, ambos inclusive, a tenor de lo prevenido por el 779 de aquel Código Procesal. Ocurre, empero, que la regla 3.ª de su artículo 14 encomienda también a un mismo órgano jurisdiccional —el Juzgado de Instrucción territorialmente competente— la instrucción, conocimiento y fallo de la causa, con lo que se reproduce, sobre la constitucionalidad de este marco normativo, la misma duda ya suscitada a propósito de la Ley Orgánica número 10 de 1980.

Aquí ya no vale ninguna de las consideraciones alegadas en justificación de ésta. Las *Diligencias Previas*, reguladas en el artículo 789 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, son «las esenciales encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él hayan participado y el procedimiento aplicable...». Ciertamente, la práctica judicial ha desnaturalizado su alcance, dándoles una amplitud que desborda con mucho la *esencialidad* querida por la Ley; y son explicables las críticas que esa práctica ha venido recibiendo, incluso desde instancias institucionales (baste la lectura del informe de la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Cuenca, recogido en la *Memoria* correspondiente al año 1979). El Juez —se afirmó— debe de actuar con carácter inquisitivo únicamente en los primeros momentos, en lo que podría llamarse período *pre-procesal*; y, tan pronto como tenga elementos de juicio suficientes para determinar los datos a que alude el precepto procesal antes transcrito, debe convertir las *diligencias*

*previas* en el procedimiento especial, lo que supondría el aquietamiento de la actividad inquisitoria del Juez. Aun reducidas a sus verdaderos límites, son, no obstante, de inequívoca naturaleza instructoria, y su práctica es eminentemente judicial. Las medidas que la Policía Judicial puede adoptar, con arreglo al artículo 786 son estrictamente preventivas, y encaminadas a facilitar la labor posterior del Juez de Instrucción. La acumulación de funciones resulta, en este caso, patente, y así se puso de relieve desde los primeros comentarios a la reforma de 1967. Y, si un sector de opinión vio incluso con esperanzado interés el «experimento», otro no ocultó su malestar. Muy tempranamente escribía un prestigioso especialista: «...Constituye uno de los principios básicos de la regulación clásica de la Ley de enjuiciamiento criminal, aceptado en el primitivo procedimiento de urgencia, la separación absoluta entre el órgano encargado de la instrucción preparatoria del juicio y el órgano al que corresponde el conocimiento y el fallo del asunto. En cambio, el nuevo procedimiento de urgencia... desconoce este principio, estimado como garantía básica del presunto culpable por los legisladores de 1882; se encarga al Juez de Instrucción tanto las etapas preparatorias del juicio como éste y el fallo». Esta última observación es compartida por cuantos se han venido aproximando al tema, cualquiera que sea la consideración que les merezca semejante singularidad. Y coinciden en que la excepción al artículo 54-12 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, consagrada por el 3.º de la número 3 de 1967 es «natural» porque «...la simple facultad instructora que anteriormente tenían los Jueces de Ins-

trucción ha de compatibilizarse con la que en dichos supuestos se les atribuye para fallar de lo por ellos instruido».

Por ello, subsidiariamente, y para el caso de estimarse inconstitucional la Ley Orgánica número 10 de 1980, la cuestión habría de extenderse a la de los preceptos antes enumerados, reglamentadores del procedimiento por *diligencias preparatorias*. Esta posibilidad está expresamente acogida por el artículo 39.1 de la Ley Orgánica número 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (cfr. SSTC de 8 de abril de 1981, 71/1982, de 30 de noviembre, 27/1985, de 26 de febrero).

Por la misma razón, la cuestión deberá comprender:

1. los artículos 14-3.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y 87, 1, b) de la Orgánica número 6 de 1985, de 1.º de julio, del Poder Judicial, en cuanto legitiman la atribución cumulativa de competencias instructoras y decisoras a un mismo órgano jurisdiccional

2. la norma contenida en el párrafo segundo del artículo 2 de la Ley Orgánica número 10 de 1980, y en el artículo 3.º de la número 3 de 1967, que excepcionan la aplicación de la causa de recusación prevista en el apartado 12 del artículo 54 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal («haber sido instructor de la causa»), y la regla 12 del artículo 219 de la Ley Orgánica número 6/1985, de 1.º de julio, del Poder Judicial, que configura restrictivamente como causa de abstención y de recusación «...haber sido instructor de la causa cuando el conocimiento del juicio esté atribuido a otro Tribunal».

Nótese que, una vez más, la interpretación sistemática permite inferir que, en la filosofía de los sucesi-

vos legisladores (de 1967, de 1980, de 1985) las fases de investigación preliminar ostentan naturaleza instructora.

XVI. No se oculta que los artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuya compatibilidad con la Constitución se considera en entredicho, fueron introducidos por la Ley número 3 de 1967, de 8 de abril, anterior, con mucho, a la publicación de la Constitución vigente. Podría, pues, argüirse que, respecto de ellos, resulta impertinente plantear cuestión de inconstitucionalidad, puesto que la derogación de las leyes que se opondan frontal e insoslayablemente a lo establecido en nuestra Ley Fundamental, en cuanto norma no sólo jerárquicamente superior, sino, además, cronológicamente posterior, por efecto de la disposición derogatoria 3.ª de la Constitución, es «...una cuestión que obviamente pueden resolver por sí solos los jueces ordinarios...», como previno tempranamente la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, de 8 de abril de 1981 (FJ 3). Sin embargo, ya su Sentencia de 2 de febrero de 1981 afirmaba, con rotundidad, invocando los artículos 163 de la Constitución, y 27 de la Ley Orgánica 2/1979, que «...no puede negarse que el Tribunal (Constitucional), intérprete supremo de la Constitución, según el artículo primero de su Ley Orgánica, es competente para enjuiciar la conformidad o disconformidad con aquéllas de las leyes preconstitucionales impugnadas, declarando, si procede, su inconstitucionalidad sobrevenida y, en tal supuesto, la derogación operada por virtud de la disposición derogatoria...» (FJ 1, C), produciendo su pronunciamiento «...plenos efectos frente a todos...» (FJ 1, B), a diferencia de su inaplicación al caso concreto

por el órgano jurisdiccional ordinario (STC de 8 de abril de 1981, FJ 3). Y sintetiza la Sentencia de 2 de febrero de 1981: «...así como frente a las leyes postconstitucionales el Tribunal (Constitucional) ostenta un monopolio para enjuiciar su conformidad con la Constitución, en relación con las preconstitucionales, los jueces y Tribunales deben inaplicarlas si entienden que han quedado derogadas por la Constitución, al oponerse a la misma, o pueden, en caso de duda, someter este tema al Tribunal Constitucional por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad...» (FJ 1, C). Diríase, incluso, que el Tribunal Constitucional no oculta su preferencia por este segundo término de la alternativa, por el peligro que implica la mera inaplicación de las leyes anteriores a la Constitución que se reputen incompatibles con ésta, al «...someter la obra del legislador al criterio tal vez diverso de un elevado número de órganos judiciales, de donde podría resultar, entre otras cosas, un alto grado de inseguridad jurídica...» (STC, Pleno, de 1.º de junio de 1981, FJ 1).

XVII. Siquiera sea como argumento de autoridad, merece la pena transcribir las consideraciones que, sobre los extremos planteados, se contienen en la última *Memoria* de la Fiscalía General del Estado. Allí puede leerse: «El modelo de proceso penal estructurado por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 14 de septiembre de 1882, partió de la distinción de dos fases en el proceso: el Sumario y el Juicio Oral. La Ley procesal comprendía que era difícil que una persona desempeñase sucesivamente las funciones de instruir y juzgar, ya que ello podría comprometer la imparcialidad del órgano

judicial. Este principio quebró con la Ley 3/67, de 8 de abril, que en una modalidad del procedimiento de urgencia, la conocida como «diligencias preparatorias», atribuyó la investigación y la decisión al mismo órgano judicial. Posteriormente y en vigor la Constitución de 1978, se publicó la Ley Orgánica 10/80, de 11 de noviembre, de Enjuiciamiento Oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes, que incurre en el mismo planteamiento. La Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio, sigue el mismo camino, lo que nos preocupa, salvo que ... las oportunas modificaciones legales den la facultad de instruir al Ministerio Fiscal.

Efectivamente, hay que resaltar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictó, el 26 de octubre de 1984, sentencia en el caso «De Cubber». Se trataba de un supuesto en el que formó parte del Tribunal un Magistrado que había intervenido previamente como Instructor. El Tribunal, sin poner en duda la imparcialidad subjetiva de ese Magistrado, consideró que el mismo no disponía de una entera libertad de juicio, por su conocimiento anterior de la causa, y que no ofrecía las suficientes garantías de imparcialidad. Este criterio parece que es apuntado también en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de julio de 1987, en el recurso de amparo 772/85; aunque en este supuesto, el Tribunal Constitucional no otorgó el amparo porque el Juez que instruyó las primeras diligencias fue distinto del que actuó en el Juicio Oral...» (pp. 13 y 14). Los párrafos transcritos son tan elocuentes que huelga todo comentario; y podrían sustituir óptimamente el informe que el Ministerio Público no ha considerado oportuno emitir al conferirle traslado sobre la cuestión

de inconstitucionalidad que ahora se plantea.

XVIII. No se desconoce —compartiendo la inquietud igualmente mostrada por el Excmo. señor Fiscal General del Estado en su *Memoria...* (p. 14)— la gravedad de las consecuencias que comportaría una declaración de inconstitucionalidad de las normas que atribuyen a los Jueces de Instrucción competencia para instruir y fallar las causas tramitadas por los modelos del procedimiento de urgencia y de la Ley Orgánica 10/1980, pero todo lo hasta ahora expuesto conduce derechamente a semejante resultado. Uno de los más recientes monografistas del tema concluía: «...cabe asegurar que atribuir a un mismo Juzgado tanto la investigación como el enjuiciamiento penal, genera una duda objetiva sobre la imparcialidad del juzgador, que le habría de llevar a la abstención o, de no producirse ésta, a conceder al acusado el derecho de recusación, para salvaguardar el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, entre las que se encuentra en un lugar preponderante la de imparcialidad del llamado a dictar sentencia». Por supuesto, la previsión de unos preceptos que excepcionan tales supuestos de la recusabilidad del Juez o Magistrado es absolutamente irrelevante. No hay ninguna razón válida que permita discriminar los casos exceptuados de cualesquiera otros de reunión de funciones instructora y decisora. Se trata únicamente de evitar lo que, de otro modo, constituiría una estridente incoherencia formal interna. Pero la incoherencia de fondo pervive, y debe desaparecer.

*Cuarto.* El plazo para resolver, se entenderá prorrogado hasta la decisión de la cuestión de inconstitucio-

nalidad promovida, según se desprende implícitamente del artículo 35.2, inciso primero, de la Ley Orgánica 2/1979, que vino a allanar la aparente contradicción interna de los términos en que se redactó el artículo 163 de la Constitución vigente.

Por cuanto antecede,

Se plantea ante ese Excelentísimo Tribunal Constitucional cuestión sobre la posible inconstitucionalidad de la Ley Orgánica número 10/1980, de 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes (con especial atención sobre su artículo 2, en cuanto norma de atribución de competencias); así como de los artículos 14.3.º, y 790 a 792, ambos inclusive, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (redacción dada por la Ley número 3 de 1967, de 8 de abril), y artículo 3.º de esta misma Ley); y 87.1, b) y 219.10 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1.º de julio, Orgánica del Poder Judicial, en cuanto implican competencia de un mismo órgano jurisdiccional para la instrucción, conocimiento y fallo de una misma causa, por si pudieran ser contrarios al 24.2 de la Constitución Española, que establece los derechos «...al Juez ordinario predeterminado por la Ley...» y «...a un proceso público... con todas las garantías...».

Se adjunta copia certificada de las Diligencias Previas número 4.114 de 1985, de este Juzgado de Instrucción.

En Madrid, a veintidós de octubre de mil novecientos ochenta y siete.

El Magistrado, Juez de Instrucción,

Excmo. señor Presidente del Excmo. Tribunal Constitucional

## COMISIONES ROGATORIAS

# CARTA INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DE LA DEFENSA

### EXPOSICION DE MOTIVOS

La Unión Internacional de Abogados ha tomado la iniciativa de una consulta mundial de los Colegios de Abogados para elaborar la presente Carta.

Una Carta relativa a los derechos de la defensa debe inscribirse en el conjunto de los textos internacionales, Pactos de Nueva York y Convenios regionales que fijan las reglas mínimas y las garantías fundamentales en materia de protección de las libertades y de las normas del proceso equitativo.

En efecto, no puede separarse la independencia de los Jueces de la de los Abogados. Ambas son interdependientes. Tampoco se pueden separar los derechos de la defensa de los derechos de los justiciables. La inmunidad del Abogado tiene como presupuesto y como límites la salvaguardia de los derechos de los justiciables.

Los importantes trabajos realizados por la Subcomisión de los Derechos del Hombre (antidiscriminación) de las Naciones Unidas y por la Conferencia Internacional de Montreal de 1983 referentes a la Independencia de la Justicia, y al Estatuto de los Jueces y Abogados, a los cuales han aportado su cooperación las Uniones y Asociaciones Internacionales de Abogados, son de tal calidad que no se podría proponer un texto de armonización sin tener en cuenta la Ponencia final presentada por el Ponente General Señor L.M. Singhvi.

Estos trabajos tienen el mérito suplementario de reflejar las situaciones de base de la Justicia y de los Colegios de Abogados de todos los continentes y tomar en consideración las diferencias de organización judicial entre los países industrializados y los países en vías de desarrollo. Es evidente que el monopolio del Abogado no puede tener las mismas dimensiones cuando las legislaciones, las administraciones judiciales y los medios, son de grados muy diversos. Lo mismo podría decirse de ciertas exigencias de la defensa con relación a los regímenes políticos.

Lo que más importa es la "esencia" de las garantías fundamentales.

Un primer análisis de los textos internacionales y de los convenios multilaterales permite establecer un marco comparado de las instituciones y de los mecanismos de protección; Pactos de las Naciones Unidas, Convenios Regionales: Europa, América, África.

Los Estados que han ratificado un Convenio Regional instituyendo un Tribunal de Derechos del Hombre que permita la presentación de un recurso del individuo contra el Estado y que prevea entre los derechos garantizados el respeto a las reglas de un procedimiento equitativo, deben vigilar que el derecho interno se acomode al Convenio Internacional, principalmente en lo que concierne a los derechos de la defensa, y deben tomar todas las disposiciones adecuadas para asegurar el ejercicio efectivo de la asistencia del abogado, especialmente en la organización del sistema judicial.

Los Estados que tienen un Tribunal Constitucional encargado de vigilar el respeto de los Derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o que incorporan en su Constitución los Convenios Regionales sobre los Derechos del Hombre, deberán comprometerse a asegurar una gran difusión de los derechos de los Tribunales Constitucionales y Regionales, especialmente en las prisiones, hospitales, alcaldías, centros de concesión de la defensa judicial gratuita. La información sobre el funcionamiento de la justicia es uno de los medios más eficaces para garantizar el respeto de las normas de un proceso equitativo.

En un determinado número de Estados, los procesos, principalmente por crímenes y delitos políticos, dan lugar a situaciones judiciales y jurídicas contrarias al respeto de los derechos fundamentales. Los Estados firmantes de los Pactos de las Naciones Unidas deberán comprometerse a aceptar la presencia de observadores judiciales internacionales imparciales a quienes se autorice a asistir a los juicios. Por iniciativa de los Estados firmantes, los Convenios Regionales deberán incluir, en un protocolo adicional, el compromiso de los Estados de incorporar en los Códigos de Procedimiento la norma del acceso de observadores judiciales a las audiencias, como base de un proceso equitativo.

Las disposiciones de la presente Carta y de las recomendaciones deberían ser utilizadas en los instrumentos y mecanismos internacionales y en las legislaciones y procedimientos nacionales, como instrumentos de referencia para servir a la interpretación de las normas relativas a los Derechos de la Defensa, con el fin de asegurar más adecuadamente el ejercicio de la justicia en la Comunidad Internacional.

Igualmente y a título de recomendación, sería deseable que los Estados, en el marco de los Convenios y de las Comunidades Regionales con sistema jurídico homogéneo (como es el caso de la C.E.E.), pudieran reconocer el derecho de prestación de servicios en las actividades de Asesoramiento e Informe ante los tribunales a todos los abogados cuyo país de origen pertenezca a la misma Comunidad interestatal.

Tal intercambio internacional de prestaciones puede contribuir a un fortalecimiento de la efectividad de la defensa.

## I - PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

**ARTICULO 1** El derecho a la justicia y a un proceso equitativo es un derecho fundamental reconocido por todos los documentos o instrumentos convencionales internacionales.

El derecho a la defensa es uno de los pilares indispensables para una correcta administración de justicia.

Esta es inseparable de la independencia de la justicia: si no existen tribunales independientes e imparciales no es posible la protección efectiva de los justiciables.

**ARTICULO 2** La defensa efectiva de los justiciables es el medio necesario y la regla esencial para asegurar la salvaguardia de los derechos fundamentales.

**ARTICULO 3** Cualquier persona debe poder ejercer sus derechos ante la justicia lo que conlleva el derecho a un tribunal y un derecho efectivo de acceso al mismo (en el sentido reconocido por el Derecho Internacional Público).

Cualquier persona tiene derecho en plena igualdad a que su causa sea vista pública y equitativamente por un tribunal independiente e imparcial que se pronuncie tanto sobre sus derechos y obligaciones, como sobre el fundamento de toda acusación en materia penal y civil dirigida contra ella o que cause perjuicio a sus bienes; todo ello respetando la igualdad de armas entre la Acusación y la Defensa.

**ARTICULO 4** Cualquier persona debe poder hacerse asistir por un defensor de su elección.

En todos los Estados cuyo sistema judicial atribuye la misión de consejo y defensa a la profesión de abogado, cualquier persona debe poder recurrir a la ayuda de un abogado miembro de la profesión tanto si esta organizada bajo forma de Orden del Colegio como si tiene cualquier otro Estatuto.

Cualquier persona debe tener libre y efectivamente la posibilidad de elegir su Abogado.

**ARTICULO 5** La intervención del abogado debe ser efectiva, lo que implica para este el deber de proporcionar en el cumplimiento de su misión la competencia y la diligencia necesaria.

**ARTICULO 6** La aplicación del principio de la Primacía del Derecho implica el reconocimiento de la regla según la cual todo acusado de un hecho delictivo se presume inocente hasta que se demuestre legalmente su culpabilidad en un proceso público en el que se le hayan proporcionado todas las garantías necesarias para su defensa.

Este principio general implica que la carga de la prueba debe ser soportada por la acusación y no puede ser invertida.

La culpabilidad personal debe ser probada en cada caso, sin que quepa retener el principio de una responsabilidad colectiva.

Nadie será condenado por acciones u omisiones que, en el momento en el que hayan sido cometidas, no constituyesen un acto delictivo de acuerdo con el derecho nacional o internacional. Igualmente, no se impondrá pena alguna más severa que la aplicable en el momento en que tuvo lugar la acción delictiva, salvo la reserva de las disposiciones en materia de crímenes contra la humanidad.

Las leyes procesales no pueden violar los derechos fundamentales de la defensa, y respetarán estrechamente el principio "nulla pena sine lege".

**ARTICULO 7** Los Estados deben comprometerse a:

- Garantizar que cualquier persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido infringidos disponga de un recurso útil, incluso cuando la violación de los derechos sean hechos de personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales;
- Garantizar que una autoridad competente judicial, administrativa o legislativa, independiente e imparcial, decidirá en un plazo razonable, sobre los derechos de la persona que presente el recurso y asegurará las posibilidades de recurso jurisdiccional;
- Garantizar el efectivo seguimiento por las autoridades competentes de todo recurso que se declare justificado.

**ARTICULO 8** El control que ejercen los Tribunales sobre los actos del Ejecutivo tendrá como fin principal:

- que el Ejecutivo actúe dentro de los límites de sus poderes, tal como estén definidos en la Constitución y en las leyes adoptadas con arreglo a dicha Constitución;
- que cualquier persona cuyos derechos sean ignorados o estén amenazados por la Administración, disponga de un derecho absoluto de recurso ante los tribunales y esté protegida contra las consecuencias de todo acto que el tribunal reconozca ilegal, arbitrario o irracional;
- que la utilización por el Ejecutivo de sus poderes discrecionales no escape al examen de los tribunales, que han de investigar si ese uso se acomodaba a la legalidad vigente y si estaba justificado por razones válidas y conformes a los principios generales del derecho;
- que los poderes legalmente conferidos al Ejecutivo no sean utilizados con fines distintos para los que fueron otorgados.

Cuando los Tribunales tengan que averiguar con qué fin la Administración ha hecho uso de sus poderes, deberán decidir si ésta tiene o no derecho a eximirse de la entrega de ciertos documentos argumentando su carácter confidencial.

Cuando se recurre a ellos invocando la violación de uno o varios Derechos fundamentales, los Tribunales podrán inspirarse en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los Pactos y Convenciones Regionales e Internacionales adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, por lo menos como elemento de apreciación o línea de conducta.

## II - PROCEDIMIENTO JUDICIAL

**ARTICULO 9** Los debates judiciales deben ser públicos.

La celebración del Juicio penal puede tener lugar a puerta cerrada, si así lo decide el Tribunal, durante todo el proceso o parte de él, bien sea en interés de los menores, de las buenas costumbres, del orden público tal y como éste se entiende en una sociedad democrática, o bien cuando así lo exija el interés de la vida privada de las partes, y/a petición de éstas.

Toda sentencia en materia penal o civil debe ser pública, salvo si el interés de menores exige otra cosa o si el juicio versa sobre cuestiones matrimoniales o tutela de niños.

**ARTICULO 10** Cualquier persona acusada de una infracción penal debe tener, como mínimo, las siguientes garantías:

- ser informada, a la mayor brevedad posible, en un idioma que comprenda y de manera precisa, de la naturaleza y motivos de la acusación que se formula contra ella;
- disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa así como poder comunicar de manera permanente con el asesor que elija;
- ser juzgada en un plazo razonable;

- d) la detención provisional antes del juicio debe ser con carácter excepcional;
- e) estar presente en el proceso y poder defenderse ella misma, así como tener la asistencia de un defensor de su elección; si no tiene defensor, ser informada de su derecho a tener uno y, cuando el interés de la justicia lo exija, que se le atribuya de oficio un defensor sin contribución financiera por su parte si no tiene los medios de remunerarlo;
- f) tener acceso antes de celebrarse la audiencia y en tiempo útil, a todos los elementos del expediente;
- g) interrogar o hacer interrogar los testigos de cargo y obtener la comparecencia e interrogatorio de los testigos de descargo en las mismas condiciones que los anteriores;
- h) obtener la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado en la vista;
- i) no ser forzada a testificar en su propia contra o en contra de su conyuge, sus hijos o próximos parientes ni ser obligada a confesar su culpabilidad;
- j) respetar el principio "non bis in idem".

**ARTICULO 11** La acusación no tiene por objetivo obtener a cualquier precio la condena del acusado. Debe presentar objetivamente todos los elementos del caso.

Ningún acusado debe ser obligado a declararse culpable.

Ningún acusado ni ningún testigo podrán ser objeto de coacciones físicas o psicológicas, incluyendo los procedimientos que atenten a su voluntad o a la dignidad del hombre.

Las comunicaciones postales y telefónicas no pueden ser interceptadas más que en circunstancias excepcionales previstas por la ley y conformes con los criterios de una sociedad democrática y con la autorización o mandato de la autoridad judicial competente.

Sólo podrá tener lugar un registro en el domicilio del acusado con el consentimiento de éste o previo mandato de la autoridad judicial competente.

Los elementos de prueba obtenidos violando estos principios no podrán ser utilizados contra el acusado.

### III - LA DEFENSA

#### ARTICULO 12 Principios fundamentales de la defensa penal

Una defensa libre supone la libertad del defensor: el abogado que represente a un acusado en un asunto penal debe tener la posibilidad de preparar libre e íntegramente una defensa de acuerdo con las exigencias de la justicia, de comunicarse libremente con el acusado y de informar sin estar condicionado por las instrucciones de un órgano o partido oficial, sin encontrarse bajo la amenaza de sufrir una limitación arbitraria de su capacidad profesional, sin estar amenazado en su vida privada, en su vida familiar ni en sus bienes y sin ser interceptado en sus comunicaciones en el ejercicio de la defensa.

#### ARTICULO 13 Deberes de los Abogados como corolario de los derechos y de las garantías de defensa

Los deberes de los abogados frente a sus clientes consisten en:

- a) aconsejar al cliente en cuanto a sus derechos y obligaciones jurídicas;
- b) tomar las medidas jurídicas que estime oportunas para protegerle a él y a sus intereses, si hubiera lugar;
- c) representarle o asistirle ante las jurisdicciones, tribunales o autoridades administrativas, así como ante las autoridades de policía durante la instrucción preparatoria.

En el cumplimiento de sus deberes, el abogado ha de actuar en todo momento, en toda libertad, con diligencia y valentía, conforme a lo establecido en la ley, sin violar nunca su propia conciencia y respetando la voluntad de su cliente y la deontología de la profesión de abogado, sin preocuparse de las restricciones o presiones a las cuales le puedan someter las autoridades o el público.

Cualquier persona o grupo de personas tiene derecho a recurrir a los servicios de un abogado para defender sus intereses o su causa dentro de los límites de la ley y el abogado tiene el deber de actuar con este fin lo mejor que le sea posible. Por consiguiente, ni las autoridades ni el público deben identificar al abogado con su cliente o con la causa de su cliente cualquiera que sea su popularidad o su impopularidad.

Ningún abogado deberá ser víctima o amenazado con sanciones penales, civiles, administrativas, económicas o de otro tipo por haber aconsejado o representado a un cliente o defendido su causa.

Ningún tribunal ni autoridad administrativa se negará a reconocer el derecho de un abogado a comparecer ante el mismo por su cliente.

Si se procesa a un abogado por un delito cometido durante una audiencia, no podrá ser adoptada ninguna sanción contra éste por los jueces que intervengan en el caso, debiéndose dar traslado de la causa a la jurisdicción o a la organización profesional competente.

Salvo en los casos aquí previstos, un abogado goza de inmunidad civil y penal por las declaraciones que haga de buena fe en sus informes, escritos u orales o en el ejercicio de su profesión ante una jurisdicción, un tribunal u otra autoridad judicial o administrativa.

El abogado tiene el derecho de aceptar o rechazar cualquier asunto. En el supuesto en que intervenga por asistencia judicial o comisión de oficio, tiene también este derecho siempre que medie un justo motivo.

**ARTICULO 14** Deben garantizarse a los Abogados todos los derechos necesarios para el ejercicio efectivo de sus responsabilidades profesionales y en particular:

- protección absoluta del carácter confidencial de las relaciones entre el abogado y su cliente, en virtud del cual un abogado no puede, bajo ninguna circunstancia, revelar o ser obligado a revelar las informaciones recibidas de un cliente a título profesional o sus comunicaciones con un cliente, sin ser autorizado para ello por este último; esta protección se extiende a los expedientes y documentos del abogado;
- la posibilidad de desplazarse libremente tanto en su propio país como en el extranjero por razones profesionales; cualquier restricción de desplazamiento impuesta a la población en general debería ser modificada para permitir al abogado ejercer correctamente sus obligaciones profesionales, bajo control de un tribunal independiente e imparcial respetando los criterios de una sociedad democrática;
- el derecho a buscar, recibir y, bajo reserva de las reglas de la profesión, comunicar informaciones e ideas relativas a sus actividades profesionales, sin restricción oral o escrita.

Los abogados ejercen una función esencial para la representación y exposición de los derechos y quejas en la sociedad y por ello deben gozar de la libertad de asociación, creencias, opinión y expresión. En particular, deben tener el derecho a participar en cualquier debate público sobre el derecho y la administración de justicia así como el derecho a, libremente y sin ingerencias, adherirse a organizaciones locales, nacionales o internacionales o constituir las. No deben estar sujetos a ninguna restricción profesional por razón de sus creencias o su pertenencia en una organización reconocida.

Los abogados tienen la responsabilidad de estudiar la legislación en vigor que debe estar a la disposición de todo justiciable, examinar el funcionamiento del sistema de administración de justicia y apreciar sus propuestas de reforma. Deberán igualmente proponer y recomendar reformas jurídicas cuidadosamente evaluadas en interés público y emprender programas de información a la población en los temas de su incumbencia. A través de sus asociaciones profesionales, deberán ser consultados sobre los proyectos de leyes.

### IV - ORGANIZACION DE LA PROFESION DE ABOGADO

#### ARTICULO 15 El Colegio de Abogados \*

Se creará en cada jurisdicción una o varias asociaciones de abogados independientes, autónomas y reconocidas por la ley, cuya junta de gobierno u órgano ejecutivo será elegido libremente por todos los miembros sin ingerencias de ninguna clase por parte de nadie. La existencia de dicha asociación no debe en modo alguno perjudicar el derecho de los abogados a crear, además, cualquier otra asociación de abogados o juristas o de adherirse a ella.

#### ARTICULO 16 Funciones del Colegio de Abogados

Las funciones que ha de llevar a cabo un Colegio con el fin de asegurar la independencia de la profesión jurídica son entre otras:

- a) promover y defender la causa de la justicia sin temor y con total imparcialidad;
- b) mantener el honor, la dignidad, la integridad, la competencia, la moralidad, la deontología y la disciplina de la profesión;

\* Colegio de Abogados significa una asociación u organización profesional independiente.

- c) defender el papel de los abogados en la sociedad y preservar la independencia de la profesión y del defensor;
- d) proteger y defender la dignidad y la independencia del poder judicial;
- e) promover la libertad de acceso del público a la justicia y en especial a los servicios de asistencia judicial y jurídica;
- f) promover el derecho de cada uno a que su causa sea oída equitativamente y en público por un tribunal competente, independiente e imparcial, de acuerdo con los procedimientos legales en vigor en todas las materias;
- g) promover y defender la reforma del derecho, de hacer comentarios y favorecer un debate público sobre el contenido, la interpretación y la aplicación de la legislación existente o en proyecto;
- h) promover la exigencia de una formación jurídica de alto nivel como condición previa al ejercicio de la profesión;
- i) vigilar que el acceso a la profesión esté libremente abierto, sin discriminación alguna, a quienes posean la competencia profesional necesaria y una reputación honorable y ayudar a los recién llegados a la profesión;
- j) fomentar la ayuda mutua entre los miembros de la profesión y prestar asistencia a sus familiares cuando así lo exijan las circunstancias;
- k) afiliarse a las organizaciones internacionales de abogados y participar en sus actividades.

**ARTICULO 17** Cuando una persona implicado en una controversia desee la colaboración de un abogado de un país extranjero, la administración de justicia y el Colegio de Abogados deben cooperar para ayudar al abogado extranjero a obtener el derecho a ejercer ante las jurisdicciones nacionales.

Con el fin de que el Colegio pueda llevar a bien su función de protección de la independencia de los abogados, debe ser advertido inmediatamente de los motivos y razones que han conducido al arresto o detención de un abogado y, con el mismo fin, el Colegio debe recibir un aviso previo a:

- I) todo registro que se haga en la persona o bienes del abogado;
- II) cualquier secuestro de documentos que se encuentren en posesión del abogado, etc;
- III) toda decisión relacionada con procedimientos que afectan o pongan en duda la integridad de un abogado.

En estas circunstancias, el Colegio representado por su Decano o por el delegado de éste, esta habilitado para seguir el procedimiento y asegurarse, en especial, del respeto del secreto profesional.

**ARTICULO 18 Formación jurídica y acceso a la profesion de abogado**

El acceso a la profesión esta abierto a toda persona que tenga los títulos y aptitudes exigidas y no puede ser negado a nadie por motivos de raza, color, sexo, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, fortuna, nacimiento, estado civil o cualquier otro estatuto.

**ARTICULO 19 Formación ciudadana en materia juridica**

El Colegio de Abogados y los abogados tienen la responsabilidad de informar a los ciudadanos del principio de la primacía del derecho y de la indispensable independencia de la magistratura y de la profesión de abogado. Deben igualmente informarles sobre sus derechos y deberes así como sobre los recursos apropiados a los cuales tienen acceso.

PARA MEJOR PROVEER

**RESEÑA LEGISLATIVA PROCESAL**  
**(Del 1-I al 31-X-1987)**  
**NUEVA LEY DE CONFLICTOS JURISDICCIONALES**

Manuel LOZANO-HIGUERO PINTO  
 Profesor Titular de Derecho Procesal

**SUMARIO:**

1. Real Decreto 2715/1986, de 12 de diciembre (B.O.E. de 6 de enero de 1987), de Dotación de medios económicos a los municipios para mantenimiento del Servicio de Depósito de Detenidos a Disposición Judicial. — 2. Orden de 28 de enero de 1987 (B.O.E. de 5 de febrero de 1987), por la que se establecen las normas por las que se regirá el acceso al Centro de Estudios Judiciales de los aspirantes a ingreso a la carrera judicial por la categoría de Juez. — 3. Acuerdo de 11 de febrero de 1987 (B.O.E. del 17) del Pleno del Consejo General del Poder Judicial por el que se convoca la elección de Decano de las Magistraturas de Trabajo y Juzgados de Distrito de las poblaciones en que hubiera diez o más de dichos órganos y se precisan con carácter general los términos de la elección. — 4. Real Decreto 220/1987, de 20 de febrero (B.O.E. del 21), por el que se designa al Ministro de Justicia como autoridad competente para la transmisión de comisiones rogatorias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y para formular propuestas en orden al beneficio de Justicia gratuita ante el mismo Tribunal. — 5. Ley 3/1987, de 2 de abril (B.O.E. del 8), General de Cooperativas. — 6. Real Decreto 572/1987, de 30 de abril (B.O.E. de 1 de mayo), por el que se modifica el párrafo segundo del artículo 14 del Real Decreto 437/1983, de 9 de febrero, sobre constitución y funcionamiento del Consejo Fiscal. — 7. Acuerdo de 5 de mayo de 1987 (B.O.E. del 16), del Pleno del Tribunal Constitucional, por el que se modifican determinados preceptos del Reglamento de Organización y Personal, aprobado por acuerdo de 15 de enero de 1981. — 8. Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo (B.O.E. del 20), de Conflictos jurisdiccionales. — 9. Real Decreto 769/1987, de 19 de junio (B.O.E. del 24), sobre Regulación de la Policía judicial. — 10. Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 16 de junio de 1987 (B.O.E. de 13 de julio), por el que se aprueba el Reglamento para la obtención de la especialización como Juez de menores. — 11. Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio (B.O.E. del 18), de la Competencia y organización de la Jurisdicción militar. — 12. Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de

15 de julio de 1987 (B.O.E. del 22), por el que se establece la Reglamentación sobre Jueces en régimen de provisión temporal, magistrados suplentes y jueces sustitutos. — 13. Acuerdo de 9 de septiembre de 1987 (B.O.E. del 18), del Consejo General del Poder Judicial, por el que se regula el horario de trabajo en la Administración de Justicia.

1. REAL DECRETO 2.715/1986, DE 12 DE DICIEMBRE (BOE DE 6 DE ENERO DE 1987), DE DOTACIÓN DE MEDIOS ECONÓMICOS A LOS MUNICIPIOS PARA MANTENIMIENTO DEL SERVICIO DE DEPÓSITO DE DETENIDOS A DISPOSICIÓN JUDICIAL

Consta esta norma de tres artículos y una disposición final; de ella reproducimos los dos primeros artículos.

Artículo 1.º *Corresponde* a todos los municipios españoles cabeza de partido judicial en que no exista establecimiento penitenciario alguno, *la ejecución, en régimen de competencia delegada*, del Servicio de Depósito de Detenidos a Disposición Judicial, y a su custodia, en funciones de Policía Judicial, a la Policía Municipal, de conformidad con lo dispuesto en la disposición final quinta de la Ley 7/1985, de 2 de abril reguladora de las Bases de Régimen Local.

Artículo 2.º 1. El artículo 378 del Reglamento Penitenciario, aprobado por Real Decreto 1.201/1981, de 8 de mayo, queda redactado así:

«La Administración competente en materia penitenciaria pondrá a disposición de los municipios cabeza de partido judicial en que no exista establecimiento penitenciario alguno, una cantidad por detenido y día en concepto de gastos de alimentación, de estancia y de mantenimiento del servicio de depósito de detenidos, presos preventivos y penados a disposición judicial.

«Los Ayuntamientos rendirán cuenta trimestral al Ministerio de Justicia o, en su caso, al órgano correspondiente de la Comunidad Autónoma, a través de los centros penitenciarios ubicados en la capital de la provincia, mediante certificación acreditativa del número de detenidos o presos por día, con expresión de sus circunstancias personales, expedida por el Secretario de la Corporación o por el Encargado del Depósito, con el visto bueno del Alcalde, a la que se acompañará necesariamente copia certificada de las órdenes de detención, prisión, traslado o libertad dictadas por las Autoridades judiciales.»

2. ORDEN DE 28 DE ENERO DE 1987 (BOE DE 5 DE FEBRERO DE 1987), POR LA QUE SE ESTABLECEN LAS NORMAS POR LAS QUE SE REGISTRÁ EL ACCESO AL CENTRO DE ESTUDIOS JUDICIALES DE LOS ASPIRANTES A INGRESO A LA CARRERA JUDICIAL POR LA CATEGORÍA DE JUEZ

En sus 31 artículos, una disposición transitoria y una final, además de un anexo que contiene el programa para las oposiciones de ingreso al Centro de Estudios Judiciales, se desarrolla lo prevenido en el art. 301 y ss. de la LOPJ respecto al ingreso y ascenso en la Carrera Judicial.

3. ACUERDO DE 11 DE FEBRERO DE 1987 (BOE DEL 17), DEL PLENO DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL POR EL QUE SE CONVOCA LA ELECCIÓN DE DECANO DE LAS MAGISTRATURAS DE TRABAJO Y JUZGADOS DE DISTRITO DE LAS POBLACIONES EN QUE HUBIERA DIEZ O MÁS DE DICHOS ÓRGANOS Y SE PRECISAN CON CARÁCTER GENERAL LOS TÉRMINOS DE LA ELECCIÓN

Contiene 5 artículos y una disposición final que pormenorizan los términos de desarrollo de lo establecido al respecto en el art. 166-1 LOPJ.

4. REAL DECRETO 220/1987, DE 20 DE FEBRERO (BOE DEL 21), POR EL QUE SE DESIGNA AL MINISTRO DE JUSTICIA COMO AUTORIDAD COMPETENTE PARA LA TRANSMISIÓN DE COMISIONES ROGATORIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS Y PARA FORMULAR PROPUESTAS EN ORDEN AL BENEFICIO DE JUSTICIA GRATUITA ANTE EL MISMO TRIBUNAL

Comprende dos artículos y una disposición final.

5. LEY 3/1987, DE 2 DE ABRIL (BOE DEL 8), GENERAL DE COOPERATIVAS

Comprende esta norma un amplio Preámbulo con XVII apartados, 163 artículos, 5 disposiciones adicionales, 7 transitorias, 6 finales y 1 derogatoria.

El preámbulo de la ley nos señala la inspiración de la reforma, in-

dicada por unos «presupuestos políticos y socioeconómicos diferentes» a los que motivaron la regulación precedente. «El cambio experimentado tanto en el sistema político español como en la estructura del Estado, con la atribución de distintas competencias en materia cooperativa a las Comunidades Autónomas, y el mandato de la Constitución Española que, en el apartado 2 de su artículo 129 ordena a los poderes públicos el fomento, mediante una legislación adecuada, de las Sociedades Cooperativas, son nuevos hechos que reclaman una reforma del régimen jurídico de las Sociedades Cooperativas y de las posibilidades de asociación de las mismas.»

«Innovación importante en orden a facilitar e incrementar los medios de control a disposición de los socios, es la posibilidad, que se introduce por primera vez en nuestro Derecho, de que los socios puedan impugnar judicialmente los acuerdos del Consejo Rector, alcanzando dicha posibilidad, también, a los acuerdos del Director.»

«IX. Se introduce la figura del Comité de Recursos, cuya utilización, que en todo caso se deja al criterio de la Cooperativa, podrá agilizar la resolución de los recursos contra los acuerdos del Consejo Rector, que antes sólo podían ser resueltos por la Asamblea General y, además, podrá descongestionar el orden del día de las Asambleas Generales, consecuencia que tendrá mayor importancia en las Cooperativas de amplia base social.»

A continuación transcribimos los preceptos con mayor repercusión procesal de la nueva regulación.

#### *Artículo 44. Convocatoria*

1. La Asamblea General ordinaria deberá ser convocada por el Consejo Rector dentro de los seis meses siguientes a la fecha del cierre del ejercicio económico.

Si transcurre dicho plazo sin que tenga lugar la convocatoria, los Interventores deberán instarla del Consejo Rector, y si éste no convoca dentro de los quince días siguientes al recibo del requerimiento, deberán solicitarla del Juez de Distrito del domicilio social de la Cooperativa, que ordenará la convocatoria.

Asimismo y sin perjuicio de lo establecido en el párrafo anterior, transcurrido el plazo legal sin haberse realizado la convocatoria de la Asamblea ordinaria, cualquier socio o asociado podrá solicitar de la referida autoridad judicial que ordene la convocatoria. En todo caso, la

autoridad judicial sólo tramitará la primera de las solicitudes de convocatoria que se realicen.

El plazo legal para convocar la Asamblea General ordinaria podrá ser prorrogado por la autoridad de la que depende el Registro en que está inscrita la Cooperativa, a solicitud motivada del Consejo Rector o de los Interventores.

2. La Asamblea General extraordinaria será convocada a iniciativa del Consejo Rector, a petición de un número de socios que representen el 10 % del total de los votos y, si lo prevén los Estatutos, a solicitud de los Interventores.

A la petición de Asamblea se acompañará el orden del día de la misma. Si el requerimiento de convocatoria no fuese atendido por el Consejo Rector dentro del plazo de treinta días, los solicitantes podrán instar del Juez de Distrito del domicilio social de la Cooperativa que ordene la convocatoria.

3. La autoridad judicial que ordene la convocatoria de la Asamblea, en los supuestos contemplados en los números anteriores, designará al socio que habrá de presidirla.

#### *Artículo 52. Impugnación de acuerdos de la Asamblea General*

1. Podrán ser impugnados, según las normas y dentro de los plazos establecidos en este artículo, los acuerdos de la Asamblea General que sean contrarios a la Ley, que se opongan a los Estatutos, o lesionen, en beneficio de uno o varios socios, asociados o terceros, los intereses de la Cooperativa.

No procederá la impugnación de un acuerdo social cuando haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro.

2. Serán nulos los acuerdos contrarios a la Ley. Los demás acuerdos a que se refiere el número anterior serán anulables.

La sentencia que estime la acción de nulidad o anulabilidad de un acuerdo social producirá efectos frente a todos los socios y asociados, pero no afectará a los derechos adquiridos de buena fe por los terceros a consecuencia del acuerdo impugnado.

3. Están legitimados para el ejercicio de las acciones de impugnación de los acuerdos nulos o anulables los asistentes a la Asamblea que hubiesen hecho constar en acta su oposición a la celebración de la misma o su voto contra el acuerdo adoptado, los socios y asociados ausentes y los que hayan sido ilegítimamente privados de emitir su voto.

Para el ejercicio de las acciones de impugnación de acuerdos nulos

están legitimados, además, los socios y asociados que hubieran votado a favor del acuerdo y los que se hubieran abstenido.

Los miembros del Consejo Rector y los Interventores están obligados a ejercitar las acciones de impugnación contra los acuerdos sociales cuando sean contrarios a la Ley, o se opongan a los Estatutos de la Cooperativa.

4. Las acciones de impugnación de acuerdos nulos o anulables, caducarán por el transcurso de un año desde la fecha del acuerdo o de su inscripción en el Registro de Cooperativas, si el acuerdo hubiere sido inscrito.

5. El procedimiento de impugnación de los acuerdos nulos o anulables se acomodará a las normas establecidas en el artículo 70 de la Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, con las siguientes salvedades:

a) La proporción señalada en el número 4 del referido artículo 70 queda sustituida por el 10 % de los votos sociales o por 100 si en la cooperativa existiesen más de 1.000 votos sociales.

b) No será de aplicación lo establecido en el número 1 del referido artículo 70, de que el Juzgado, sea o no único en la población, no dará curso a ninguna demanda de impugnación hasta transcurrido el plazo de caducidad de la acción de impugnación de los acuerdos.

c) La remisión genérica que se realiza en el número 12 del mencionado artículo 70 a la Ley de Enjuiciamiento Civil, se entenderá referida, ante todo, a las normas del juicio de menor cuantía.

6. La interposición ante los órganos sociales de los recursos contemplados en esta Ley, interrumpe los plazos de prescripción o caducidad de acciones.

#### *Artículo 65. Acciones de responsabilidad*

1. La acción de responsabilidad contra los miembros del Consejo Rector podrá ser ejercitada por la Sociedad, previo acuerdo de la Asamblea General, por más de la mitad de los votos válidamente expresados, que podrá ser adoptado aunque no conste en el orden del día.

En cualquier momento la Asamblea General, por acuerdo adoptado por mayoría de los dos tercios de los votos presentes y representados, podrá transigir o renunciar al ejercicio de la acción.

Transcurridos tres meses desde la fecha en que la Asamblea adoptó

el acuerdo de promover la acción de responsabilidad contra los miembros del Consejo Rector, sin que la Sociedad la hubiera entablado, podrá ejercitarla cualquier socio, en nombre y por cuenta de la Sociedad.

El acuerdo de la Asamblea General de promover la acción de responsabilidad implica la destitución automática de los miembros del Consejo Rector afectados y, en la misma sesión de la Asamblea, aunque no conste en el orden del día, se procederá a la elección de los nuevos miembros del Consejo Rector, el cual tendrá carácter de provisional y deberá, antes de transcurridos quince días desde que se produzca dicha situación, publicar la convocatoria de nueva Asamblea General, en la que se elegirán los miembros del definitivo Consejo Rector.

También podrán ejercitar esta acción, con el fin de reconstruir el patrimonio social, los acreedores de la Sociedad, transcurridos cuatro meses de la producción de los hechos que originaron la responsabilidad sin que tal acción hubiera sido ejercitada por la Sociedad o por los socios.

La acción de responsabilidad contra los miembros del Consejo Rector prescribirá a los tres años de producirse los actos que hayan originado dicha responsabilidad, a no ser que se desconozcan o se hayan ocultado, en cuyo caso prescribirán a los seis años desde su comisión.

2. Con independencia de lo establecido en el número anterior, cualquier socio, asociado o tercero, podrá ejercitar las acciones de indemnización que puedan corresponderles por el daño sufrido directamente en su patrimonio por los actos de los miembros del Consejo Rector. El plazo para entablar la correspondiente acción es el previsto en el número anterior si el demandante es socio, y el establecido en el artículo 1.968 del Código Civil si es un tercero.

#### *Artículo 66. Impugnación de los acuerdos del Consejo Rector*

1. Podrán ser impugnados según las normas y dentro de los plazos establecidos en este artículo los acuerdos del Consejo Rector que sean contrarios a la Ley, que se opongan a los Estatutos, o lesionen, en beneficio de uno o varios socios o asociados, los intereses de la Cooperativa.

Los actos y decisiones adoptados por el Director, a efectos de la posibilidad de la impugnación a que se refiere este artículo, se considerarán como acuerdos adoptados por el Consejo Rector.

2. Serán nulos los acuerdos contrarios a la Ley. Los demás acuerdos a que se refiere el número anterior serán anulables.

La sentencia que estime la acción de nulidad o anulabilidad de un acuerdo social producirá efectos frente a todos los socios y asociados, pero no afectará a los derechos adquiridos de buena fe por los terceros a consecuencia del acuerdo impugnado.

3. Están legitimados para el ejercicio de las acciones de impugnación de los acuerdos anulables, los asistentes a la reunión del Consejo que hubiesen hecho constar en acta su voto contra el acuerdo adoptado, los ausentes y los que hayan sido ilegítimamente privados de emitir su voto, así como los Interventores y el 5 % de los socios.

Para el ejercicio de las acciones de impugnación de acuerdos nulos están legitimados todos los socios, incluso los miembros del Consejo Rector que hubieran votado a favor del acuerdo y los que se hubiesen abstenido.

4. Las acciones de impugnación de acuerdos nulos o anulables, caducarán por el transcurso de dos meses desde que tuvieren conocimiento del acuerdo y siempre que no haya transcurrido un año desde su adopción.

5. Las acciones de impugnación se ejercitarán por el procedimiento a que se refiere el artículo 52.

#### SECCIÓN CUARTA DEL COMITÉ DE RECURSOS

##### *Artículo 70. Funciones y composición*

1. Las Cooperativas de primer grado, si lo prevén sus Estatutos, constituirán el Comité de Recursos, que tramitará y resolverá los recursos contra las sanciones a los socios o asociados, acordadas por el Consejo Rector, y los demás recursos en que así lo prevea la presente Ley o los Estatutos.

2. La composición del Comité se fijará en los Estatutos y estará integrado, al menos, por tres miembros.

Sus miembros serán elegidos, de entre los socios, por la Asamblea general, en votación secreta. La duración de su mandato será de dos años, pudiendo ser reelegidos. Será de aplicación lo establecido en el párrafo segundo del número 1 del artículo 57, sobre la duración del mandato hasta que se produzca su renovación.

Los miembros del Comité de Recursos elegirán de entre ellos a un Presidente y a un Secretario.

El cargo de miembro del Comité es incompatible con cualquier otro

cargo de elección en la Cooperativa o con la relación laboral con la misma.

3. El Comité de Recursos deliberará válidamente con la asistencia de la mitad más uno de sus componentes.

Los acuerdos del Comité se adoptarán por mayoría simple de miembros asistentes, no siendo posible la delegación de voto. El voto del Presidente dirimirá los empates.

No podrán tomar parte en la tramitación y resolución de los recursos los miembros que tengan, respecto al socio o, en su caso, al asociado afectado, parentesco de consanguinidad o de afinidad dentro del segundo grado, o relación de servicio.

El acta de la reunión del Comité, firmada por el Secretario y el Presidente, recogerá el texto de los acuerdos.

Los acuerdos del Comité de Recursos serán inmediatamente ejecutivos y definitivos como expresión de la voluntad social y podrán recurrirse, como si hubieran sido dictados por la Asamblea general, conforme a lo establecido en el artículo 52.

##### *Artículo 115. Suspensión de pagos y quiebras*

A las Sociedades Cooperativas les será aplicable la legislación sobre suspensión de pagos y quiebras.

La providencia judicial, por cuya virtud se tenga por solicitada la suspensión de pagos o la quiebra, deberá inscribirse en el Registro de Cooperativas.

##### *Artículo 120. Régimen disciplinario*

1. En las Cooperativas de Trabajo Asociado, si los Estatutos lo prevén, el Consejo Rector podrá delegar, en las personas que determine, que deberán tener encomendadas funciones de dirección o control en la estructura laboral de la Empresa cooperativa, la facultad de sancionar a los socios trabajadores por faltas producidas en la actividad de prestación de trabajo. La sanción así impuesta será ejecutiva y podrá impugnarse ante el Consejo Rector en un plazo de ocho días desde su notificación. El Consejo deberá resolver en un plazo máximo de treinta días, transcurrido el cual sin haberse resuelto se entenderá que el recurso ha sido estimado. Si no fuese impugnada la sanción por el socio, se considerará a todos los efectos como si hubiera sido impuesta por el Consejo Rector.

La impugnación de la sanción ante el Consejo Rector interrumpirá el cómputo de plazos de prescripción o caducidad de acciones, cuyo acuerdo será recurrible ante el Comité de Recursos, o en su defecto, ante la Asamblea General, o, directamente, ante la jurisdicción del Orden social, por el procedimiento a que se refiere el artículo 126, y el plazo se reanudará desde que el acuerdo del Consejo Rector sea firme o, en su caso, desde la notificación del acuerdo del Comité de Recursos o de la Asamblea General.

2. No obstante lo establecido en el número anterior, la expulsión de los socios trabajadores sólo podrá ser acordada por el Consejo Rector, contra cuyo acuerdo el socio podrá recurrir, en el plazo de quince días desde la notificación del mismo, ante el Comité de Recursos o, en su defecto, de la Asamblea General. Aunque el acuerdo de expulsión sólo será ejecutivo desde que sea ratificado por el correspondiente órgano o haya transcurrido el plazo para recurrir ante el mismo, la Cooperativa podrá suspender al socio trabajador en su empleo, conservando éste todos sus derechos económicos como si continuara prestando su trabajo.

#### *Artículo 125. Cuestiones contenciosas*

1. Las cuestiones contenciosas que se susciten entre las Cooperativas de Trabajo Asociado y el socio trabajador, por su condición de tal, se resolverán aplicando, con carácter preferente, esta Ley y los Estatutos de la Cooperativa, y se someterán a la decisión de la jurisdicción del Orden Social, conforme se dispone en los números siguientes.

2. La remisión a la jurisdicción del Orden Social atrae competencias de sus órganos jurisdiccionales, en todos sus grados, para conocimiento de cuantas cuestiones contenciosas se susciten entre la Cooperativa de Trabajo Asociado y el socio trabajador relacionadas con los derechos y obligaciones derivados de la actividad cooperativizada de la prestación del trabajo y correlativos derechos y obligaciones económicas, y de un modo concreto de las que atañen a la percepción de los anticipos laborales y de los retornos que procedan por resultado final del ejercicio, en la medida en que unos y otros puedan ser exigibles; a los ceses en la condición de socio trabajador, tanto por voluntad propia del socio o decisión de la Cooperativa como por baja obligatoria; a las situaciones de suspensión y excedencia reguladas en el artículo 122 de la presente Ley, a los recursos contra sanciones im-

puestas por infracción de normas sociales de disciplina laboral, en cuanto éstas entrañen obligaciones propias de la condición de socio trabajador o la sanción adoptada afecte directamente a ella; a los reembolsos y reintegros derivados del cese y a los no detallados comprendidos en la formulación genérica que encabeza esta relación.

3. La atracción de competencia ordenada en el número anterior no alcanza al conocimiento de las diferencias surgidas en el seno de las Cooperativas de Trabajo Asociado en relación al giro de la Empresa; a la participación en los órganos sociales de gobierno o control; a la deducción de responsabilidades derivadas de aquella participación y aquellas otras cuestiones en que no aparezcan afectadas la aportación de trabajo del socio o sus efectos, ni comprometidos sus derechos en cuanto aportante de trabajo.

#### *Artículo 154. Descalificación de las Cooperativas*

2. c) La resolución administrativa de descalificación será revivable en vía judicial y, si se recurriera, no será ejecutiva mientras no recaiga sentencia final.

#### *Artículo 163. Conciliación y arbitraje cooperativos*

1. En la resolución de los conflictos que se planteen entre Sociedades Cooperativas o entre éstas y sus socios o asociados, el Consejo Superior del Cooperativismo tendrá una doble competencia:

a) La conciliación previa voluntaria antes de que el reclamante ejercite acción ante los Tribunales. Si la conciliación no se lograra, las partes podrán hacer uso de las acciones que les correspondan.

Lo acordado en conciliación tendrá efecto de sentencia judicial obligatoria para las partes y ejecutiva para los Tribunales.

El Gobierno, a propuesta del Ministro de Trabajo y Seguridad Social, establecerá las normas a que deberá ajustarse el procedimiento de conciliación.

b) El arbitraje de derecho o de equidad. El Consejo Superior del Cooperativismo podrá emitir laudos arbitrales con efectos de sentencia judicial obligatoria para las partes y ejecutiva para los Tribunales. Será preciso que aquéllas se hayan obligado previamente mediante compromiso de arbitraje, bien sea de forma voluntaria o bien constituido forzosamente por sentencia judicial en cumplimiento de una ante-

rior cláusula compromisaria inserta en los Estatutos de las Sociedades Cooperativas o fuera de éstos.

Si el compromiso es de arbitraje de derecho, el laudo será emitido y firmado por uno o tres Licenciados en Derecho, miembros del Consejo Superior del Cooperativismo o miembros de la Corte de Arbitraje Cooperativo que el Consejo queda facultado para nombrar entre Licenciados en Derecho.

Si el compromiso es de arbitraje de equidad o de amigable composición podrán emitir y firmar el laudo, en nombre del Consejo, miembros de éste, sean o no juristas o miembros de la Corte de Arbitraje Cooperativo.

El procedimiento y recursos en ambos casos serán los regulados en la legislación estatal sobre arbitraje de Derecho Privado.

2. La presentación ante el Consejo Superior del Cooperativismo de la solicitud de una previa conciliación voluntaria o de una demanda de arbitraje servirá para interrumpir la prescripción y suspender el cómputo del plazo para el ejercicio de la acción.

#### *Disposición Adicional Segunda*

«En los plazos señalados en la presente Ley por días se computarán los hábiles, excluyéndose los feriados, y los fijados por meses o años se computarán de fecha a fecha. Cuando en el mes del vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se entenderá que el plazo expira el último del mes.

Cuando el último día del plazo sea inhábil, se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente.»

6. REAL DECRETO 572/1987, DE 30 DE ABRIL (BOE DE 1 DE MAYO), POR EL QUE SE MODIFICA EL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 14 DEL REAL DECRETO 437/1983, DE 9 DE FEBRERO, SOBRE CONSTITUCIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL CONSEJO FISCAL

El objetivo de este Real Decreto, que consta de un solo artículo, lo expresa claramente el Preámbulo al exponer que:

«Estando próximo a concluir el mandato de los actuales Vocales electivos del Consejo Fiscal, conforme a lo establecido en el artículo 14 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto

Orgánico del Ministerio Fiscal, se hace necesaria la convocatoria de nuevas elecciones, que habrán de serlo de acuerdo con las normas del Real Decreto 437/1983, de 9 de febrero, sobre constitución y funcionamiento del Consejo Fiscal, al no haberse publicado aún el Reglamento desarrollando la citada Ley 50/1981, previsto en la disposición final primera A de la misma.

Con el fin de posibilitar la presencia en el Consejo de Vocales representantes de las minorías, parece oportuno modificar el contenido del párrafo segundo del artículo 14 del Real Decreto 437/1983, de 9 de febrero, en el sentido de corregir los efectos producidos por la aplicación estricta del sistema mayoritario mediante la limitación del número de candidatos al que los electores pueden otorgar su voto.»

*Artículo único.* El párrafo segundo del artículo 14 del Real Decreto 437/1983, de 9 de febrero, sobre constitución y funcionamiento del Consejo Fiscal, queda redactado en la siguiente forma:

«No se podrá votar a más de un candidato por cada uno de los puestos correspondientes a Fiscal de Sala del Tribunal Supremo, Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia o Audiencia Territorial y Fiscal Jefe de Audiencia Provincial, ni a más de dos candidatos para los puestos correspondientes a la segunda y tercera categoría, respectivamente. El voto que se hiciera de otra forma se considerará nulo.»

7. ACUERDO DE 5 DE MAYO DE 1987 (BOE DEL 16), DEL PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, POR EL QUE SE MODIFICAN DETERMINADOS PRECEPTOS DEL REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y PERSONAL, APROBADO POR ACUERDO DE 15 DE ENERO DE 1981

Por esta norma se da nueva redacción a los arts. 52-2, 53, 60, 62 y 64 (párrafo 1.º), afectantes al concurso para el acceso al cuerpo de Letrados del Tribunal, régimen de incompatibilidades de éstos y jubilación.

8. LEY ORGÁNICA 2/1987, DE 18 DE MAYO (BOE DEL 20), DE CONFLICTOS JURISDICCIONALES

Consta de 31 artículos, 4 disposiciones adicionales, 2 transitorias y 2 derogatorias.

Se divide en cuatro capítulos: I «De los conflictos entre los Juzgados o Tribunales y la Administración», en el que, entre otras novedades, contiene la supresión de las cuestiones previas administrativas; II «De los conflictos de jurisdicción entre los Juzgados o Tribunales y la jurisdicción militar»; III «De los conflictos de jurisdicción entre los Juzgados o Tribunales de la jurisdicción militar y la Administración»; IV «De los conflictos con la jurisdicción contable», y aquí destacamos el art. 31-2 que dispone:

«A los efectos de los conflictos de competencia y cuestiones de competencia regulados en los capítulos II y III del título III de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, los órganos de la jurisdicción contable se entenderán comprendidos en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.»

Reproducimos, igualmente, las disposiciones derogatorias, que dicen así:

*Primera.* 1. Quedan derogados:

a) La Ley de 17 de julio de 1948, de Conflictos Jurisdiccionales, salvo los artículos 48 a 53, ambos inclusive, subsistiendo la vigencia, a los solos efectos de lo dispuesto en dichos artículos, de los capítulos II y III.

b) El título III del Libro I de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyos artículos 125 a 152 quedan sin contenido y los artículos 48 a 50 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 381 del Código Penal, que también quedan sin contenido.

2. Quedan derogados, igualmente, los artículos 459 y 640 del Código de Justicia Militar, en cuanto tengan por objeto conflictos jurisdiccionales de los comprendidos en esta Ley, así como el artículo 462 del mismo Código.

*Segunda.* Quedan derogadas, además, cuantas disposiciones se opongán a la presente Ley Orgánica.

Por último, transcribimos el Preámbulo de esta Ley que ilumina apreciablemente los motivos de la misma.

La ordenación actual de los conflictos jurisdiccionales está contenida en la Ley de 17 de julio de 1948 que, inspirada en el principio de concentración de poder propio de un régimen autoritario, atribuyó al Jefe del Estado la competencia para resolver por Decreto tales conflictos. Tal principio es incompatible con nuestro ordenamiento cons-

titucional, y con la posición que en el mismo ocupa el Rey. La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial ha solucionado esa primera incompatibilidad con la Constitución, al otorgar a órganos mixtos, formados por representantes del Poder Judicial y del Consejo de Estado, en unos casos, y de aquél y de la jurisdicción militar, en otros, siempre bajo la presidencia de la más alta autoridad judicial de la nación, la competencia para la resolución de los conflictos de jurisdicción.

No obstante, la ordenación procedimental de la resolución de los conflictos ha de ser modificada para cubrir las insuficiencias que aún son imputables a la Ley de 1948. En efecto, la nueva organización de los poderes del Estado hace precisa una nueva y correlativa enumeración de los órganos legitimados para suscitar los conflictos. Desde el punto de vista del Poder Judicial tal legitimación se extiende a todos sus órganos, a diferencia de lo que dispone la Ley de 1948. Desde el punto de vista de las Administraciones Públicas, la Ley, congruente con la nueva organización territorial del Estado, extiende la legitimación a las Comunidades Autónomas y a las diversas Administraciones Locales, asumiendo así, en lo que a estas últimas respecta, la doctrina del Tribunal Constitucional.

La regulación del procedimiento para el planteamiento y la resolución de los conflictos es objeto de una notoria simplificación. Esta es especialmente visible en la regulación de los llamados conflictos negativos, inspirada en la que se contiene en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

La Ley no contiene norma alguna sobre las llamadas «competencias» como conflictos intrajurisdiccionales que son, ni sobre los «conflictos de atribuciones». Las «competencias» están hoy reguladas bajo el nombre de «conflictos de competencia» en el capítulo II del título III del libro I de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Los conflictos de atribuciones, en todo aquello que no son conflictos sometidos a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, han de ser objeto de una norma distinta. La exclusión de esta materia hace imposible proceder a la derogación total e incondicionada de la Ley de 17 de julio de 1948.

9. REAL DECRETO 769/1987, DE 19 DE JUNIO (BOE DEL 24),  
SOBRE REGULACIÓN DE LA POLICÍA JUDICIAL

Los 45 artículos, 2 disposiciones transitorias y una final, suponen un escalón en el desarrollo del art. 126 de la Constitución, habiéndole

precedido la Ley Orgánica de Fuerzas y cuerpos de Seguridad de 13 de marzo de 1986 y la LOPJ de 1 de julio de 1985, estableciendo una dependencia funcional de los Jueces, Tribunales o miembros del Ministerio Fiscal, aunque la orgánica siga conferida al Ministerio del Interior. Una clara novedad, cuyo alcance es borroso, viene dada en el art. 20, que dispone:

Art. 20. Cuando los funcionarios integrantes de las Unidades Orgánicas de la Policía Judicial realicen diligencias de investigación criminal formalmente concretadas a un supuesto presuntamente delictivo, pero con carácter previo a la apertura de la correspondiente actuación judicial, actuarán bajo la dependencia del Ministerio Fiscal. A tal efecto, darán cuenta de sus investigaciones a la Fiscalía correspondiente que, en cualquier momento, podrá hacerse cargo de la dirección de aquéllas, en cuyo caso los miembros de la Policía Judicial actuarán bajo su dependencia directa y practicarán sin demora las diligencias que el Fiscal les encomiende para la averiguación del delito y el descubrimiento y aseguramiento del delincuente.

10. ACUERDO DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL DE 16 DE JUNIO DE 1987 (BOE DE 13 DE JULIO) POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO PARA LA OBTENCIÓN DE LA ESPECIALIZACIÓN COMO JUEZ DE MENORES

Comprende 7 artículos y una disposición adicional, que desarrollan el art. 329-3 de la LOPJ respecto a los requisitos y el procedimiento de especialización como Juez de Menores.

Este acuerdo se modifica por otro ulterior, de 8 de octubre de 1987 (BOE de 26 de octubre) por el que se reforma el artículo 2 de este reglamento en virtud de recurso de reposición interpuesto contra el acuerdo en cuestión.

11. LEY ORGÁNICA 4/1987, DE 15 DE JULIO (BOE DEL 18), DE LA COMPETENCIA Y ORGANIZACIÓN DE LA JURISDICCIÓN MILITAR

La integran 168 artículos, 9 disposiciones adicionales, 6 transitorias, una derogatoria y 2 finales.

Tiende al desarrollo del art. 117-5 de la Constitución.

Se atribuye, exclusiva y excluyentemente, la función jurisdiccional a los órganos judiciales militares, quedando fuera de ella los órganos de mando a los que tradicionalmente se les había concedido el ejercicio de jurisdicción. Se reconoce, no obstante, legitimación especial en el recurso de casación a los Mandos Militares Superiores, al objeto de que éstos puedan velar, en el seno de la jurisdicción, por la disciplina y otros intereses esenciales de los Ejércitos.

La tecnificación jurídica de los órganos es otra de las finalidades de la Ley, que respeta, no obstante, la tradicional composición mixta de los Tribunales castrenses de técnicos en derecho y profesionales de las Armas y que tiene también su respaldo constitucional en la Institución del Jurado. Así se consigue una acertada administración de justicia al proceder, parte de los juzgadores, del ambiente en que se ha producido el hecho que será objeto de su decisión.

La creación de una Sala de lo Militar en el Tribunal Supremo, sujeta en su régimen y en el estatuto de sus miembros a las mismas normas que las demás Salas, supone la unidad en el vértice, de las dos jurisdicciones que integran el Poder Judicial.

La composición de dicha Sala por Magistrados procedentes de la jurisdicción ordinaria y de la militar, es una garantía de ponderación en una actuación jurisdiccional del más elevado rango, normalmente llamada a actuar en valoraciones de casación y revisión, aun cuando se respete, como es lógico, una reserva de fuero personal para quienes ostenten determinados altos empleos a cargos militares, cuyas conductas serían enjuiciadas por esta Sala.

A partir del Tribunal Militar Central, ya aparece el escabinado al que antes se había hecho referencia, y este Tribunal soporta, junto con los Tribunales Militares Territoriales, el peso de la actividad jurisdiccional, que se distribuye en función del empleo de los encausados, a fin de respetar la jerarquía militar, sin cuya garantía quebraría la disciplina como sostén imprescindible de la eficacia operativa de la Fuerza. La composición de uno y otros se determina en razón de tales empleos, tanto para los Vocales Togados como para los Vocales Militares. La instrucción se atribuye a los Juzgados Togados Militares, ya sean centrales o territoriales, en función del órgano que debe conocer del procedimiento, previéndose la posibilidad de que Jueces Togados acompañen a Fuerzas españolas, que, en cumplimiento de una misión en tiempo de paz, deban salir del suelo nacional.

Es preciso destacar, en la organización que se establece, que las funciones judiciales tienden a profesionalizarse definitivamente, y se

atribuyen, salvo las propias de los Vocales Militares, a miembros de los Cuerpos Jurídicos de los Ejércitos.

Novedad importante es la nueva estructuración dada a la Fiscalía Jurídico Militar, que se hace depender del Fiscal General del Estado, y se integra en el Ministerio Fiscal. Con la dependencia indicada se organizan los diferentes niveles de su posible actuación, Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, Tribunal Militar Central y Tribunales Militares Territoriales fijándose las funciones que por delegación *ope legis* tienen atribuidas el Fiscal Togado y los Fiscales de los diferentes Tribunales Militares.

Por otro lado, en virtud de las previsiones de esta Ley y en la forma que se determine en la Ley procesal, el procedimiento se abre a los intereses de los inculpados y perjudicados. Se garantiza la defensa letrada en los términos previstos en la Constitución, salvándose las especialidades que pueden deducirse de situaciones excepcionales fuera del suelo nacional y en buques navegando, y se permite la actuación del acusador particular y del actor civil, excepto en los casos en que el autor del hecho y el perjudicado fueran militares y mediare entre ellos una relación de subordinación, siguiendo en este aspecto la doctrina del Tribunal Constitucional.

Hasta aquí hemos seleccionado algunos párrafos del Preámbulo de la Ley que tratan de expresar sus objetivos. Que, aunque loables en algunos aspectos de sus propósitos, no son muy felices en sus resultados. Así en la regulación de la Fiscalía Jurídico-Militar, donde el art. 92 señala que el Ministro de Defensa podrá impartir órdenes e instrucciones al Fiscal Togado (*vid.* la contradicción con el art. 8 del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal, de 30 de diciembre de 1981: «El Gobierno podrá *interesar* del Fiscal General del Estado»). La legitimación especial que en el recurso de casación corresponde a los Mandos Militares Superiores (art. III), o la exclusión de la acción popular, reconocida en el art. 125 CE (aunque sólo respecto a aquellos procesos penales que la ley determine) y vedada en el art. 108-I de esta nueva Ley.

También transcribimos las Disposiciones Adicionales 5.ª, 6.ª y 7.ª, que modifican determinados preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

**Quinta.** El apartado 1, del artículo 39, de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, quedará redactado como sigue:

Los conflictos de jurisdicción entre los Juzgados o Tribunales de cualquier orden jurisdiccional de la jurisdicción ordinaria y los órga-

nos judiciales militares, serán resueltos por la Sala de Conflictos de Jurisdicción, compuesta por el Presidente del Tribunal Supremo, que la presidirá, dos Magistrados de la Sala del Tribunal Supremo del orden jurisdiccional en conflicto y dos Magistrados de la Sala de lo Militar, todos ellos designados por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial. Actuará como Secretario de esta Sala el de Gobierno del Tribunal Supremo.

**Sexta.** El artículo 55 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, quedará redactado como sigue:

El Tribunal Supremo estará integrado por las siguientes Salas:

Primera: De lo Civil.

Segunda: De lo Penal.

Tercera: De lo Contencioso-Administrativo.

Cuarta: De lo Social.

Quinta: De lo Militar, que se regirá por su legislación específica y supletoriamente por la presente Ley y por el ordenamiento común a las demás Salas del Tribunal Supremo.

**Séptima.** El inciso final del párrafo b), del número 1, del artículo 293 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, quedará redactado como sigue:

Cuando se trate de órganos de la jurisdicción militar, la competencia corresponderá a la Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo.

**12. ACUERDO DEL CONSEJO GENERAL JUDICIAL DE 15 DE JULIO DE 1987 (BOE DEL 22), POR EL QUE SE ESTABLECE LA REGLAMENTACIÓN SOBRE JUECES EN RÉGIMEN DE PROVISIÓN TEMPORAL, MAGISTRADOS SUPLENTES Y JUECES SUSTITUTOS**

En sus 25 artículos, una disposición adicional y dos transitorias, se trata de establecer una regulación unitaria, con arreglo a los principios de publicidad, mérito y capacidad que permita la adecuada provisión de los cargos referidos.

**REAL DECRETO 1.050/1987, DE 26 DE JUNIO (BOE DE 2 DE SEPTIEMBRE),  
SOBRE ABOGADOS FISCALES EN RÉGIMEN DE PROVISIÓN TEMPORAL  
Y ABOGADOS FISCALES SUSTITUTOS**

Abarca 9 artículos, 3 disposiciones transitorias y 3 finales, que atienden a los fines que el preámbulo que a continuación reproducimos expresa.

El Real Decreto 545/1983 de 9 de febrero, por el que se desarrollan determinadas normas del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, en su artículo 10, y de las disposiciones adicionales segunda y tercera del Real Decreto 385/1984, de 8 de febrero, de plantilla del Ministerio Fiscal, regulan el nombramiento y actuación de los Fiscales sustitutos y sustitutos con carácter transitorio de los antiguos Abogados Fiscales, Grado de Ingreso, que desempeñaban las funciones del Ministerio Fiscal en las Agrupaciones de Fiscalías.

La desaparición de éstas operadas por Real Decreto 1.587/1985, de 28 de agosto, y la supresión de los Grados de Ingreso y Ascenso, en la categoría de Abogado Fiscal, en virtud de lo dispuesto en las disposiciones adicionales novena y transitoria quinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985, hacen necesario actualizar el régimen de sustituciones, introduciendo la figura del Abogado Fiscal de provisión temporal, estableciendo su régimen a semejanza del contenido para los Jueces en el título IV del libro IV de la Ley Orgánica del Poder Judicial, siquiera sea de una manera provisional, para regular materias que no admiten demora para el adecuado funcionamiento de las Fiscalías y en tanto se aprueba el Reglamento Orgánico del Ministerio Fiscal.

**13. ACUERDO DE 9 DE SEPTIEMBRE DE 1987 (BOE DEL 18),  
DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, POR EL QUE SE REGULA  
EL HORARIO DE TRABAJO EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**

Contiene 10 artículos, una disposición derogatoria y otra final, referidos a: «Jornada de trabajo y horario generales», «Horas de audiencia pública», «Horario de atención al público y a los profesionales», «Publicidad del horario», «Cumplimiento del horario», «Modificaciones al horario general», «Juzgados de Guardia», «Control del horario», «Medios de control del horario» y «Justificación de ausencias».

**EXEQUATUR DE TITULOS PUBLICADOS**

**CARBONELL MATEU, Juan Carlos; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, y MENGUAL  
I LULL, Joan B., *Enfermedad mental y delito. Aspectos psiquiátricos,  
penales y procesales*, Civitas, Madrid, 1987, 336 páginas.**

La presente monografía constituye una actualización y recomposición del Informe que los autores realizaron por encargo del Ministerio de Justicia italiano sobre el tratamiento penal, doctrinal, jurisprudencial y práctico en España del enfermo mental que ha delinquido en ese estado, o al que le sobreviene con posterioridad la enfermedad mental. Dicho Informe formó parte de un programa de investigación que incluyó a los países más importantes del mundo, tendente al estudio de Derecho comparado de este grave problema, tanto en su aspecto jurídico-sustantivo, como jurídico-procesal y psiquiátrico, de cara a una reforma en este país.

Como muestra del interés que, sin duda, tiene esta obra, es suficiente con mencionar algunos de los puntos que se abordan al analizar la incidencia de la enfermedad mental en el ámbito procesal. Se tratan, entre otras cuestiones, los efectos que produce en el proceso la comisión del delito en estado de trastorno mental, la incidencia del trastorno mental sobrevenido durante el desarrollo del proceso y los distintos efectos que puede producir según la fase procesal en que se produzca (detención, fase sumarial, fase intermedia, juicio oral, fase de impugnación y ejecución de la sentencia) y las particularidades que comporta el trastorno mental en el proceso de menores.

J. F.

**GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, Fernando, *El proceso penal*, Oviedo, 1987,  
353 páginas.**

Como señala el propio autor en la presentación del libro, lo que se pretende con esta obra es facilitar al estudioso un texto elemental, de sencilla comprensión, conforme a los criterios metodológicos que hoy se vienen imponiendo, que permita acercarse y conocer el complicado mundo del enjuiciamiento penal.

La parte principal de este libro, como es lógico, se destina al análisis de los distintos aspectos del proceso penal. Se estudian, entre otras mate-

rias, los principios que rigen en el proceso penal, sus fuentes, los sujetos que intervienen, su objeto, y cada una de las distintas fases en que se estructuran los distintos procedimientos penales. Pero consciente el autor de la indudable influencia que los derechos y garantías establecidos en la Constitución tienen en el proceso penal y del control constitucional que sobre el desarrollo del proceso penal ha realizado y puede seguir llevando a cabo el Tribunal Constitucional, dedica un apéndice final al estudio de la incidencia de la Constitución y la doctrina del Tribunal Constitucional en el enjuiciamiento penal.

J. F.

BERIZONCE, Roberto O., *Efectivo acceso a la Justicia. Propuesta de un modelo para el Estado Social de Derecho* (con Prólogo del Profesor Dr. MAURO CAPPELLETTI), Librería Editora Platense, La Plata (República Argentina), 1987.

Con ocasión del pasado VIII Congreso Mundial de Derecho Procesal, que tuvo lugar en agosto último en la bella ciudad holandesa de Utrecht, mi compañero y gran amigo el Prof. Dr. D. Roberto O. Berizonce me regaló su última contribución a la Ciencia del Derecho Procesal, el libro que me cabe el placer (y también el honor) de pasar a comentar ahora, con cuyo contenido tan identificado he estado, y estaré, en una etapa para mí feliz e importante de mi vida académica, y cuya problemática siempre despertará mi interés y atención.

Roberto O. Berizonce nos ofrece, en efecto, el fruto de muchos años de estudio dedicados al análisis del efectivo acceso a la Justicia. Ya en el Prólogo del Prof. Cappelletti (y nos puede dar una idea bastante exacta acerca de la calidad e importancia de la obra que este libro haya sido prologado precisamente por este autor), se destacan las líneas maestras de la investigación, así como el método empleado.

La obra, que es además de una fácil y agradable lectura por su calidad idiomática y belleza de los términos empleados, como debe ser en un discípulo del Prof. Dr. D. Augusto Mario Morello, a quien tuve el honor de conocer en otro Congreso (el de Würzburg, que tuvo lugar en 1983), y de cuya amistad disfruto inmerecidamente, plasma una visión muy fundada, y también muy personal, de lo que está ocurriendo hoy en la Argentina. En esa línea, también personal, creo que debe ir, pues, mi comentario, que no recensión, por la magnitud, entre otras cosas, que siempre encierra el tema del acceso a la Justicia de quien no tiene dinero para pagarla.

Sólo desde un punto de vista formal, diré que el libro consta de 10 capítulos, dedicados respectivamente a: I. El acceso a la Justicia como postulado esencial del Estado social de Derecho. II. Los sistemas de asistencia jurídica en la legislación comparada. III. La defensa de los pobres en los antecedentes argentinos. IV. Organización de la asistencia jurídica, distintos mecanismos. V. Evaluación crítica global del funcionamiento de la asis-

tencia jurídica. VI. Problematicación de cuestiones, análisis de alternativas y formulación de tesis. VII. Justicia de menor cuantía y acceso a la Justicia. VIII. Las barreras culturales y su remoción. IX. Perspectivas de la asistencia jurídica. X. Apéndice: Proyecto de régimen de asistencia jurídica gratuita y conciliación. La obra concluye con un completo Índice analítico.

El Prof. Berizonce utiliza como armas metodológicas la Historia jurídica, el Derecho comparado y el contexto social en que se aplica la norma. Se trata, por tanto, de una aplicación concreta, y adaptada a los fines que pretende la investigación, del denominado pluralismo metodológico, que, como es sabido, parte del valor primordial de la norma, es decir, de su consideración como base del Derecho; de la realidad social a que el Derecho pretende aplicarse, a saber, de una investigación sobre la dimensión social del Derecho; y, por último, relaciona la norma y la realidad social con un determinado sistema de valores, con el fin de acometer la construcción sistemática de esta materia.

Estos criterios metodológicos, sobre cuya importancia ya se pronuncia el Prof. Cappelletti en el Prólogo (p. XIII), van a permitir al autor lograr el fin, que asegura modesto, lo que no comparto, y en todo caso no por ello menos valioso, que se anuncia en las primeras páginas: «... llamar la atención, en este momento tan singularmente propicio y prometedor de la vida institucional argentina, acerca de tales problemas, y especialmente demostrar, desde una perspectiva pretendidamente abarcadora, orgánica y sistemática, la necesidad imperiosa de transformar los arcaicos modelos de auxiliatoria para la defensa de los derechos, particularmente para quienes padecen desigualdad económica o cultural» (p. 2).

Nos advierte también de las limitaciones y carencias que ha sufrido, el Prof. Berizonce, para la elaboración de su trabajo. Con ser, naturalmente, ciertas y evidentes sus afirmaciones, no creo sin embargo que hayan repercutido gravemente en el análisis global, y la verdad, ni siquiera que se noten, al menos desde un punto de vista internacional y foráneo, es decir, a los ojos de quien, siendo extranjero, está interesado en el problema de fondo, sin preocuparle excesivamente el detalle de la regulación procesal argentina (federal o provincial), de ese gran país, hoy de nuevo en él, a pesar de todo, agradable caminar del respeto mutuo y del compartir en democracia.

Pero más me importa destacar los frutos, siquiera sea brevemente por la naturaleza de este comentario, a los que llega el autor, después de una lectura apasionada de la obra. Yendo capítulo por capítulo, el asiduo lector de esta Revista merece que le señale los siguientes aspectos:

1.º La investigación se enmarca, correctamente a mi juicio, dentro del desarrollo del concepto «Estado de Derecho», uno de cuyos postulados es, sin duda alguna, el (efectivo) acceso a la Justicia. El principio de igualdad y la constitucionalización del Derecho procesal de acción están en la base del deber del Estado de garantizar y hacer efectivo el acceso de todos los ciudadanos a sus Tribunales, por lo que ambos principios, generalmente constitucionalizados en las democracias, han de servir para captar la realidad social del lugar donde tienen que ser aplicados y alcanzar así aquel fin.

2.º Debo destacar la utilización del Derecho comparado, que en mayor o menor medida, pero con un tratamiento excelente, contempla Gran Bretaña, Francia, la República Federal de Alemania, USA, Suecia, URSS, Austria, Italia, España, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Pacto de San José de Costa Rica. Este método se convierte en la agrupación del sistema judicial, que cubre la asistencia en juicio; el sistema de defensa oficial, que extiende sus servicios a la asistencia social, sin limitarse a la jurídica; y los de tipo ecléctico (además de los vigentes en países socialistas), analizándose sus ventajas e inconvenientes. Sirve igualmente para cimentar las ideas del autor a la hora de escoger modelo para la República Argentina, considerando su contexto social y político.

3.º La historia de la institución en Argentina se enfoca en el capítulo III. Es interesante destacar para el lector español la influencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, y de la de 1881, en esta materia, centrándose la asistencia, consiguientemente, en el asesoramiento caritativo, por lo menos hasta fines de los años cuarenta ya en este siglo, fecha en que los Colegios de Abogados establecieron progresivamente Consultorios Jurídicos Gratuitos. Aquí se destaca por primera vez nítidamente el papel que corresponde a los Abogados, pues de ellos va a depender el éxito o el fracaso de los nuevos institutos garantizadores del acceso gratuito a la Justicia.

4.º La organización de la asistencia jurídica es en Argentina muy compleja, pues, sin perjuicio de las particularidades de las provincias, hasta cuatro organismos diferentes prestan asistencia a los carentes de recursos: Funcionarios del Poder Judicial, Abogados particulares, Consultorios Jurídicos Gratuitos de los Colegios de Abogados y Organismos de la Administración. A destacar entre estos últimos que la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires presta asistencia también, lo que no ocurre en España y no es mala idea, por cierto, pensar sobre la conveniencia de esta posibilidad.

5.º El funcionamiento de la asistencia jurídica en la Argentina puede ser avalado así: a) no hay planificación unitaria que coordine la asistencia, y b) notorio déficit que se traduce fundamentalmente en la insuficiencia de la retribución del Abogado. Ello hace que se desemboque muchas veces en verdaderas privaciones de Justicia.

6.º Es hora, pues, de analizar las alternativas para lograr un funcionamiento eficiente de la asistencia jurídica. El autor parte aquí de una concepción original, consistente en clasificar y enumerar todas las cuestiones que a su juicio hay que tratar y responder para erigir un nuevo sistema o bases de asistencia jurídica, que superen el actualmente en vigor en la República Argentina. En mi opinión este capítulo debe ser leído con suma atención para comprender perfectamente la Propuesta contenida en el Apéndice final, que se podría concretar en una Ley nacional de Bases. Aquí se abordan tanto las cuestiones de organización como procesales, en sus líneas fundamentales, por lo que estamos sin duda ante la parte más importante de la obra.

7.º En el capítulo VII el Prof. Berizonce desciende al tema de la organización judicial y tratamiento de los asuntos de poca entidad económica, pues es sabido que las personas con escasos medios suelen pleitear en

asuntos de, como dice el autor, «pequeñas injusticias», pero esto significa un alto costo para el Estado. En el libro se propone un nuevo acercamiento a la Justicia vecinal, creando un procedimiento simple, rápido y oral, sin necesidad de patrocinio letrado obligatorio (punto éste en el que no estamos totalmente de acuerdo), y con una etapa previa de conciliación.

8.º Todo lo anterior es muy plausible, pero de nada sirve si no se comienza a solucionar el problema de la ignorancia jurídica del justiciable con escasos ingresos económicos. A este importantísimo tema se dedica el capítulo VIII, en donde se apuntan soluciones prácticas y poco costosas, como, v.gr., la edición de una Guía Jurídica para el Ciudadano o algo parecido.

9.º Para concluir, el autor entiende que «en este tránsito irreversible hacia la "dimensión social" de la Justicia, el mejoramiento de los mecanismos de asistencia legal pasa necesariamente, en estas circunstancias, por diversas premisas: Ampliación de la cobertura para consagrar una verdadera "asistencia social jurídica"; participación activa y preponderante del abogado y de sus organizaciones colegiales; criterios objetivos generosos para la obtención del beneficio; postulado de libre elección del abogado; justa retribución de su tarea; y otras en las que nos detuviéramos» (p. 135).

10.º El último capítulo contiene la propuesta del autor sobre el régimen de asistencia jurídica gratuita y conciliación, si bien pensada para la provincia de Buenos Aires, y con muchos puntos concretos que, como nos dice el Prof. Berizonce, «se apoyan no pocas veces en criterios pragmáticos antes que en concepciones teóricas» (p. 139). Independientemente de discrepancias, como se dice ahora, puntuales, de transformarse en Ley sería una de las más avanzadas del mundo en esta materia. Evidentemente, nos tenemos que remitir a su lectura detenida, porque comentarla aquí merecería sin duda la extensión de un Tratado, pero quiero destacar la valentía del autor al escribir su propuesta. Si todos los investigadores, además de criticar una institución en nuestro trabajo, indicáramos la solución al problema, proponiendo una regulación legal, la futura Ley sería mucho mejor que ahora, pues el legislador habría tenido a su alcance muchos más materiales y unas discusiones más fundadas.

Esta es una crónica personal de un buen libro, no una reseña, como ya se apuntó antes. El tema me motiva muchos recuerdos y pensamientos, pero quisiera exponer sólo uno aquí para finalizar: Tiene toda la razón del mundo el compañero Berizonce al denunciar como mal principal de la institución la falta o escasez de retribución de los Abogados (v. la p. 68, entre otros muchos lugares). Del Abogado va a depender el éxito o fracaso del beneficio de justicia gratuita, pero no hay derecho a exigirle lo mejor de su saber a cambio de nada. Toda reforma que olvide este detalle está abocada al fracaso, por su alejamiento de la realidad socioeconómica, cultural y política, aunque idealmente pudiera pensarse lo contrario.

JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER

## 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 FACOLTA DI GIURISPRUDENZA  
DELL'UNIVERSITA 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

---

**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**

---

*Comitato scientifico*

*Presidente*

Prof. Fabio Roversi 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. Rodenti»  
dell'Università di Bologna

Il Congresso sarà dedicato alla memoria  
del prof. Tito Carnacini

**Programma scientifico**

**Relatore generale**

Prof. FRANZ MATSCHER  
ordinario dell'Università di Salzburg e giudice della Corte  
europea dei diritti dell'uomo

**a) Introduzione storica**

Prof. GIOVANNI PUGLIESE  
ordinario dell'Università «La Sapienza», Roma

**b) Il livello nazionale**

**Diritti europei latini**  
Prof. LOUIS FAVOREU  
ordinario dell'Università di Aix-en-Provence

**Diritti europei germanici**  
Prof. HELMUT STEINBERGER  
Juristische Fakultät, Mannheim, Giudice del  
Bundesverfassungsgericht

**Paesi di Common Law**  
Prof. BRIAN GARTH  
Università dell'Indiana, Bloomington, School of Law

**Paesi scandinavi**  
Prof. JACOB SUNDBERG  
ordinario dell'Università di Stockholm

**Paesi socialisti**  
Prof. Dr. PAVLE NIKOLIC  
ordinario dell'Università di Beograd

**America latina**  
Prof. HÉCTOR FIX ZAMUDIO  
ordinario dell'Università autonoma del Messico, giudice  
della Corte interamericana per i diritti dell'uomo

**Estremo oriente**  
Prof. TAKE-SHI KOJIMA  
Chu University, Tokio

**c) Il livello internazionale**

**Corte europea dei diritti dell'uomo**  
Prof. JUAN ANTONIO CARRILLO  
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 - 1 - 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

## **ASSOCIAZIONE GIURISTI DI LINGUA ITALIANA**

Si è costituita recentemente a Milano l'Associazione giuristi di lingua italiana, con lo scopo di tener vivo il valore di questa lingua e intensificare i rapporti anche professionali tra giuristi che abbiano conoscenza della lingua italiana.

Le adesioni sono finora pervenute da 13 Paesi europei e da Stati Uniti e Canada.

La partecipazione italiana non può superare il 40 % del totali degli isoritti.

Il Consiglio dell'Associazione ha organizzato un seminario per i giorni 16, 17 e 18 settembre 1988 sul lago di Como, a Bellagio.

Le adesioni vanno indirizzate al Presidente dell'Associazione avv. Roberto Baldi - via della Guastalla 9 - Milano.

## ACLARACION DE RESOLUCIONES

### *ADVERTENCIA*

El trabajo titulado «Relaciones entre la organización judicial y el proceso penal», publicado en el número 4, 1987, de esta Revista, páginas 953 y ss., constituye la comunicación del Prof. Gutiérrez-Alviz a la *Question III* que con dicho título será objeto del *XIV Congrès International de Droit Penal* (Viena, 1989) y del Coloquio preparatorio del mismo que tendrá lugar en abril de 1988 en Berna (Suiza). El Ponente General es el Prof. Mario Pisani (Milán).