

JUSTICIA 88

NUMERO I

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



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.

© 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

INDICE

LA JUSTICIA TIENE SOLUCIÓN	5
EN ESTRADOS	
<i>Análisis empírico del recurso de amparo constitucional</i> por José Antonio Bernaldez Balado	7
<i>En defensa de la defensa</i> por Juan Vergé Grau	21
<i>Derecho a la profesión, derecho del ciudadano</i> por Joan Josep Queralt	25
AUDIENCIA PÚBLICA	
<i>Los plinio, de Cádiz</i> por José Martín Ostos	29
DACIONES DE CUENTA	
<i>Causas históricas de la ineficacia de la justicia</i> por Víctor Moreno Catena	33
<i>El convenio entre España e Italia sobre Asistencia Judicial y reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil (Balance de 10 años de vigencia)</i> por Francisco Ramos Méndez ...	57
<i>Hacia la reforma de la prisión provisional</i> por José María Asencio Mellado	67
<i>El Derecho a la tutela judicial efectiva en la sentencia penal: los principios acusatorio y de contradicción</i> por Luis Alfredo de Diego Díez	103
<i>El juez del Título Preliminar (la justicia del «Estado de Derecho» en la crisis del «Estado social»)</i> por Perfecto Andrés Ibáñez	139
DESPACHO ORDINARIO	
<i>Jurisprudencia Procesal Internacional</i> por Francisco Ramos Méndez .	153
<i>Los Tribunales han dicho</i>	
Arrendamiento otorgado con anterioridad a la inscripción de la hipoteca. Extinción del arrendamiento en virtud del procedimiento judicial sumario	167

No es posible la utilización del procedimiento del art. 41 de la Ley Hipotecaria para cuestionar el estado posesorio declarado en un anterior interdicto de recobrar	170
Traducción de oficio de documentos redactados en catalán ..	172
Competencia territorial en caso de compraventa mercantil. Lugar que está radicado el establecimiento mercantil del vendedor	173
Imposición de pena superior a la solicitada por la acusación sin agravar la calificación de los hechos propuesta por el acusador	174
Procede aplicar la ley más favorable al inculpado en materia de prisión provisional	175
Valor probatorio de actuaciones practicadas en fase sumarial	185
Vulneración del derecho a la tutela efectiva por inadmisión del recurso de casación sin justificación motivada	189
Indefensión provocada por la denegación de prueba pericial pertinente. Anulación del juicio oral	191
Necesidad de dar audiencia al condenado, con asistencia del letrado, en el procedimiento de fijación del límite del cumplimiento de las penas impuestas en distintos procesos	194

COMISIONES ROGATORIAS

<i>La exclusión del abogado defensor en el proceso Penal alemán</i> por Juan Luis Gómez Colomer	199
---	-----

PARA MEJOR PROVEER

<i>¿Presupuesto extraordinario para la justicia?</i> por Jaime Alonso-Cuevillas	229
---	-----

EXEQUATUR DE TÍTULOS PUBLICADOS	235
--	-----

TÉRMINOS PERENTORIOS

<i>Río de Janeiro</i>	245
<i>Bolonia</i>	249

La justicia tiene solución

No cabe duda de que vivimos en una era propicia para los slogans, sin duda por el pegajoso influjo de las grandes campañas de publicidad. Ahora también en el campo de la justicia asistimos cada día al nacimiento de una nueva consigna, presta a ser coreada en anuncio intermitente y subliminar, o a ser desplegada en pancarta casera ávida de chupar cámaras de TV. No es ocioso prestar atención al fenómeno, pues sin duda responde a necesidades vitales de nuestros consumidores.

Recientemente se ha convocado un congreso/asamblea de gentes del derecho del Estado español bajo el incitante lema: la justicia tiene solución. Sin duda el grito de convocatoria es afortunado y esperanzador. Se ha identificado crudamente el problema: Radiografía del desastre de la administración de justicia en el Estado español, reza el título de una de las ponencias. Ante tal situación, el mensaje no puede ser más optimista: hay que lanzarse a buscar la justicia que exige una sociedad democrática y, ante la inhibición de los poderes públicos, llegar a presentar en el Parlamento una proposición de ley por iniciativa popular. Bien, parece que cada vez quedan menos estamentos que no vocefieren contra el estado de situación de la justicia. Solo los poderes públicos parecen seguir pasando del tema, sordos e inmunes a toda denuncia. ¿Querrá decir que no hemos orquestado todavía la campaña de sensibilización adecuada, o que no hemos acertado con la puesta en escena?

Cosa distinta es el contenido de los esquemas de trabajo que se presentaron como punto de partida para la búsqueda de una alternativa. Provengan de camaradas jueces, compañeros abogados, o simplemente gentes de derecho, proletarias o burguesas, apestan a fuertes dosis de autoritarismo y zurriagazo, medicina de palo y tente tieso, que, hoy por hoy, deberían ser productos dejados de fabricar. Son los riesgos de tratar de encarrilar una situación, que está a punto de escapárenos de las manos. ¿Llegaremos a tiempo, por una vía de cordura, prudencia y sentido común? ¿O es que estos valores ya no venden ni una escoba?

Francisco Ramos

ANÁLISIS EMPÍRICO DEL RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL

JOSÉ ANTONIO BERNALDEZ BALADO

SUMARIO:

I. Método de análisis. — II. La duración de un recurso de amparo. — III. Los artículos constitucionales vulnerados. — IV. Y al final, el fallo. — V. A modo de conclusión.

I. MÉTODO DE ANÁLISIS

El anterior Presidente del Tribunal Constitucional, M. García Pelayo, preguntado en una entrevista,¹ por la naturaleza del recurso de amparo, la definía como «el recurso cuya finalidad es defender a las personas físicas y jurídicas de las lesiones, por parte de los poderes públicos, a fin de que queden restablecidos en sus derechos constitucionales».

En verdad, no hubiese hecho falta acudir a textos no jurídicos para encontrar una definición del recurso de amparo. Pero pensé, que en una entrevista a un medio de información general, podríamos encontrar un comentario que se acercase más a la realidad. No fue así.

Y es esa realidad del recurso de amparo, la que motiva este trabajo.

Un estudio de las sentencias que se han ido publicando en el BOE, desde el primer recurso de amparo hasta el último del año 1986, nos aclara la situación y nos dice qué lejos estamos de cualquier definición. Situación que ha llevado a algunos a poner en entredicho la actual

1. *Revista Tiempo*, 9-5-1983.

regulación del recurso de amparo, teniendo en cuenta que la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas podrían estar perfectamente asegurada en manos de los jueces ordinarios, siempre que se estructure debidamente el procedimiento basado en principios de preferencia y sumariedad que prevé el art. 53 de la Constitución.

Si como se ha dicho con anterioridad, el motivo del trabajo, es acercarnos a la realidad del recurso de amparo, el método utilizado no ha sido para conseguir unas conclusiones científicas o doctrinales.

Previamente a la realización del presente trabajo, se tabularon todos los datos que se creyeron significativos de los diferentes recursos, obtenidos de las sentencias publicadas en el BOE, desde el 24 de febrero de 1981, al 31 de diciembre de 1986.²

Entre los datos recogidos, figura la Sala del Tribunal que ha conocido el asunto, el número del recurso, la fecha de publicación de la sentencia en el BOE, la fecha de inicio, la fecha de la sentencia, los días transcurridos desde la presentación de la demanda hasta la sentencia, cuál ha sido la decisión de la Sala, los artículos constitucionales que los recurrentes consideran vulnerados y, por último, los motivos que eran alegados en la demanda para recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional.

A continuación se muestra cómo quedaban recogidos los datos que hemos indicado:

N.º	Sala	N.º rec.	B.O.E.	Inicio	Senten- cia	Días hab.	Otor- gado	Arts.	Motivos
1	2	3/85	15-1-86	3-1-85	9-12-85	340	No	24	Negación procedi- miento espec.
								14	Princ. igualdad.
								9.3	
2	2	227/85	15-1-86	27-3-85	10-12-85	234	No	24.1	Incongru. sente.

En base a estos datos, el presente trabajo analiza aquellos que se ha creído tienen una mayor trascendencia práctica: la duración del recurso, los artículos que se consideran vulnerados y que motivan la demanda y, por último, el fallo del Tribunal, es decir, si el recurso ha sido o no otorgado.

2. Han colaborado en la recogida de Angela CASALE NOGUER, Jorge J. HERRANZ PIRÓN y ALBERT PLA HUBERTI.

Sobre la base de los resultados considerados de mayor trascendencia, han sido elaboradas unas gráficas que ilustran los comentarios que sobre aquellos se realizan.

Un dato que hubiese merecido atención es el coste real del recurso de amparo. La falta de fuentes sobre esta materia ha hecho desechar el intento.

II. LA DURACIÓN DE UN RECURSO DE AMPARO

Como pone de relieve Ramos Méndez,³ «el primer obstáculo que se opone a la eficacia práctica del recurso de amparo constitucional es su duración real, a la hora de la verdad».

En el tema de la duración, hay que tener en cuenta, el requisito legal de agotar, antes de recurrir en amparo, todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial (art. 44.1 a LOTC). Por lo tanto, el tiempo necesario para poder acudir al amparo constitucional será siempre superior al año. Tras este tiempo, uno confía en que el más Alto Tribunal subsane en su medida los efectos negativos, que en su caso se hayan podido producir, pero, el Alto Tribunal no se queda fuera de los grandes males que aquejan a la justicia española y que tiene su principal exponente en la lentitud que conlleva inevitablemente a la ineficacia.

«Por ejemplo, ¿qué interés puede tener para unos ciudadanos el que se les diga que pueden o no celebrar una reunión o una manifestación un año después?» (Rec. 193/81 BOE 16 de julio de 1982).⁴

La duración media en la tramitación de los asuntos resueltos mediante sentencia ha aumentado considerablemente desde su creación.

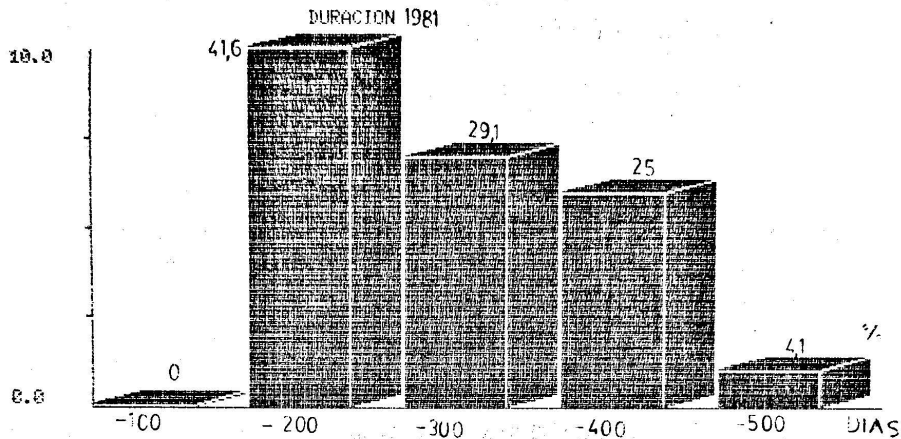
Las gráficas que vienen a continuación nos muestran claramente qué lejos estamos de las definiciones teóricas, jurídicas o no.

El procedimiento utilizado para la confección de dichas gráficas ha sido, en primer lugar, contar los días transcurridos desde el inicio de la demanda, hasta la fecha de sentencia. Un dato a tener en cuenta, es que han sido contabilizados los días inhábiles. Se ha creído conveniente hacerlo así, pues el ciudadano que recurre en busca de soluciones, poco entiende, o mejor, poco le importa la distinción entre hábiles e inhábiles, sino su duración real.

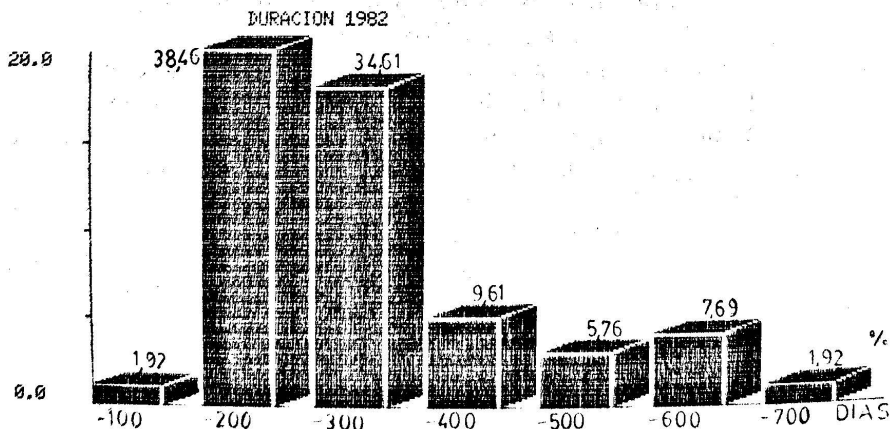
3. F. RAMOS MÉNDEZ, *Eficacia del recurso de amparo constitucional*, Justicia 84, IV.

4. RAMOS, *ibid.*

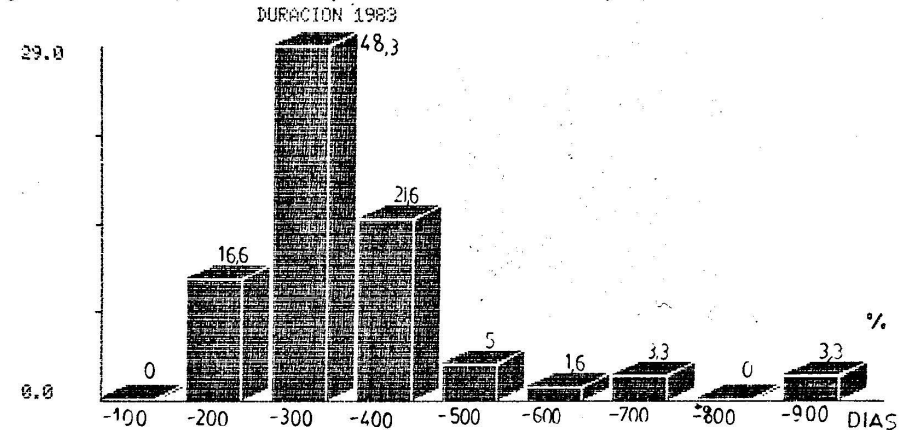
En segundo lugar, se han dividido los resultados en períodos de 100 días, así, la primera columna recoge los recursos resueltos entre 0 y 100 días, la segunda entre 101 y 200 y, así, sucesivamente.



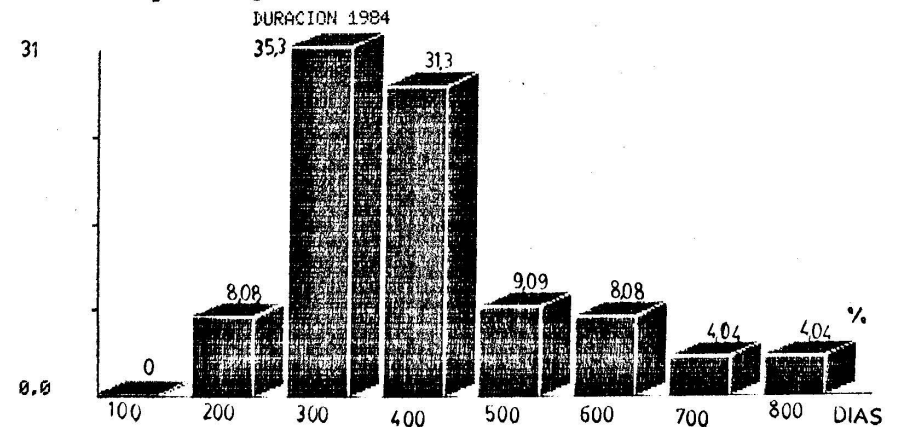
Los primeros resultados que arroja la gráfica correspondiente al año 1981, muestra como los períodos de duración que se han producido se alejan de los plazos marcados por la ley. Según estos, entre la presentación de la demanda y los plazos estimados para dictar providencias deberán transcurrir 60 días. La gráfica muestra que durante el año 1981, primer año de funcionamiento, el TC ya empezaba a acumular retraso. La mayor parte de los recursos (41,6 %) fueron resueltos entre 100 y 200 días.



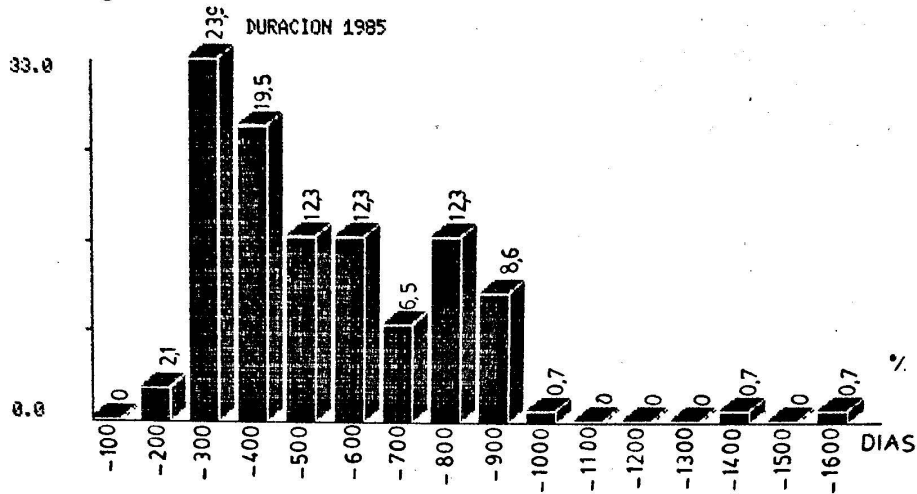
La gráfica que refleja los datos de 1982, ya empieza a mostrar datos significativos. Si el mayor número de recursos, sigue resolviéndose entre 100 y 200 días, los resueltos entre 200 y 300 ya alcanzan el 34,61 % y, empiezan a aparecer recursos resueltos entre 600 y 700 días. Tan solo un recurso fue resuelto en los 100 primeros días, y aún así, no con el tiempo suficiente para que la sentencia pudiera cumplirse. (Sent. 1 de julio de 1982, Rec. n. 104/82. Caso «Diario 16»).



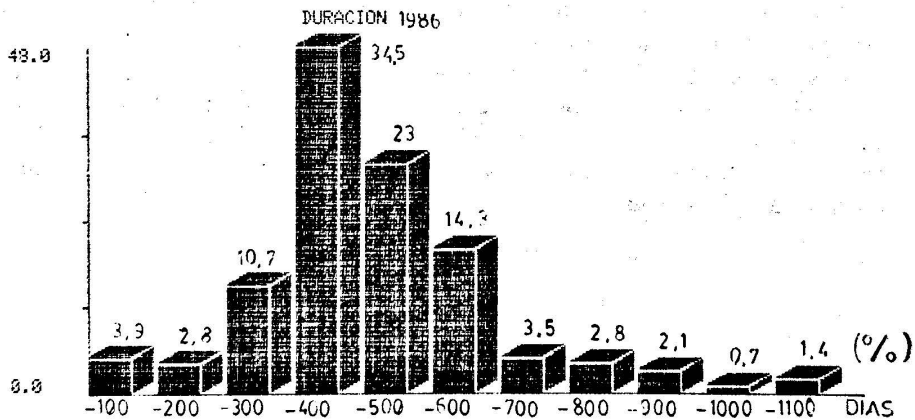
Los años avanzan, la acumulación también y los resultados así lo reflejan. Los recursos resueltos entre 200 y 300 días ya superan a los demás con un 48,3 %, ¡casi con la mitad!, y aún más, la cuarta columna, es decir, los resueltos entre 300 y 400 días supera también a la segunda. Y cómo no, van apareciendo recursos cuyas sentencias han tardado en dictarse legal entre 800 y 900 días. Qué lejos están ya aquellos 60 días de plazo legal.



Los datos de 1984 siguen la misma tónica que los anteriores, aunque, eso sí, los resultados de las columnas con periodos de duración más largo, van aumentando.

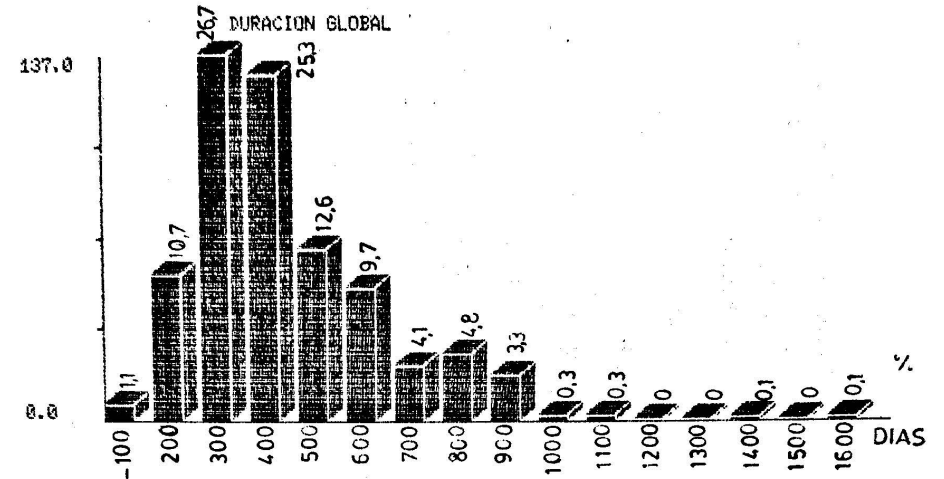


1.574 días tuvo que esperar un recurrente para, al final, ver denegada su demanda.



La duración entre 300 y 400 días parecería la legal, tras los últimos resultados. Pero siguen siendo 60.

Durante 1986 cinco recursos fueron resueltos en los 100 primeros días. De esos recursos, dos alegaban la negación del derecho de sufragio pasivo. La sentencia fue dictada en tres días. Por primera vez, quizás, el Tribunal Constitucional llegaba a tiempo.



En esta séptima gráfica, vemos los resultados globales en materia de duración. Casi idénticos resultados reflejan, que la mayoría de recursos, más de la mitad, son resueltos entre 200 y 400 días. Obtener una sentencia antes, es una suerte, obtenerla con posterioridad, una posibilidad.

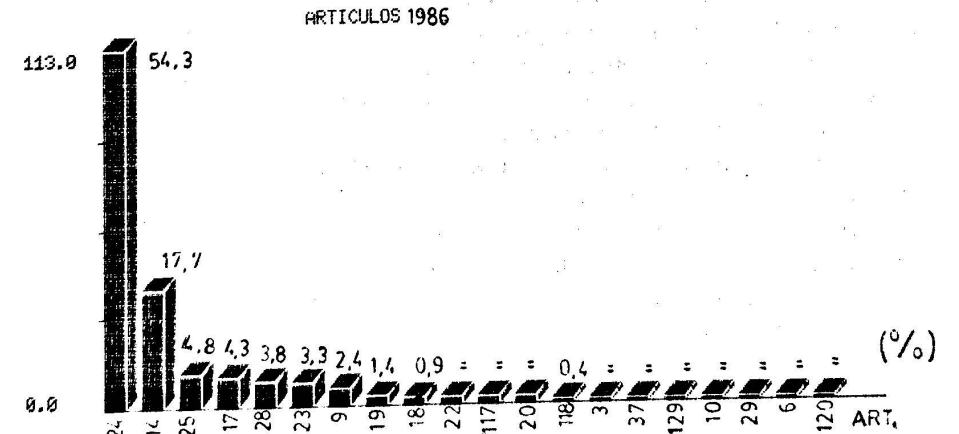
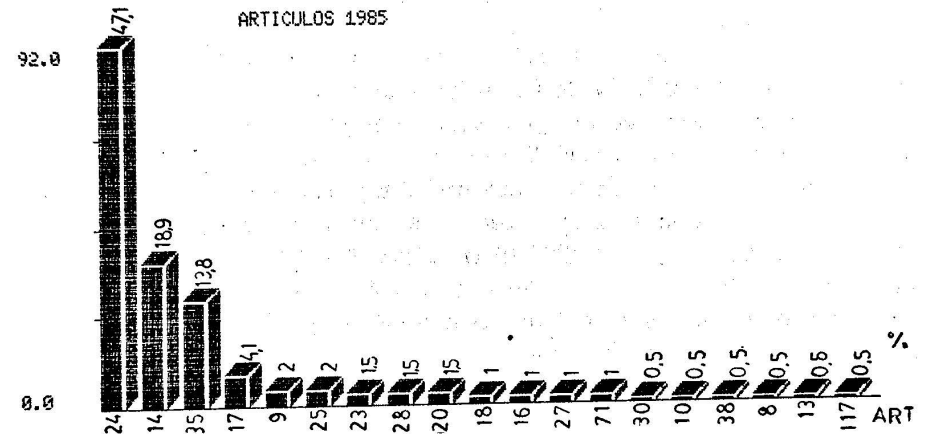
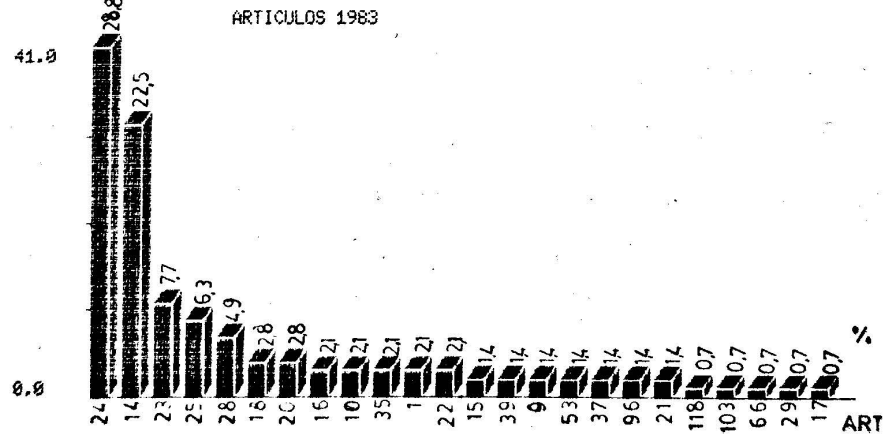
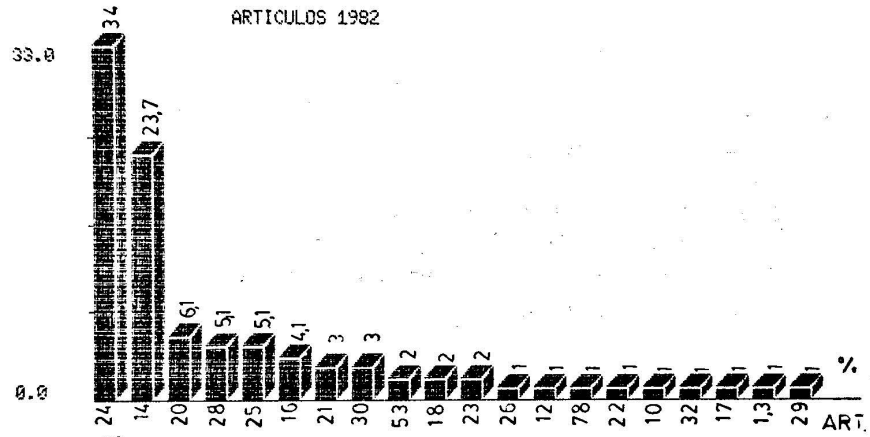
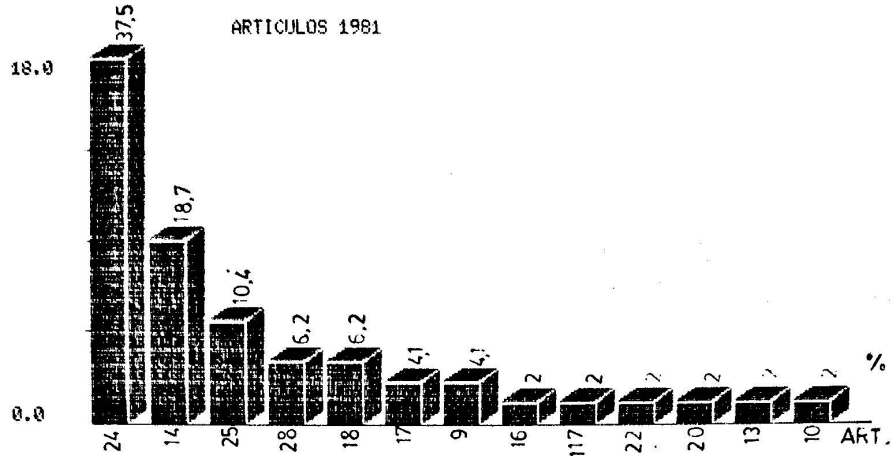
Ante la necesidad de agotar previamente la vía ordinaria y, luego esperar la resolución del TC, ¿de qué sirve el amparo al justiciable al cabo de dos, tres o cuatro años?; en estas condiciones, podríamos pensar que el recurso de amparo no tiene sentido, ya que el derecho fundamental requeriría un procedimiento rápido y urgente. Luego, los resultados, es decir, los recursos que consiguen prosperar hacen albergar alguna esperanza.

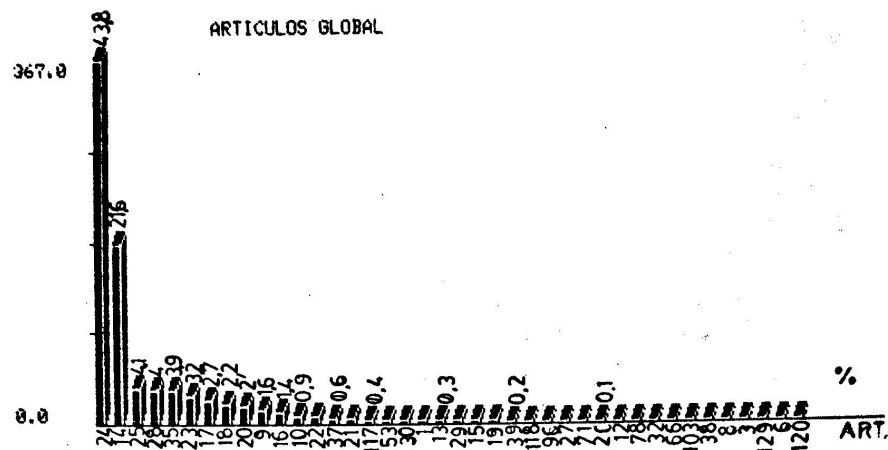
III. Los ARTÍCULOS CONSTITUCIONALES VULNERADOS

Otro dato que hemos creído conveniente que quedase reflejado en las gráficas, es el de los artículos de la Constitución, que los recurrentes consideran vulnerados y, que motivan su demanda de amparo constitucional.

El procedimiento para la realización de las gráficas ha sido sencillo, pues ha consistido en recoger los artículos mencionados en la demanda y, calcular el tanto por ciento, en base al total de artículos invocados.

A continuación aparecen las gráficas mencionadas, año por año, quedando resumidas en una global.





Como se puede apreciar en las gráficas que reflejan, año por año, los artículos vulnerados y de un modo más claro en la gráfica global, el precepto que es mayormente invocado es el 24, referente a la protección judicial de los derechos.

Un detalle que se quiere remarcar, es que si bien el artículo 24 es el más invocado, como ya se ha dicho, el tanto por ciento que aparece en los años 1984 (46,7 %), 1985 (47,1 %) y 1986 (54,3 %) se dispara de manera alarmante.

Recordemos que en estos años es cuando las gráficas que reflejaban la duración, nos mostraban unos períodos más largos.

Se pone de manifiesto, que la Justicia española no va, ni mucho menos, por buen camino. Y de esta situación, ya hemos dicho, que no se salva ni su más Alto Tribunal. La memoria del Defensor del Pueblo referente al año 1986 refleja que el 25 % de las quejas están dirigidas contra la Administración de Justicia.

La gráfica correspondiente al año 1986 muestra, como ya se ha indicado, que los recursos en los que se alega la vulneración de algún derecho fundamental, de los recogidos en el artículo 24, se dispara suponiendo más de la mitad (54,3 %).

Durante este último año el motivo relacionado con el artículo 24, que en más ocasiones se ha alegado, ha sido, la inadmisión del recurso de casación con 22 veces, le siguen la violación del derecho a la presunción de inocencia con 11; la falta de emplazamiento, la negación de la tutela judicial efectiva y la incongruencia de sentencias con 8; la negación del recurso de suplicación con 6; la condena sin pruebas y la inadmisión del recurso contencioso administrativo fue alegado en 5

veces; la infracción del principio acusatorio y el derecho a utilizar los medios de prueba en 4; con 3 veces están la falta de asistencia letrada, la condena por juez no competente, el derecho al juez ordinario y la vulneración de la prohibición de la *reformatio in peius*; la decisión del juez sin contradicción entre las partes, el quebrantamiento de las normas procesales y la inadmisión del recurso de apelación fueron alegadas dos veces cada una; y una sola vez fueron alegados los siguientes motivos: la negación de procedimiento especial, el formalismo desmesurado, la nulidad de actuaciones procesales en momento no procedente, la inadmisión de recurso de alzada, la negación del procedimiento de ejecución hipotecaria, la concesión de *exequatur* a sentencia dictada en rebeldía, el impedimento a la subsanación de error, la disconformidad con la sentencia recurrida, la existencia de defectos de forma subsanables, la determinación por el juez del daño causado, la omisión de la firma del letrado en escrito de interposición de recurso, el derecho a la defensa, la admisión de recurso improcedente, la denegación indebida de la condición de parte, el sobreseimiento de diligencias y los derechos del procesado en rebeldía.

Tras el artículo 24, el precepto considerado vulnerado en segundo lugar es el 14, referente al principio de igualdad y, luego el 25, relacionado con el principio de legalidad penal, remarcando más si cabe, el mal funcionamiento de la Administración de Justicia, al que ya hemos hecho referencia.

IV. Y LA FINAL, EL FALLO

El Presidente del TC, F. Tomás y Valiente, declaraba recientemente: ⁵ «El número de recursos de amparo aumenta cada semestre; en lo que llevamos de año han entrado ya más de 900... luego resulta que el Tribunal resuelve no admitir a trámite más del 75 %.»

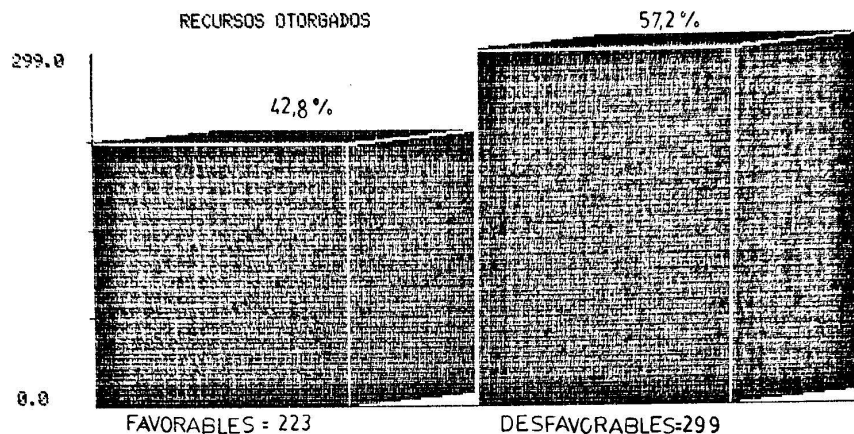
Es un dato realmente importante, este que apunta el Presidente del TC, de que sólo un 25 % de las demandas de amparo son admitidas a trámite. La manifiesta falta de contenido constitucional o bien, el incurrir en defectos formales insubsanables, son los principales motivos de tan alto tanto por ciento de demandas desestimadas.

Una vez admitida a trámite la demanda, la Sala pronuncia en su sentencia alguno de estos fallos (art. 53 LOTC):

5. Revista *MUFACE*, núm. 89, agosto-septiembre de 1987.

- a) Otorgamiento de amparo.
- b) Denegación de amparo.

De las 522 sentencias pronunciadas hasta finales de 1986, en 223 ha prosperado el amparo total o parcialmente, y en las 299 restantes, el fallo ha sido en sentido negativo.



V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Conocer la realidad del recurso de amparo era, como se dijo, la finalidad que tenía este trabajo.

Tras una primera fase en la que, como ya se ha explicado, fueron recogidos todos los datos referentes a los recursos de amparo presentados hasta 1986, con una segunda fase se han obtenido datos que, reflejados en las distintas gráficas que ilustran el trabajo, ayudan a acercarnos a aquella realidad.

Ante los datos presentados caben diferentes conclusiones. Una primera es la valoración negativa que se desprende de los períodos de duración. El retraso acumulado desde el primer año de funcionamiento ha hecho que, en los últimos, el plazo normal en que se dicta una sentencia vaya de 300 a 400 días. Sabiendo que entre las competencias del TC está, entre otras, la de controlar las dilaciones indebidas del proceso, mal ejemplo da este Tribunal «llamado a ejercer la función moralizadora sobre el resto de los Tribunales de Justicia».⁶

6. F. RAMOS MÉNDEZ, *Eficacia práctica del recurso de amparo constitucional*, *Justicia* 82, IV.

Sin embargo, otros datos hacen, como ya se apuntaba, albergar esperanzas y efectuar, en conjunto, una valoración positiva de la labor del TC.

Aún ante el «riesgo de producir un bloqueo del Tribunal,⁷ el ciudadano ha hecho amplio uso de esta posibilidad constitucional de acudir en demanda de amparo ante el Alto Tribunal. Y en contestación a esa demanda. El TC ha respondido con generosidad, pues es importante el dato de que hayan prosperado de manera total o parcial el 42,8 % de las solicitudes.

El buscar soluciones a los problemas que aquejan al TC y que inciden de manera negativa en su labor no era el objetivo de este trabajo. Sin embargo, si ha servido para saber cuál es la actual situación del recurso de amparo, en base a la experiencia, nos podremos dar por satisfechos.

7. F. TOMÁS Y VALIENTE, *Revista MUFACE*, núm. 89.

EN DEFENSA DE LA DEFENSA

JUAN VERGÉ GRAU

Cada vez son más frecuentes —y escandalosos— los incidentes entre jueces y abogados. En los periódicos solo aparecen los más «sonados», como por ejemplo, cuando se detiene a un abogado en la misma Sala de vistas en donde ejercita su derecho-deber de defensa, o cuando se decreta su prisión por actos relacionados con su ministerio. Algunas son, probablemente, actitudes o defensas «de ruptura». Sería difícil, y alejado de nuestro propósito, intentar enjuiciar casos concretos. Bien puede decirse, en cambio, que esas reyertas ensombrecen aún más la imagen de la Administración de Justicia, de la que también participamos los abogados.

No, no queremos detenernos en casos tan extremos. Son quizás, solamente, la punta del iceberg. Queremos referirnos a algo mucho más importante: al principio mismo de la libertad de defensa. ¿Hasta qué punto tienen los abogados libertad de defensa? ¿Quién se la garantiza y cómo? ¿A qué amenazas o peligros está sujeta? Pensamos en todos estos abogados que, día tras día, comparecen, interrogan o informan en los mismos Juzgados, ante las mismas Salas, sobre el mismo tipo de asuntos. Conocen muy bien a «sus» jueces y magistrados y saben hasta donde pueden llegar; qué es lo que pueden decir y preguntar y lo que no, y las consecuencias, a veces nefastas, de no plegarse al criterio del juzgador sobre «como debe llevarse de la defensa». Nos referimos también a esos abogados que, cuando tienen que actuar ante un Juez o Tribunal que no conocen, les es más útil, a veces, aprenderse las «reglas» particulares de aquel Juez o Tribunal que las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Son casos excepcionales, pero son cada vez menos excepcionales.

En su actuación ante jueces y tribunales, los abogados son libres e independientes (...) y serán amparados por aquellos en su libertad de expresión y defensa, dice el art. 437. 1. L.O.P.J. Pero, ¿y si no es así? ¿Y si aquel Juez o aquella Sala son los que, precisamente, coartan e impiden esa libertad de defensa?

Porque los abogados, no sólo están sometidos a las normas penales que protegen el deber de respeto, obediencia y acatamiento debidos a jueces y tribunales,¹ sino que, además, aún sin cometer delito ni falta alguna, pueden ser sancionados disciplinariamente por los mismos jueces y tribunales ante quienes ejercen la defensa y, precisamente, por los actos de la defensa misma. El Colegio de Abogados no puede intervenir. El Juez que sanciona es, a menudo, Juez y parte.

Para empezar, al Abogado se le podrá «retirar la palabra» —dice la Ley— si después de haber sido advertido dos veces, «se separase de la cuestión» en su informe en las vistas o «perdiera el tiempo en divagaciones impertinentes e innecesarias». Y es, precisamente, el Tribunal que tiene que decidir sobre el fondo quien juzga si la defensa del Abogado es o no impertinente. Del contenido de la defensa, además, no va a quedar constancia alguna en autos pues, como también dice la Ley, «el acto de la vista se acreditará en los autos por diligencia, que extenderá el Secretario o Escribano, expresando los nombres de los magistrados que compongan la Sala, de los abogados que hayan informado, de los procuradores que hubiesen asistido y el tiempo que hubiere durado el acto». Solo «si alguno de los defensores de las partes hubiere deducido en la vista alguna pretensión incidental que exija resolución, se consignará también en dicha diligencia, la cual será leída en ese caso a los defensores, terminada la vista, para que manifiesten su conformidad y la firmen» (art. 334 LEC).

Pero es que, además, «los abogados y procuradores serán corregidos disciplinariamente» cuando faltaren al «respeto debido» a los juzgados y tribunales, cuando en la defensa de sus clientes «se descompusieron» contra sus colegas de una manera grave e innecesaria o cuando, llamados al orden en las alegaciones orales, no obedecieran al que presida el Tribunal» (443 LEC). ¿Quién juzga de la falta de respeto, de obediencia, o de la «descomposición» del Abogado defensor? Casi siempre el que se siente ofendido, es decir, el mismo Juez.

Cierto que al ser la LEC del año 1881 cabía esperar que, en ocasión

1. Por ejemplo, la desobediencia a la autoridad del art. 237 C.P.; el desacato o los insultos del art. 240 C.P.; la falta de respeto o consideración y la desobediencia leve del art. 570 C.P., etc.

de alguna reforma, se modificara el sistema de exigencia de responsabilidad disciplinaria por el llamado *délit d'audience*, cuya impunidad, o por lo menos, control por la Abogacía, era ya una conquista en otros países cercanos.² Sin embargo, en el Proyecto de L.O.P.J. se reproducía el mismo precepto de la LEC (¿para qué la duplicidad?) y se ampliaba a dos casos más. Al informar el Proyecto, el *Consell dels IHtres. Col·legis d'Advocats de Catalunya* pidió que, al menos en lo que respecta al procedimiento sancionador, se diese intervención a los Colegios de Abogados. El precepto, sin embargo, se reprodujo en sus propios términos; es el actual art. 449 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Los abogados no queremos privilegios. Somos ciudadanos como los demás. Si faltásemos al respeto a los jueces o les desobedeciéramos se nos podría aplicar el Código Penal. Ya se nos aplica, como puede leerse en los periódicos. ¿Para qué más sanciones? Los abogados, como ya tenemos por costumbre, no pedimos para nosotros; pedimos para los ciudadanos a quienes defendemos ante los Tribunales. Ellos sí tienen derecho, como dice la Constitución, a «un proceso con todas las garantías» y, entre éstas, enumera específicamente «la defensa y asistencia de Letrado»; defensa y asistencia que, o se realizan en libertad, o se convierten en una caricatura esperpéntica de Daumier.

2. Como dijo el decano PLASENCIA en la Ponencia leída en los I Encuentros Internacionales de Abogados, celebrados en Versailles en octubre de 1985, el *délit d'audience* no se castiga en Italia, y en Francia se hace con la intervención de los Colegios de Abogados. En su actual forma de persecución es contrario a la Convención Europea de los Derechos del Hombre y en fecha de 20 de octubre de 1984, la «Commission Consultative des Barreaux Européens» aprobó una moción tendente a reiterar al juez de la audiencia la potestad disciplinaria sobre el abogado del caso. Por lo demás, en el I Congreso de la Abogacía Catalana, celebrado en Tarragona en octubre de 1985, se decía en la Conclusión 4.ª de la Sección III: «2. — No es admisible que cuando la corrección disciplinaria se funde en una supuesta falta de respeto o de desobediencia al Juzgado o Tribunal, estos órganos actúen al mismo tiempo como juez y parte, pues queda muy en entredicho su imparcialidad.»

DERECHO A LA PROFESIÓN, DERECHO DEL CIUDADANO

JOAN JOSEP QUERALT
Profesor Titular de Derecho penal
Universidad Autónoma de Barcelona

Existe una serie de profesiones cuyo ejercicio no es un ejercicio de un derecho en sí, sino que es un ejercicio para el fomento, garantía y/o indemnidad de derechos de los demás. El médico cuando previene o sana no ejerce su derecho a la salud, sino que protege ese derecho en la persona que es su paciente; el periodista no ejerce en primera instancia su derecho a la libertad de información, sino que de ofrecer una información veraz —derecho fundamental de los particulares— hace su profesión. Tres cuarto de lo mismo sucede, entre otras muchas profesiones, con la del ejercicio de la abogacía.

En efecto, mediante la correspondiente retribución, el abogado constituye una de las piezas fundamentales que mueven el engranaje del derecho a la tutela efectiva de los ciudadanos ante la voracidad, errores o inactividades de los poderes públicos y de otros particulares.

El letrado cuando actúa en su bufete, ante una instancia administrativa o ante el juez, en su despacho o en estrados no ejerce, como derecho suyo, más que el de intentar ganarse la vida. Pero, con esa actividad, está permitiendo que un particular aun sin medios económicos, a trancas y barrancas en ocasiones, pueda hacer valer lo que cree son sus derechos e intereses legítimos.

Por ello, cuando un órgano judicial desautoriza a un letrado en el ejercicio de la representación y defensa de un particular, antes que nada, pone en juego, cuando no lesiona seria e irreparablemente, el

interés o derecho de ese particular. No son ni mucho menos lejanas en el tiempo las resoluciones judiciales por las que un recurso de casación se declaraba desierto o no se entraba en el fondo del asunto por no ser el poder bastante. Dejando de lado, si la interpretación jurisdiccional era correcta o no, lo cierto es que el particular que había acudido a pedir justicia, se queda a dos velas debido a la presunta impecabilidad de una actuación —la del bastante o del poder— en la que habían intervenido su letrado, un notario, un procurador y el Colegio de abogados correspondientes; y todo por una cuestión de palabras y/o de pólizas. En el plazo de un año el Tribunal Constitucional ha dictado una serie de resoluciones en las que otorgaba el amparo ante la inadmisión a trámite por parte del Tribunal Supremo de un recurso de casación en el que los párrafos del mismo no estaban numerados; o ha obligado a admitir el recurso, rechazado de plano disquisiciones meramente técnicas en torno a que fórmula o procedimiento debía seguirse, si los previstos en la nueva o en la antigua normativa.

Pero la desautorización produce efectos devastadores aun mayores cuando el órgano judicial impide al letrado continuar en el uso de la palabra. Es cierto que no son pocas las normas y tradiciones que imponen la cortesía y las buenas formas en el ejercicio de la defensa de los justiciables. Pero no es menos cierto que todo ello está orientado, al menos desde una perspectiva que tenga en cuenta el efectivo derecho de defensa —suponiendo que pueda existir otra legítima—, a conseguir los resultados más favorables que el ordenamiento permita para el particular que, por activa o por pasiva, ha topado con la justicia.

La mejor garantía de ese derecho público fundamental de los ciudadanos, que es el derecho a la tutela efectiva y a la defensa, supuesta la capacitación técnica de los operadores implicados, es tanto la independencia judicial como la del letrado. Mucho se habla de la primera y todo lo que se diga y haga al respecto siempre será poco. Sin embargo, sólo cuando truena, se recuerda que tan importante como ella es la independencia del letrado.

Esta independencia, a diferencia de lo que ocurre con la del magistrado no lo es tanto en su dimensión política como en su dimensión práctica; dicho en otras palabras: la mayor fuente de potenciales restricciones de la libertad de actuación del letrado en defensa procesal de los intereses y derechos de sus clientes es el propio aparato judicial. Ello es debido a que la relación del abogado ante el juez es la de

subordinación, si no jerárquica —ello es claro—, sí posicional: el juez, lógicamente, está revestido de poder y el letrado no.

No debe por ello extrañar que, como cualquier otra fuente de poder, la del juez pueda resultar mal ejercida y materialice los peligros latentes —efectos secundarios e indirectos de su función— que alberga. De ello es consciente el ordenamiento vigente al establecer, ya con rango constitucional, la responsabilidad judicial. El ejercicio de la independencia, como el de la libertad, comporta el riesgo del error; pero ello no implica que los yerros deban ser soportados estoicamente como plaga secular. La depuración de responsabilidades y el peso de la Ley, partiendo del principio de igualdad, se ejerce en una sociedad que se autodenomina democrática en todas direcciones. Y cuando los órganos encargados de reclamarla y hacerla efectiva o se niegan a poner en marcha los mecanismo previstos o escurren el bulto —lo cual, como sabemos, no es demasiado infrecuente— aparece el descrédito y el desdoro que las actuaciones intempestivas han pretendido corregir, pero que son su causa.

En el tema de las relaciones entre los diversos operadores jurídicos cara al público (jueces, abogados, fiscales, policía) ha de ser atendido por ellos mismos, colectiva y personalmente, lo cual no quiere decir obrar de tapadillo. Atenderlo significa —o así lo entiendo— no provocar tensiones gratuitas y poner remedio a los males puntuales y estructurales en el momento procesal oportuno. De conformidad.

LOS PLINIO, DE CÁDIZ

JOSÉ MARTÍN OSTOS

No, no se trata de una notable familia romana, al modo de los Balbo o los Columela, tan prestigiosos en su tiempo, incluso fuera de esta bimilenaria ciudad; tampoco obedece el título a la denominación de una murga o chirigota, afamadas agrupaciones carnavalescas de la Taca de Plata. Nada de eso. Parodiando el conocido personaje del escritor manchego García Pavón, nuestro comentario versa hoy sobre el extraño comportamiento de algunos miembros de su Policía Municipal.

Al parecer, desde hace varios años, durante el turno de noche, determinados elementos de este Cuerpo se han dedicado con especial celo a asegurar el patrimonio de sus conciudadanos, utilizando unas técnicas verdaderamente originales y dignas de ser imitadas. Para ello, con riesgo de su integridad y yendo más lejos de lo que exigían las propias ordenanzas, recurrían a todo tipo de medidas; así, por ejemplo, para evitar pecaminosas tentaciones ante saturados escaparates, penetraban en el interior de ciertos establecimientos y procedían a retirar los productos de superior valor. Si el local estaba cerrado —lo que sucedía con frecuencia, dada la avanzada hora de la acción protectora—, un juego de ganzúas les facilitaba el acceso. Es de suponer que, en un principio, la intención sería devolver al amanecer los bienes puestos a buen recaudo. Como se puede deducir, los rateros tenían poco que hacer y los gaditanos (especialmente, los comerciantes) podían estar orgullosos de sus ángeles de la guarda.

Lógicamente, para el mayor éxito de esta desinteresada labor, los aludidos policías municipales preferían el centro comercial de la ciudad. Cuentan las crónicas que tales hazafías eran conocidas por al-

gún que otro mando del referido Cuerpo uniformado. Uno de ellos, incluso, llegó a informar, ya en el año 1985, en el correspondiente parte oficial, acerca de la preferencia de agentes concretos por las zonas de escaparates.

De esta manera, continuó todo durante muchos meses, sin que la cosa pasara de ahí. Sin embargo, de un tiempo a esta parte, la situación se ha alterado un poco. Por lo visto, en contadas ocasiones, seguramente debido al cúmulo de trabajo, se les olvidó devolver varios productos.

Este comprensible descuido fue malentendido por los de siempre. Una vecina manifestó haber visto cómo dos policías municipales cargaban un televisor (que, más tarde, apareció como robado en la reseña de la prensa local) en su coche oficial. La autoridad judicial ¡cómo no!, insolidaria y ajena a lo que acontece en la sociedad, ordena la práctica de diligencias. Se comprueba que uno de los implicados ya fue detenido por hurto antes de ser policía; él mismo tiene en su poder seis juegos de llaves (varias con nombres de tiendas) y afirma que «los guarda para colección», etc. En fin, ingratitud para quienes han obrado con tamaño afán de servicio a la sociedad.

En sus declaraciones ante el juez, uno de los agentes denuncia a algunos compañeros de realizar idéntica labor social. Pequeñeces como un ordenador, zapatos, juguetes y una amplia diversidad de productos salen a colación. Unos, tras corta estancia en prisión, son rehabilitados en sus puestos por el alcalde de la ciudad. Otros, a la salida de la prisión 2 del Puerto de Santa María, son recogidos por un coche oficial y conducidos a sus domicilios. ¡Qué menos!

El ambiente últimamente está enrarecido. A mediados de verano, se asiste a una desagradable polémica entre policías municipales y del Cuerpo Nacional, todos ellos con destino en Cádiz. Los primeros acusan a los segundos, principalmente, de estar involucrados en el tráfico de drogas y en la protección de caracterizados locales. Estos, por su parte, afirman que los municipales robaban por la noche y que esto lo sabía todo el mundo. También, se habla de supuestas palizas a los detenidos, en un descampado a las afueras de la ciudad. Nosotros, como es lógico, lo ponemos en duda. No se olvide que estamos en la cuna del constitucionalismo español.

Naturalmente, no creemos a unos ni a otros. Téngase presente que, dos meses y medio después de estallar el escándalo —es decir, en agosto de 1987—, solamente dos policías municipales de la plantilla gaditana se encuentran procesados por el asunto relatado. Nadie ha di-

mitido y el Ayuntamiento no se ha visto en la necesidad de abrir ningún expediente a los funcionarios en cuestión. Llega uno a pensar que, con unidades de esta calidad, resulta innecesaria la existencia de una auténtica policía judicial. El constituyente, evidentemente, no conocía el funcionamiento de algunos de estos Cuerpos, incardinaros en una estructura administrativa y gubernativa digna de todo elogio y merecedora de ser exportada a los países más avanzados y civilizados del mundo.

Los gaditanos pueden estar orgullosos de su Policía Municipal. La ciudad invita a ser visitada por nacionales y extranjeros. La colaboración con el Poder Judicial es absoluta. Los amigos de lo ajeno saben que la ley y el orden reinan en la luminosa bahía. Los Plinio del Sur velan por usted, su persona y su patrimonio. Si se encuentra a uno en el cuarto de baño de su propio domicilio, no se preocupe; ellos están para todo. Como dicen en la ciudad, con el saleroso ingenio de sus gentes: «Si quieres un televisor, llama al 092.»

CAUSAS HISTÓRICAS DE LA INEFICACIA DE LA JUSTICIA

VÍCTOR MORENO CATENA
Catedrático de Derecho Procesal

SUMARIO:

I. Introducción. — II. La pluralidad de jurisdicciones. III. La demarcación judicial. — IV. Los medios de la Administración de Justicia: A) Los medios personales; B) Los medios materiales. — V. La legislación procesal: A) La legislación procesal civil; B) La legislación procesal penal. — VI Los factores sociológicos: A) El cambio en los objetos litigiosos; B) El acceso de las clases medias a la Justicia; C) El papel del juez.

I. INTRODUCCIÓN

Abordar desde la óptica de un procesalista el estudio de las causas históricas de la ineficacia de la Justicia supone en primer término enfrentarse con un método de investigación en buena medida ajeno a nuestro cotidiano quehacer, con técnicas propias y de difícil manejo.

Creo necesario, en primer término, deslindar cuidadosamente hasta qué momento histórico debe remontarse el análisis, para determinar así las circunstancias que en el pasado han venido a incidir de forma decisiva en el actual estado de cosas, hasta el punto de convertir a la Administración de Justicia española en una maquinaria con tan graves disfunciones y carencias en su funcionamiento, que deja fuertemente insatisfecha a la sociedad destinataria de este servicio público.

A tal propósito, y sin perjuicio de considerar que efectivamente normas, doctrina y formas (mejor formalismo) de períodos anteriores han influido sin duda en la configuración y funcionamiento de la Justicia española, el momento de partida será el siglo XIX. El cambio político que se produjo entonces (bien es verdad que en España con un buen número de vaivenes que hicieron muy trabajosa su definitiva consolidación) trajo consigo unos nuevos modos y una distinta concepción de las instituciones, que naturalmente afectó también a la Justicia, al haber accedido al poder la burguesía e implantar su propio sistema de valores. Pues bien, es lo cierto que tanto por lo que hace al conjunto normativo procesal, regulador de la actividad de los tribunales, como en lo relativo a los medios personales con los que cuenta la Administración de Justicia, somos deudores directos de la política judicial y procesal de la anterior centuria.

La segunda gran dificultad para abordar desde los distintos prismas el tema objeto de estudio ha sido la carencia de datos precisos, de necesaria ponderación a la hora de determinar con cierta exactitud qué causas, producto del arrastre histórico, han provocado el actual estado deplorable en la Administración de Justicia. De todos modos, en un primer análisis, resulta necesario convenir en que no cabe centrar el estudio en una sola circunstancia histórica como la gran causante de todos los males y, así las cosas, puede resultar oportuno pasar revista a diversos factores que, al menos a primera vista, hayan sido determinantes de la presente situación.

El funcionamiento de la Administración de Justicia debe contemplarse desde dos parámetros; el parámetro normativo, de las *disposiciones* que disciplinen el funcionamiento de los tribunales y la actividad procesal, y el parámetro de los *medios personales y materiales* con que esté dotada. Sólo si ambos factores se adecúan a la *realidad social* sobre la que debe operar (téngase en cuenta que el factor sociológico, donde habría de comprenderse el estudio de las personas de los litigantes y de los objetos litigiosos es fundamental a la hora de dar eficaz respuesta a los problemas planteados) podrá estructurarse una Administración de Justicia eficaz, que cumpla los fines que le son propios.

II. LA PLURALIDAD DE JURISDICCIONES

A comienzos del siglo XIX había en España numerosas jurisdicciones o fueros, tanto por razón de las personas (jurisdicción eclesiástica

y jueces y tribunales eclesiásticos, Inquisición; jurisdicción militar; fueros de nobles, de servidumbre real, etc.), como por razón de la materia (Consejo de Hacienda; jurisdicción especial de Loterías, etc., o asuntos atribuidos a la Cámara Real, como los Pleitos del Real Patrimonio y sobre Rentas); la jurisdicción especial del territorio de las órdenes Militares o los Consulados del Mar,¹ lo que puede dar idea de la fragmentación y de los problemas de competencia que entre tantos tribunales habían de solventarse de continuo. Las Cortes de Cádiz, por Decreto de 6 de agosto de 1811, abolen los señoríos jurisdiccionales, los dictados de vasallo y vasallaje y las prestaciones reales y personales que daban origen a título jurisdiccional, «a excepción de las que procedan de contrato libre en uso del sagrado derecho de propiedad», y «en adelante nadie podrá llamarse señor de Vasallos, ejercer jurisdicción, nombrar jueces, ni usar de los privilegios y derechos comprendidos en este Decreto», consagrándose después el principio general en el artículo 248 de la Constitución de 1812, al disponer que «en los negocios comunes, civiles y criminales, no habrá más que un solo fuero para toda clase de personas».

Sin embargo, la línea marcada por la citada Constitución de 1812 pronto se quiebra, con la Restauración absolutista de 1814-1820, período en que prácticamente se retorna a la situación de 1808 (Reales Decretos de 21 de julio y 8 de septiembre de 1814, Reales órdenes de 25 de enero y 16 de junio de 1815, o la Circular de 1 de octubre de 1816).

Con el trienio liberal (1820-1823) la jurisdicción ordinaria vuelve a ganar en extensión y unidad, si bien la corriente se trunca de nuevo con la «década ominosa» (1823-1833), donde reaparece, de modo más acusado si cabe y tras declarar nulos y sin ningún valor los actos del gobierno realizados en los tres años anteriores, la pluralidad de jurisdicciones (se atribuye a la jurisdicción militar el conocimiento de los procesos por impago de alquileres de militares, presupuesto para decretar el desahucio que correspondía a la jurisdicción ordinaria; se residencia en el Consejo Real el conocimiento de los negocios contenciosos relativos a montes y plantíos pertenecientes al común; vigencia del Juzgado de Mostrencos; varias disposiciones relativas a la jurisdicción de Hacienda, etc.).

El período de la Regencia tras la muerte de Fernando VII (1833-1843) es de progresiva reducción de jurisdicciones especiales (supre-

1. Cf. *Crónica de la codificación española*, 1, Madrid, 1970, p. 2.

sión del Tribunal de la Inquisición; cese de los Corregidores políticos y gobernadores militares en el conocimiento de asuntos contenciosos; supresión de la jurisdicción de la Mesta, del fuero de población, de los tribunales privilegiados de varias Hermandades, del Juzgado de Mostrencos, del Tribunal Supremo de Hacienda —aunque persiste en sus instancias anteriores esta jurisdicción hasta el Decreto de Unificación de fueros de 1868—, del Fuero de la Casa Real y de Canales; se declara en vigor la abolición de los señoríos jurisdiccionales y territoriales); tras la Constitución de 1837 se siguen dando pasos hacia la unificación jurisdiccional (reduciendo exclusivamente la jurisdicción de los Maestrazgos y Encomiendas a las cosas; cesando los tribunales patrimoniales; suprimiendo el Fuero de Maestranes, y reduciendo en alguna medida las jurisdicciones tanto militar como eclesiástica). Con el reinado de Isabel II (1843-1868) no se producen cambios de interés en este punto, creándose alguna jurisdicción especial y suprimiéndose otras.

El Decreto de Unidad de Fueros de 1868 supone la ruptura definitiva con el anterior sistema de jurisdicciones especiales, si bien no estaría de más constatar en esta disposición, además del reconocimiento de la jurisdicción eclesiástica, la pervivencia y potenciación de la jurisdicción militar, que dura hasta nuestros días.²

Esta línea evolutiva se trunca sin embargo en el régimen franquista, instaurándose jurisdicciones especiales que privaban de atribuciones a la ordinaria e integradas por un personal más afecto al régimen autoritario; estas jurisdicciones especiales se instituían para el enjuiciamiento de ciertos asuntos y por la falta de confianza del poder político en la jurisdicción ordinaria, bien por su defectuoso funcionamiento, bien por criterios políticos, al objeto de impedir un ejercicio independiente e imparcial de la potestad jurisdiccional.

La Constitución de 1978 ha consagrado definitivamente en su artículo 117.5 el principio de unidad jurisdiccional como base de la organización y funcionamiento de los tribunales, dejando a salvo la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y para los supuestos de estado de sitio. Fiel al mandato constitucional, la Ley orgánica del poder judicial de 1985 prevé exclusivamente la pervivencia de la jurisdicción militar que por otras disposiciones específicas ha quedado reducida a sus justos límites e incardinada indirectamente en el esque-

2. Sobre esta evolución, cf. TOHARIA, *Modernización, autoritarismo y Administración de Justicia en España*, Madrid, 1974, pp. 21 y ss.

ma de la jurisdicción ordinaria mediante el recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

III. LA DEMARCACIÓN JUDICIAL

Para una adecuada exposición acerca de los medios personales y materiales con que cuenta la Administración de Justicia española es oportuno plantear una cuestión del mayor interés, al menos entre nosotros: cómo están organizados territorialmente los órganos jurisdiccionales en España.

La cuestión no es desde luego baladí, y su trascendencia queda patente con sólo tener en cuenta que la organización judicial española data básicamente de 1834.

El 26 de enero de ese año —basándose en la división territorial en provincias realizada dos meses antes (en el reinado de Fernando VII) por Don Francisco Javier Burgos, Ministro de Fomento— la Reina Gobernadora, Doña Cristina, promulga el Decreto que aprueba la demarcación de las Audiencias (refrendado por el Ministro Garelly), estableciendo 15: Madrid, Valladolid, Granada, Consejo Real de Navarra, La Coruña, Sevilla, Oviedo, Canarias, Cáceres, Burgos, Albacete, Zaragoza, Valencia, Barcelona y Mallorca. Esta disposición persigue «uniformar la demarcación judicial con la administrativa y hacer una distribución proporcionada de territorio en las Audiencias y Chancillerías, con el doble objeto de facilitar a los pueblos el acceso a los Tribunales superiores para alcanzar con más brevedad y menos dispendio la justicia, y poner a los Magistrados en disposición de vigilar de cerca el desempeño de los Jueces inferiores, como también de reprimir a los criminales con la mayor prontitud de los castigos». La creación de las Audiencias no supuso más que la creación de tres (Canarias, Burgos y Albacete), por cuanto las doce restantes se correspondían con las antiguas Audiencias y Chancillerías.

La organización judicial española se completó con la aprobación, el 21 de abril de 1834, de otro Decreto subdividiendo las provincias en partidos judiciales, lo que no supuso una ruptura con las antiguas Corregidurías. Además, esta unidad territorial, como se apunta en la *Crónica de la Codificación Española*, no tiene exclusivamente significación judicial, sino también política, por cuanto integra la base para las elecciones a Procuradores del Reino.

Lo cierto es que hoy, ciento cincuenta y tres años después, la divi-

sión en Audiencias Territoriales permanece vigente, habiéndose creado con posterioridad únicamente la Audiencia Territorial de Bilbao en 1979.

En lo que respecta a la circunscripción de ámbito más reducido —la provincia—, si bien en un primer momento no tuvo significación a efectos judiciales, y cuando se instituyeron las Audiencias de lo criminal en 1882 lo fueron en número de 95, en la actualidad las Audiencias Provinciales se corresponden con la división territorial en provincias realizada en 1833.

En lo que se refiere a los partidos judiciales, sede de los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, sólo de modo muy superficial se ha modificado la antigua ordenación (en 1882, 1965 y 1973), pero, a salvo de incrementos de Juzgados en capitales de provincia con un elevado número de habitantes y algunas supresiones de Juzgados en localidades prácticamente despobladas por los movimientos migratorios interiores, puede decirse que su distribución no ha variado significativamente,³ y en todo caso el número no se ha incrementado de acuerdo con el aumento de la población y de los índices de litigiosidad. Así, en 1885, con una población que no llegaba a los 17.000.000 de habitantes, existían 504 Juzgados de Primera Instancia; cien años después, con unos 40.000.000 de habitantes, teníamos en total 693 Juzgados de Primera Instancia y/o de Instrucción.

«No puede olvidarse que el año de 1977 la democracia española se encontró con un número de Juzgados de Primera Instancia e/o Instrucción prácticamente igual al de 1885: 514 Juzgados (tras un considerable esfuerzo presupuestario, en 1982, el número ascendía

3. Si se confrontan los partidos judiciales existentes en 1882 y 1985 podrá comprobarse que efectivamente se han suprimido 185 de estas circunscripciones (distribuidos por Audiencias Territoriales del siguiente modo: 13 en la de Albacete, 5 en la de Barcelona, 2 en la de Bilbao, 18 en la de Burgos, 10 en la de Cáceres, 19 en la de La Coruña, 22 en la de Granada, 19 en la de Madrid, 6 en la de Oviedo, 11 en la de Sevilla, 22 en la de Valencia, 22 en la de Valladolid y 16 en la de Zaragoza). Por otra parte, se han creado 32 partidos judiciales (distribuidos así: 1 en la de Albacete, 4 en la de Barcelona, 1 en la de La Coruña, 2 en la de Granada, 6 en la de Madrid, 3 en la de Oviedo, 8 en la de Las Palmas, 3 en la de Sevilla, 2 en la de Valencia y 1 en la de Valladolid). El incremento en el número de estos Juzgados viene como consecuencia, naturalmente, de la creación de una cantidad considerable de estos órganos jurisdiccionales en ciudades que han aumentado muy sensiblemente la población (piénsese en los actuales 59 Juzgados de Madrid —26 de Primera Instancia y 33 de Instrucción—, frente a los 11 que había en 1882; o los 4 que en aquella época existían en Barcelona frente a los 40 actuales —17 de Primera Instancia y 23 de Instrucción.

a 586 y a finales de 1985 era, como se ha dicho, de 693). En definitiva, y durante ocho años, se ha venido a incrementar el número de estos órganos jurisdiccionales en un 35 %.

Esta distribución territorial de los tribunales —por el momento y hasta tanto se apruebe la futura y prometida Ley de demarcación—, inspirada en los asentamientos rurales de la población durante el siglo XIX, lleva aparejada unas clamorosas disfuncionalidades en el sistema, que sólo podrían justificarse políticamente por razones geográficas, como puede ser la insularidad de algunos centros de población.

A este respecto debieran traerse a colación algunos datos correspondientes al año 1985 que resultan esclarecedores de cuanto se lleva dicho. Durante este año, y respecto de los órganos jurisdiccionales con menor carga de trabajo, hay que decir que en 67 Juzgados de este tipo se iniciaron menos de 100 asuntos civiles contenciosos (en 29 de ellos el número fue inferior a 50). En el orden jurisdiccional penal se incoaron en 33 Juzgados de Primera Instancia e Instrucción menos de 300 Diligencias Previas.⁴

Por el contrario, la sobrecarga de trabajo llega a ser abrumadora en otros órganos jurisdiccionales de este mismo tipo. Así, en 133 Juzgados tuvieron entrada más de 500 asuntos civiles contenciosos; pero, lo que es más, en 54 Juzgados de Primera Instancia se registraron más de 1.000 asuntos civiles contenciosos (Juzgados radicados en capitales de provincia; 13 de Barcelona, 1 de Granada, 22 de Madrid, 3 de Palma de Mallorca, 5 de Sevilla, 8 de Valencia y 2 de Valladolid). Por otro lado, en el orden jurisdiccional penal, en 142 Juzgados se incoaron más de 3.000 Diligencias Previas (es lo cierto que, según es sabido, únicamente una mínima parte de estas Diligencias finalizan en sentencia, pero no deja de ser sintomático y representa una cifra insostenible de expedientes a resolver de uno u otro modo); además, 29 de estos órganos jurisdiccionales son Juzgados de Primera Instancia e Instrucción —con competencia, por consiguiente, tanto en el orden jurisdiccional penal como en el civil—, con lo que a las más de 3.000 Diligencias Previas (o la iniciación de procesos penales de otro modo) es preciso añadir los procesos civiles que ante ellos deban sustanciarse.⁵

4. Fuente: *Anexo a la Memoria del Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1986. Como paradigma de Juzgados de Primera Instancia e Instrucción con un escaso número de asuntos, tanto civiles como penales, podrían citarse —datos de 1985 y de la referida fuente— a título de ejemplo los de Valencia de Alcántara (Cáceres), donde se iniciaron sólo 12 asuntos civiles y se incoaron únicamente 107 Diligencias Previas en el orden penal; el del Juzgado de Molina de Aragón (Guadalajara), con 21 asuntos civiles ingresados y 136 Diligencias Previas, o el de Viella (Lérida), con 47 asuntos civiles contenciosos y 85 Diligencias Previas.

5. Fuente: INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *Estadísticas judiciales de Es-*

No puede olvidarse otro tipo de órganos jurisdiccionales existentes en España; los Juzgados de la Justicia Municipal. La Justicia Municipal —de rancio abolengo en nuestro Derecho histórico desde la jurisdicción de los alcaldes— suponía la constitución en todos y cada uno de los municipios españoles de un Juzgado. Tras la Ley de Bases de 19 de junio de 1944 tomó carta de naturaleza en nuestro país la Justicia Municipal tecnificada, de tal forma que se mantuvieron en pequeños municipios los Juzgados de Paz, servidos por jueces legos y se crearon otros órganos jurisdiccionales (los Juzgados Municipales y Comarcales) a cuyo frente figuraban jueces técnicos y de carrera. Estos Juzgados tienen competencia tanto en el orden civil (para conocer de asuntos de menor entidad o importancia) y de los juicios por faltas (procesos por infracciones penales de poca entidad).

El número de estos Juzgados ha padecido oscilaciones de relieve, porque de 853 Juzgados Municipales y Juzgados Comarcales que había en 1953, pasaron a ser sólo 715 *Juzgados de Distrito* en 1979 (la unificación de los dos tipos de Juzgados en los actuales de Distrito se produjo en 1977), para aumentar luego sustancialmente hasta los 824 Juzgados de Distrito que había en 1985.⁶

También la demarcación judicial de los órganos de la Justicia Municipal sufrió —ya a mediados del siglo xx— las mismas lacras antes denunciadas en relación con los Juzgados de Primera Instancia, como consecuencia tal vez de presiones políticas locales, lo que provoca por supuesto importantes disfuncionalidades.

«A título de ejemplo pueden aducirse algunos datos correspondientes al año 1985 que sin duda resultan significativos. Desde la óptica de los órganos jurisdiccionales con mayor carga de trabajo cabe señalar que 173 Juzgados de Distrito registraron más de 300 asuntos civiles contenciosos; en el orden jurisdiccional penal, 112 de estos Juzgados registraron más de 3.000 juicios de faltas.

Desde el otro punto de vista, en el propio año de 1985 y en el orden jurisdiccional civil, 216 Juzgados de Distrito registraron menos de 50 asuntos contenciosos (es de hacer notar que en 82 de ellos se iniciaron menos de 25 asuntos civiles de carácter contradictorio). Por lo que respecta al orden jurisdiccional penal, 157 Juzgados de Distrito registraron menos de 300 juicios de falta (se registraron menos de 150 juicios de falta en 54 de ellos.)⁷

paña, y el citado *Anexo a la Memoria del Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1986.

6. Ver nota anterior.

7. Fuente: *Anexo a la Memoria del Consejo General del Poder Judicial*, Ma-

Por último hay que tomar en consideración la novedad que supuso la creación de las *Magistraturas de Trabajo*, órganos jurisdiccionales cuya competencia se extiende a los procesos sobre Derecho general del trabajo y de la Seguridad Social, que han alcanzado en la actualidad una importancia decisiva y cuyo número ha crecido de un modo considerable. Las actuales Magistraturas de Trabajo —futuros *Juzgados de lo social*, cuando, una vez aprobadas las leyes de Planta y Demarcación judiciales se ponga en funcionamiento el orden de tribunales previsto en la Ley orgánica del poder judicial de 1985— reconocen como su antecedente histórico a los *Tribunales industriales* creados por una Ley de 19 de mayo de 1908; esta Ley fue sustituida por otra en 1912, introduciéndose alguna modificación en el Código de Trabajo de 1926 en el sistema de designación de los jurados que los componían. La actuación de estos Tribunales continuó hasta la fecha de creación de las Magistraturas de Trabajo por el Decreto de 13 de mayo de 1938; no sufrieron en su composición y atribuciones alteraciones de importancia, como señala el prof. Montero, ni con la Dictadura de Primo de Rivera —al ser regulados en el Código de Trabajo— ni con la legislación de la República, aunque el ámbito de su competencia perdió claridad con los Comités paritarios y pasó después en su mayor parte a los jurados mixtos.

También en punto a la demarcación judicial de estos órganos jurisdiccionales hay que elevar un reproche parecido al que se formuló acerca de los Juzgados, aunque en este caso de forma mucho más matizada por haberse seguido una política judicial más cercana a la realidad social y económica, en cuanto se trata de tribunales generalmente de ámbito territorial provincial (sin perjuicio de que en poblaciones con gran número de habitantes, aun sin ser capital de provincia, se hayan creado asimismo órganos de este tipo); esta circunstancia genera desigualdades en el reparto de la carga de trabajo que pesa sobre unas y otras Magistraturas como fácilmente puede comprenderse.

drid, 1986. Como supuestos más llamativos podrían mencionarse, siempre según la misma fuente y durante todo el año 1985, el Juzgado de Distrito de Gandesa (Tarragona) con 12 asuntos civiles y 80 juicios de faltas ingresados; Viana del Bollo (Orense), donde sólo tuvieron entrada 8 asuntos civiles y 65 juicios de faltas; Atienza (Guadalajara), con 5 asuntos civiles y 52 juicios de faltas, o Alcañices (Zamora), en donde se registraron 18 asuntos civiles y 18 juicios de faltas.

«Si se examinan los datos de 1985 puede comprobarse que en tanto 21 Magistraturas de Trabajo han superado los 2.500 asuntos ingresados en ese período de tiempo, en el otro extremo —debido en buena parte a la concurrencia de diversos factores (hay también algún caso de poblaciones con más de una), como el escaso número de habitantes, el pobre desarrollo económico y la escasa conflictividad social, por tanto— aparecen 27 órganos jurisdiccionales de este tipo que no han alcanzado los 1.000 asuntos durante 1985.»⁸

En definitiva, la actual demarcación judicial, que tuvo en cuenta la distribución de la población española y los medios de comunicación existentes en el momento en que se llevó a cabo, respondiendo a los esquemas centralistas del Estado napoleónico, se revela como un factor histórico de singular importancia para analizar la actual ineficacia de la Administración de Justicia. El legislador español no ha podido o no ha querido sustraerse hasta la fecha de la presión histórica y política, conformándose con intentar taponar las fisuras más clamorosas, pero sin abordar con rigor una reforma en profundidad de las circunscripciones territoriales, tomando en consideración los datos que aportan los movimientos migratorios interiores como consecuencia del fenómeno de la industrialización; las aglomeraciones urbanas en determinadas ciudades (no necesariamente capitales de provincia) y la despoblación de numerosas zonas rurales.

Por su parte la Constitución de 1978, al reconocer a la provincia como entidad local con personalidad jurídica propia y división territorial para el cumplimiento de las actividades del Estado (artículo 141.1, donde se previene además que «cualquier alteración de los límites provinciales habrá de ser aprobada por las Cortes Generales mediante ley orgánica»), tampoco ha ayudado a romper con una tradición que en ciertos casos resulta perniciosa. Por su parte, y en lo que a demarcación judicial se refiere, la Ley orgánica del poder judicial ha seguido las pautas ya conocidas, estableciendo en el artículo 30 que «el Estado se organiza territorialmente, a efectos judiciales, en municipios, partidos, provincias y Comunidades Autónomas». En realidad, pues, lo que no es poco si bien se hace, la futura Ley de demarcación

8. Fuente: *Anexo a la Memoria del Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1986. A este propósito puede comprobarse cómo —fuera de los casos particulares de Ceuta y Melilla— existen capitales de provincia que realmente no justificarían por el número de demandadas registradas en este orden jurisdiccional la existencia de una Magistratura de Trabajo, como los casos de Ávila (con 389 asuntos), Soria (con 431), Huesca (con 524) o Segovia (con 596).

asume como esencial objetivo el establecer los partidos judiciales, con los parámetros que marca el artículo 32.2 de la propia Ley (número de asuntos, características de la población, medios de comunicación y comarcas naturales), y teniendo presente la prevenida desaparición de los actuales Juzgados de Distrito, órganos jurisdiccionales de la llamada Justicia Municipal servidos por jueces técnicos y de carrera.

IV. LOS MEDIOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

En punto al análisis de los medios de la Administración de Justicia resulta necesario distinguir, de un lado, la planta, es decir, los medios personales con que se cuenta para el ejercicio de la potestad jurisdiccional, y, de otro lado, los medios materiales que se allegan por el Estado (u otros poderes públicos) a la Administración de Justicia para que funcione, por más que seamos conscientes de su radical ineficacia, presupuesto del que hay que partir desgraciadamente.

A) *Los medios personales*

A falta de datos precisos sobre el personal secretarial y auxiliar de la Administración de Justicia (según cifras no suficientemente contrastadas que hemos podido manejar existirían en la actualidad unos 3.400 Oficiales; 5.000 Auxiliares y 3.000 Agentes de la Administración de Justicia, que parece van a ser significativamente incrementados en breve), lo cierto es que un funcionamiento eficaz del aparato de la Justicia en un país es inviable si no se cuenta con el personal necesario para el correcto desenvolvimiento de su actividad.

«La plantilla de los Secretarios judiciales es prácticamente igual a la de los jueces y magistrados (a salvo los tribunales colegiados, en los que, por lo general, existe una sola Secretaría); sin embargo, las funciones de los secretarios se han visto sensiblemente potenciadas en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 otorgándoseles, además de su carácter de fedatario público, poder de decisión en la dirección material del proceso a través de las diligencias de ordenación, y facultad de propuesta de resoluciones al juzgador, además de asumir la jefatura de personal de la oficina judicial. Con estos cometidos puede fácilmente comprenderse que las dotaciones son de todo punto insuficientes.»

Los datos que se han ofrecido en anteriores páginas, aun cuando por fuerza hayan sido sólo parciales, demuestran en forma suficientemente explícita a mi juicio que el número de los Juzgados españoles —y por tanto de los jueces y magistrados que los sirven— no permite un desenvolvimiento mínimamente aceptable de la Administración de Justicia. Si se confrontan las plantillas judiciales⁹ de 1882 (poco más de 1.000 miembros activos dentro de la carrera judicial) y de 1985 (2.359, entre magistrados del Tribunal Supremo, magistrados, jueces y magistrados del orden jurisdiccional social), puede parecer que el Estado ha respondido con cierta largueza a las conocidas necesidades de la Administración de Justicia. En realidad no se trata más que de un espejismo, por cuanto en 1882 no se computaban los jueces que servían Juzgados municipales —que no eran de carrera— y que en total pasaban de los 9.000, y sin embargo en los datos de 1985 se comprenden dentro de la plantilla de la carrera judicial los 824 Juzgados de Distrito —que pertenecen al cuerpo único de jueces y magistrados (art. 122.1 de la Constitución)—, quedando fuera naturalmente los jueces de Paz.

En cualquier caso no puede negarse que en los últimos tiempos se ha realizado un esfuerzo presupuestario notable, por más que haya resultado aún insuficiente. En el año 1984 se crearon 32 Juzgados de Instrucción; la Ley de Presupuestos para 1985 creó 35 plazas de magistrado, 15 de juez y 31 de magistrados de trabajo, y en mayo de 1986 se crearon 26 nuevas Magistraturas de Trabajo.¹⁰

De todos modos es evidente que el número de jueces y magistrados españoles resulta sensiblemente inferior al de los demás países de nuestro entorno socio-político, lo que se agrava de forma notable por la existencia de un número muy elevado de plazas judiciales vacantes (en la actualidad de más de 500), que se han de cubrir de forma provisional con licenciados en Derecho —por lo común con una preparación judicial no suficientemente contrastada.

En efecto, mientras que en España los miembros activos de la carrera judicial no llegan a 1.900 (a principios de 1985 el escalafón de la carrera judicial y del cuerpo de Magistrados de Trabajo ascendía a

9. Fuentes: PUEBLA, *Las Audiencias de lo criminal*, Madrid, 1885, y *Memoria del Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1985.

10. Hay que tener en cuenta que se ha producido en los últimos años una adaptación de la plantilla presupuestaria a la plantilla real, circunstancia que provocó alguna disfunción en los datos a utilizar. Véase *Memoria del Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1985, p. 42.

1.799 en situación de activo más 148 funcionarios en prácticas), en Francia hay más de 5.000, más de 7.000 en Italia (cifra en la que se incluyen los miembros del Ministerio Fiscal) y más de 12.000 en la República Federal de Alemania. Desde el punto de vista de las magnitudes relativas al número de destinatarios de la Justicia, en nuestro país contamos en la actualidad con unos 5,9 jueces —en la plantilla— por cada cien mil habitantes (en 1967 la tasa era de 3,2, en tanto que en Italia ascendía a 9,7 y en la República Federal de Alemania a 24,1).

Con tales datos puede comprenderse que la Administración de Justicia española queda prácticamente en manos del personal auxiliar, por imposibilidad material de los jueces y magistrados para desempeñar su cometido constitucional: juzgar y hacer ejecutar lo juzgado; para el enjuiciamiento es precisa una actividad de dirección cotidiana del proceso, de intermediación en el desarrollo de la actividad probatoria, algo ausente en nuestro proceso. Cabe decir en ciertos casos que la Justicia española no es exactamente una justicia de jueces, sino de oficiales o auxiliares sin preparación jurídica en los más de los casos, que pasan a la firma del titular del órgano jurisdiccional un número incontable de resoluciones y dirigen y presiden la prueba, desatendiendo otras funciones que les son propias. Así pues, los ciudadanos asisten a un servicio público de Justicia lejano y distante, de aglomeraciones y retardos, sintiéndose inermes ante tal estado de cosas y desconfiando de la probidad y honradez de su Justicia y del prestigio e independencia de sus jueces, padeciendo la ineficacia de todo el aparato judicial.

B) LOS MEDIOS MATERIALES

No mejor fortuna que los escasísimos medios personales han seguido tradicionalmente los medios materiales de que dispone en España la Administración de Justicia. Tal vez una mal entendida austeridad, el llamado «sacerdocio» de los jueces (con voto de pobreza incluido, pero sólo respecto de los medios materiales para el correcto funcionamiento de la oficina judicial, no exactamente en el *modus vivendi* de los juzgadores, cuya extracción social se ha situado tradicionalmente en las clases medio y alto-burguesas por lo general)¹¹ contribuyó a

11. Cf. TOHARIA, *El juez español. Un análisis sociológico*, Madrid, 1975, especialmente pp. 64 y ss.

propiciar la condición de «cenicienta» que la Administración de Justicia ha padecido en nuestro país.

El tratamiento presupuestario de las oficinas judiciales resulta, cuando menos, lastimoso y llega a ser enervante, en cuanto que se asigna al Ministerio de Justicia porcentualmente menos de la mitad de lo que es habitual entre los países de la Comunidad Económica Europea (en España no alcanza el 2 %, en tanto que la media europea se sitúa entre el 4 y el 5 %).

Las oficinas judiciales, pomposamente llamadas «Palacios de Justicia» (en verdad, alguno que otro existe), son en muchas ocasiones indignas y a veces hasta insalubres, hasta el punto de que en 1980 se convino en la necesidad de reparar, conservar o remodelar con carácter urgente más de la mitad de la superficie disponible en los Juzgados y Tribunales.

No mejor consideración puede recibir su funcionamiento; se siguen cosiendo los autos a mano, con aguja e hilo; las dotaciones de bienes fungibles se reducen en la mayoría de los casos a bolígrafo, papel y alguna máquina manual de escribir; las bibliotecas están insuficientemente dotadas, cuando no se carece por completo de ellas (algunos casos hay en que un magistrado ha debido pedir prestado el Boletín Oficial para consultar las disposiciones que había de aplicar).

La carencia de medios materiales en el ámbito de la Administración de Justicia es algo que viene de lejos y que constituye por tanto un problema difícil de solucionar en un ejercicio presupuestario; pero ya parece llegada la hora de abordar, junto con todas las modificaciones procesales que se avecinan y la puesta en marcha de las orgánicas aprobadas, un conjunto de medidas y ejecutar en firme un Plan económico para la Justicia con unos objetivos más concretos que los previstos para el cuatrienio 1983-1986 cuyos resultados no han sido del todo palpables, por más que la definición de causas y remedios resultara esperanzadora.¹²

En el punto que ahora se trata es imprescindible proveer a nuestros tribunales de medios técnicos de grabación y reproducción del sonido (e incluso de la imagen), por la enorme utilidad que su empleo puede reportar en la documentación de las actuaciones orales; dotarles de máquinas copiadoras de documentos o de télex, que existen sólo en algunos órganos jurisdiccionales; introducir de forma definitiva

12. Cf. MARTÍN OAR, *Análisis económico de la Justicia en España*, en la obra colectiva *Gestión en el ámbito de la Justicia*, Barcelona, 1983, pp. 73 y ss.

la informática en los Juzgados y Tribunales, para que a través de los medios tecnológicos y los métodos de programación actuales pueda facilitarse la actividad administrativa-burocrática de las oficinas judiciales, obteniendo resultados más satisfactorios (esta utilización de la informática, que en verdad tiene aplicaciones de una gran importancia para un eficaz funcionamiento de las oficinas judiciales, es lo que se persigue justamente con el Proyecto Inforius que puso en marcha el Ministerio de Justicia hace algunos años).¹³

V. LA LEGISLACIÓN PROCESAL

Los textos legales básicos vigentes en España en materia procesal civil y penal datan, respectivamente, de 1881 y 1882 aun cuando se hayan visto modificados de forma parcial en algunos puntos en épocas posteriores; es decir, se trata de leyes promulgadas en el marco de un Estado liberal (que debía limitarse, en conocida frase, a ganar la guerra en tiempo de guerra y en tiempo de paz a repartir el correo), e inspiradas por tanto en estos principios.

De todos modos, ambas leyes de enjuiciamiento supusieron en su momento, como habrá ocasión de exponer, un grado muy diferente de innovación legislativa, por lo que resulta aconsejable analizar por separado la evolución habida en ambos órdenes jurisdiccionales.

A) La legislación procesal civil

La Ley de enjuiciamiento civil fue promulgada por Real Decreto de 3 de febrero de 1881, siendo su inmediato antecedente la *Ley de enjuiciamiento civil de 1855*. A su vez, este cuerpo legal fue deudor de la tradición secular española, por más que no pueda negarse a este texto legal —que puede calificarse de *Compilación*— el mérito indudable de haber clarificado y ordenado el oscuro y disperso panorama normativo a la fecha. Buena prueba de ello podemos encontrarla en la misma Ley de Bases de 13 de mayo de 1855, cuyo artículo 1.º comienza disponiendo lo que sigue:

13. Sobre este particular, cf. *Gestión automatizada en el ámbito de la Justicia*, Barcelona, 1983, *passim*, y en particular COVARRUBIAS MAURA, *El proyecto INFORIUS del Ministerio de Justicia*, *ibid.*, pp. 327 y ss.

«El Gobierno procederá inmediatamente a ordenar y compilar las leyes y reglas del enjuiciamiento civil con sujeción a las bases siguientes: 1.ª Restablecer en toda su fuerza las reglas cardinales en los juicios, consignadas en nuestras antiguas leyes, introduciendo las reformas que la ciencia y la experiencia aconsejen, y destruyendo todos los abusos introducidos en la práctica...»

Las brillantes elaboraciones legislativas que en el campo procesal trajeron consigo tanto la Clementina *Sape contingit* como el Derecho estatutario prácticamente sólo fueron de efectiva aplicación en España en el ámbito mercantil, transcurriendo el proceso civil ordinario por los senderos más tradicionales, marcados desde la recepción del Derecho común en Las Partidas (siglo XIII) y siguiendo por la Nueva Recopilación (1567) y la Novísima Recopilación (1805), con la salvedad de las reiteradas quejas de la doctrina durante siglos y, en época más cercana, la regulación en 10 de enero de 1838 de un juicio plenario rápido, el juicio de menor cuantía, que podría haberse convertido en el procedimiento declarativo tipo sustituyendo al ya por entonces periclitado juicio de mayor cuantía, sucesor del *solemnis ordo iudiciarius* y que permitía abusivas dilaciones en su tramitación.

Por otra parte, la *Instrucción del procedimiento civil con respecto a la Real jurisdicción ordinaria*, publicada en 1853 por Don José de Castro y Orozco, Marqués de Gerona y Ministro de Gracia y Justicia, aunque en realidad introducía innovaciones de singular importancia para la tramitación de los procedimientos, tuvo una vigencia inferior al año, tanto por la caída del denostado Gobierno y con él del propio Ministro, como por las enconadas críticas que la Instrucción recibiera, entre otras razones por la ausencia de discusión parlamentaria, y que provinieron particularmente del Colegio de Abogados de Madrid (asentado cómodamente en la tradición secular con la que intentaba romper el Marqués de Gerona).

El desarrollo que efectivamente se había operado de forma paulatina en la legislación procesal mercantil y que cristaliza con la publicación, el 24 de julio de 1830, de la *Ley de enjuiciamiento en negocios y causas de comercio*, obra de Sainz de Andino, se cercena con el *Decreto de Unificación de fueros* de 6 de diciembre de 1868. Tal Decreto, de muy loables intenciones por cuanto, como bien se dice en su preámbulo, «necesario es que desaparezca por completo el fuero civil y criminal de determinadas clases del Estado» e «indispensable que cesen jurisdicciones que sólo en primera instancia son ejercidas por Juzgados especiales», se reduce en realidad —si bien se mira— a consagrar

definitivamente la jurisdicción militar; a mantener la jurisdicción eclesiástica salvo «los negocios civiles y causas criminales por delitos comunes de los eclesiásticos» (art. 1), y a suprimir los Juzgados especiales de Hacienda y los Tribunales de Comercio; pero además, en unas disposiciones de orden procesal, el mencionado Decreto de Unidad de fueros establece la derogación de la Ley de enjuiciamiento en negocios y causas de comercio de 1830, dejando subsistentes aspectos parciales de la misma, como el apremio, determinadas normas del procedimiento de quiebra, e introduciendo modificaciones en el embargo preventivo y en el juicio ejecutivo de la Ley de enjuiciamiento civil de 1855 (arts. 12 a 18 y 23 a 25 del Decreto de 1868).

Con los antecedentes históricos expresados puede comprenderse que la *Ley de Bases de 21 de junio de 1880*, autorizando al Gobierno para reformar y publicar la Ley de enjuiciamiento civil, exija refundir las disposiciones posteriores a 1855 —y entre ellas el Decreto de unidad de fueros— (base 2.ª), e introducir en la Ley de enjuiciamiento civil entonces vigente las demás «reformas que la ciencia y la experiencia aconsejen como convenientes» (base 19).

Por tales razones, la *Ley de enjuiciamiento civil de 1881* es tributaria directa del tradicional ordenamiento procesal español «ordinario», anclado en el *solemnis ordo iudiciarius*, como se acredita con el proceso declarativo tipo que se acoge: el juicio de mayor cuantía, cuya regulación sirve de base e hilo conductor a toda la Ley. Así pues, la Ley de enjuiciamiento civil, ya en 1881, nació «vieja y caduca», por no hablar de la falta de sistema dentro de este cuerpo legal; en especial en materia de ejecución forzosa, uno de los termómetros más significativos para medir la eficacia de la Administración de Justicia, hay que reconocer que si el proceso civil de declaración en España es extremadamente costoso y lento, la ejecución forzosa adquiere tintes poco menos que dramáticos, resultando en la mayoría de los casos absolutamente ineficaz, después de haber tenido que peregrinar por una dilatada fase cognitoria.

Con posterioridad a la fecha de su promulgación, la Ley de enjuiciamiento civil ha sufrido modificaciones en su articulado, por lo general de poca entidad y referentes a aspectos concretos (cuantías, recurso de casación, etc.), que desde luego no han logrado —ni tampoco puede decirse que lo hayan pretendido— introducir innovaciones esenciales en el sistema, a salvo quizás de la reforma de 6 de agosto de 1984 que vino a modificar más de trescientos artículos de la Ley aunque tampoco logró variarlo fundamentalmente.

Pero además, se han ido creando al margen de la Ley de enjuiciamiento civil multitud de procesos especiales —o de simples especialidades procedimentales en la mayor parte de los casos— que sólo se justifican por la inadecuación del texto legal básico para satisfacer mínimamente la tutela judicial de determinados derechos, que hizo necesario entonces apartarse de las normas generales de la Ley procesal.

En consecuencia, los denunciados defectos de orden normativo en el campo procesal civil se revelan como uno de los factores básicos que confluyen en convertir a la justicia civil en un aparato ineficaz desde todos los puntos de vista para el cumplimiento de los fines que está llamada a cumplir.

B) LA LEGISTACIÓN PROCESAL PENAL

A diferencia de lo sucedido en la legislación procesal civil, el siglo XIX trajo consigo un cambio sustancial en el sistema normativo del proceso penal español.

La vigente *Ley de enjuiciamiento criminal* fue aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, marcando ciertamente un hito esencial en la historia jurídica española, en orden tanto a la garantía, salvaguarda y tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos —preocupación hondamente sentida por el legislador— como para la conformación de un cuerpo legal coherente, que vino en cierta medida a superar las disposiciones vigentes en otros países europeos.

Dicha Ley supone la implantación definitiva en nuestro país del sistema procesal penal denominado acusatorio formal, o sistema mixto, y la consiguiente ruptura con el sistema inquisitivo —de ingrata memoria— que había imperado desde finales de la Edad Media.

«El procedimiento inquisitivo fue acogido y aprobado en el IV Concilio de Letrán (1215) por Inocencia II, al prevenirse que el proceso podía ser de tres modos: *per accusationem, per denuntiationem et per inquisitionem*. A partir de aquí la *inquisitio* pasó a constituir el procedimiento ordinario en el orden canónico, extendiéndose a la práctica totalidad de las legislaciones de la Europa continental.»

Representa la Ley de enjuiciamiento criminal española de 1882 la culminación de la evolución político-jurídica del siglo XIX en el campo

del proceso penal —cuyo inicio puede fijarse en la Constitución de 1812— y el fruto maduro y acabado de la recepción del *Code d'instruction criminelle* de 1808, uno de los pilares básicos de la ruptura con el *Ancien Régime*.

Tras la crucial innovación que supuso en España el Reglamento provisional para la Administración de Justicia de 1835, que viene a señalar el momento en que se instaura un nuevo orden procedimental, y las normas dictadas en 1850 para la aplicación del Código penal de 1848, se publica en 1872 la *Ley provisional de enjuiciamiento criminal*, de la mano de dos textos legales de 1870: el Código penal y la Ley provisional sobre organización del poder judicial. Esta Ley de enjuiciamiento criminal (provisional) viene a traducir ciertamente los principios y en buena medida el sistema exigidos por el proceso de tipo acusatorio formal; sin embargo, su vida fue efímera porque el orden de tribunales requerido para su funcionamiento no llegó a establecerse; por este motivo (crucial razón y piedra angular de cualquier reforma procesal) las innovaciones esenciales contenidas en la Ley de 1872 (separación de las funciones instructora y juzgadora o el juicio oral y público de instancia única) no consiguieron cristalizar.

Así las cosas, a partir de la Restauración (1874) comienzan a producirse reformas, suspensiones y derogaciones parciales de la Ley provisional —que nunca llegó a regir por entero— hasta la promulgación de la Constitución de 1876, momento en que el caos normativo para el enjuiciamiento criminal se hizo insostenible. Ello provocó la publicación en 1879 de una *Compilación General de las disposiciones vigentes sobre el enjuiciamiento criminal*, nacida con vocación de interinidad, en la que se subvirtieron los principios que inspiraron la Ley provisional de 1872 y naturalmente —aunque tejiendo con mimbres muy parecidos a los del legislador anterior— produjo un resultado bien distinto.

Por fin, en 1881 se aprueba una Ley de Bases autorizando al Gobierno para redactar y publicar una *Ley de enjuiciamiento criminal*, que se convirtió en la vigente de 14 de septiembre de 1882. Por su parte, el problema del orden de tribunales exigido para el enjuiciamiento penal en los términos y con el alcance del texto legal también fue finalmente solventado. La Ley de Bases no llegó a publicarse hasta el año siguiente, junto a otra que procedía a modificarla en el sentido de autorizar el establecimiento de las Audiencias de lo criminal en lugar de los Tribunales de partido. De esta manera la reforma del enjuiciamiento penal fue ya enteramente operativa, al promulgarse

en octubre de 1882 la Ley adicional a la orgánica del poder judicial, donde se disponía que «para conocer en única instancia y en juicio oral y público de las causas por delitos que se cometan en la Península e Islas adyacentes, se establecen 95 tribunales colegiados».

Desde la perspectiva procesal, la Ley de enjuiciamiento criminal de 1882 se caracterizó, como bien señala el prof. Gimeno, por una consagración a ultranza del principio de legalidad, por el establecimiento del más absoluto monopolio jurisdiccional en los actos limitativos de los derechos fundamentales y por la implantación de un sistema acusatorio sin parangón alguno en el derecho comparado.

Sin embargo, una de las piedras angulares del sistema procesal de la Ley de enjuiciamiento criminal, cual es la total separación entre el órgano de la investigación y del enjuiciamiento, ha venido sufriendo reiteradas quiebras hasta el punto de que en la actualidad únicamente se produce la citada separación orgánica en los procedimientos penales que se sigan por hechos delictivos castigados con pena superior a prisión menor (más de seis años de privación de libertad); en los demás procesos por delitos, con muchísima diferencia los más numerosos, es el propio juez encargado de la investigación quien asume el cometido de dictar sentencia, absolviendo o condenando al inculgado.

Por otra parte, y aunque no se trate en puridad de una cuestión que derive directamente de la situación normativa, los principios que rigen el sumario (la fase de instrucción o de investigación) puede decirse que sólo formalmente permanecen en vigor, dada la escasez de personal judicial y, en consecuencia, la acumulación de asuntos en cifras impresionantes en nuestros Juzgados del orden penal;¹⁴ las infracciones de tráfico por utilización de vehículos de motor, mantenidas como conductas punibles en el Código penal sin más justificación que la de lograr la reparación a las víctimas, provocan a diario un trabajo ingente y en muchos casos innecesario en nuestros órganos jurisdiccionales; la inexistencia de una verdadera policía judicial que permita al Juez instructor actuar como tal, con intermediación en las diligencias que se hayan de practicar, y propicie la persecución de todos los he-

chos delictivos (en España sólo llegan a ser enjuiciadas un 9 % de las denuncias que se formulan).

Todos estos factores, entre otros muchos más que podrían enunciarse, en ocasiones propiciados o bien directamente derivados del proceso de decantación legislativa en materia criminal operada a lo largo del tiempo, muestran bien a las claras que también en el orden jurisdiccional penal puede considerarse como causa histórica de la ineficacia de la justicia la legislación que ordena el enjuiciamiento.

VI. LOS FACTORES SOCIOLÓGICOS

Puede sostenerse sin ningún atisbo de duda que, además de los factores que se han enunciado, han contribuido de modo decisivo al deterioro actual del funcionamiento de la Administración de Justicia componentes de orden socio-económico. Debo reconocer que me ha faltado el tiempo necesario para realizar un estudio en profundidad sobre estas cuestiones capitales con las técnicas más adecuadas y los medios más idóneos, indagando en los datos históricos que es posible manejar.

«Habrá que ceñirse a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, lo que tal vez impediría hacerse una cabal composición de la realidad judicial desde una perspectiva histórica, al faltar los datos de la pequeña litigiosidad que en definitiva es muy superior en número y sin duda la más importante desde la óptica de una política judicial en el marco de un Estado verdaderamente social.»

Con todo, una somera lectura de la jurisprudencia del siglo XIX puede aportar varios datos (tal vez con menor intensidad en las últimas décadas de la pasada centuria) que merecen aquí una consideración específica; además de que el número de los asuntos que se ventilaban ante los órganos jurisdiccionales era menor tanto en términos absolutos como relativos, hay que tener en cuenta cuando menos que, por una parte, los objetos litigiosos en poco o nada se asemejaban a los más comúnmente planteados en la actualidad y, de otro lado, que muy frecuentemente los litigantes pertenecían a las altas capas de la sociedad política o económica; por lo general se trataba de personas con apellidos ilustres y probablemente de saneado patrimonio.

14. En el año de 1985, por ejemplo, en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Móstoles (Madrid), se incoaron 6.710 Diligencias Previas y, además, 497 asuntos civiles contenciosos; por otra parte, en el Juzgado de Distrito de Granollers núm. 2 (Barcelona) se registraron 4.344 juicios de faltas y, además, 336 asuntos civiles contenciosos. Fuente: *Anexo a la Memoria del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1986.*

A) *El cambio en los objetos litigiosos*

Ciertamente los asuntos que se llevaban en el pasado a la presencia judicial para su resolución no responden a las actuales demandas de una sociedad postindustrial y un Estado democrático. Los procesos civiles se centraban en su mayor parte en problemas atinentes a la propiedad privada, como no podía ser de otra manera, derivados esencialmente de cuestiones sucesorias (de forma primordial, nulidades de testamentos). Tales objetos litigiosos permitían por su propia naturaleza dilaciones en su resolución sin que por ello padecieran merma los derechos que los litigantes hacían valer en el proceso.

El panorama que se ofrece en la actualidad a la vista de cualquier observador es sensiblemente distinto; por supuesto que el derecho de propiedad —la propiedad privada viene reconocida además expresamente por la Constitución junto a la herencia (artículo 33.1)— sigue siendo causa de conflictos; pero no son éstos los más importantes, ni desde un prisma cualitativo (también en punto a la rentabilidad social del servicio público de Justicia), ni en sentido cuantitativo.

Las modernas relaciones económicas conducen al tráfico jurídico por otros senderos; la propiedad privada inmobiliaria, símbolo de la sociedad rural decimonónica, ha dejado paso a un tipo de propiedad mobiliaria, que surge con vocación de poder ser transmitida de forma rápida y sin publicidad, con una superior importancia en el monto global de la economía y unos mecanismos jurídicos de protección más eficaces.

Por otra parte, y además, la judicialización de las relaciones sociales es cada día más acusada: el legislador, en el marco de un Estado de Derecho a las puertas del siglo XXI, previene cada vez con mayor insistencia la intervención judicial en ámbitos hasta ahora impensables o desconocidos; por otra parte, han surgido otro tipo de relaciones jurídicas que no permiten aquellas antiguas dilaciones, porque en otro caso la tutela jurisdiccional resultaría perfectamente inútil.¹⁵

15. Si lo que se reclama es, por ejemplo, el derecho de visita del padre durante unas vacaciones, que le fue negado por la madre a cuya custodia se encuentran los hijos, es evidente que un pronunciamiento judicial tardío burlaría la fundada pretensión del litigante; los supuestos de indemnizaciones por despido, accidentes de tráfico o por siniestros de otro tipo pueden dejar en la indigencia a los perjudicados y no se sostiene en tales casos una dilatada tramitación del proceso porque entonces tal vez carecería de sentido toda reparación.

B) *El acceso de las clases medias a la justicia*

El reconocimiento de derechos como consecuencia de las luchas de clases en la revolución industrial y la impregnación viva del derecho en todo el entramado de las relaciones humanas ha provocado una progresiva avalancha de ciudadanos que demandan la intervención de los tribunales, haciendo uso de aquel servicio público de justicia.

La Administración de Justicia, que venía a ser un lujo al servicio de las clases privilegiadas de la sociedad, se enfrenta desde hace unas décadas con una «clientela» bien distinta, incapaz de soportar el alto coste de su mal funcionamiento (tanto en tiempo como en dinero), pero que se ve abocada a acudir a ella.

Ante la inoperancia del aparato judicial, el ciudadano medio ha de buscar otros sistemas de resolución de los conflictos; los económicamente poderosos tiempo ha que idearon medios alternativos para ello, con resultados por lo general sensiblemente más beneficiosos; el Estado, por su parte, concentra sus esfuerzos en otros problemas, desoyendo las reiteradas denuncias acerca del mal funcionamiento de la Justicia, y se resiste uno a pensar que las razones últimas del abandono vayan a estar, por un lado, en la falta de interés que muestran por este Poder del Estado fuerzas sociales económicas que sostienen a nuestros gobernantes, porque en la mayoría de los casos no les alcanza su actuación o porque se desenvuelvan mejor que los débiles en una situación de ineficacia y, por otro lado, en la conveniencia del propio poder político que, como ha dicho Aparicio, haría prestar a la justicia el servicio de su propia ineficacia, porque resulta conveniente que la justicia funcione, dentro de determinados límites de tolerancia, lo suficientemente *mal* como para que no ocupe espacios políticos y sociales en que iría en contra de las necesidades del sistema.

C) *El papel del Juez*

Interesa por último, siquiera sea brevemente y como fruto tal vez de una reflexión intuitiva más que de un estudio contrastado sobre este particular, apuntar algunas consideraciones sobre el papel que desempeñan los jueces españoles y su posible incidencia en un inadecuado funcionamiento de la Administración de Justicia. No cabe duda a mi juicio de que no estamos exclusivamente ante un problema de

normas o de dinero público, sino sobre todo ante un problema de personas que intervienen en la solución de conflictos mediante la interpretación y aplicación del Derecho y propendiendo a la realización del valor justicia en el seno de una sociedad democrática; toda modificación legislativa, cualquier esfuerzo modernizador de la Administración de Justicia, pasa necesariamente por contar sobre todo con quienes detentan la potestad jurisdiccional, que son los pilares básicos en su funcionamiento.

Puede decirse que tradicionalmente el juez español ha sido y es un juez burócrata, un funcionario mediatizado por las normas, pero tremendamente apegado a ellas y a veces más allá de toda actividad creadora, que se encuentra acomodado en una situación de franco extrañamiento al conflicto que ante él se ventila.

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 reconocer al pueblo del que emana la Justicia (art. 117.1 de la Constitución) y al que deben servir sin cerrar los ojos a la realidad social.

Nuestros jueces debieran asumir con ilusión y clara conciencia —que les permita superar las dificultades con que a diario se encuentran en el desempeño de su función— el papel que les corresponde desarrollar en un Estado social y democrático de Derecho; debieran 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 su potestad judicial.

EL CONVENIO ENTRE ESPAÑA E ITALIA SOBRE ASISTENCIA JUDICIAL Y RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN MATERIA CIVIL Y MERCANTIL (Balance de 10 años de vigencia)*

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ
Catedrático de Derecho Procesal

SUMARIO:

I. El Convenio de 22 de mayo de 1973. — II. El libre acceso a la Justicia. — III. Asistencia judicial. — IV. Reconocimiento y ejecución de títulos ejecutivos: 1. Reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales; 2. Reconocimiento y ejecución de laudos; 3. Reconocimiento y ejecución de títulos ejecutivos extrajudiciales; 4. Procedimiento. — V. A modo de epílogo.

I. EL CONVENIO DE 22 DE MAYO DE 1973

De vez en cuando conviene hacer un alto en el camino y reflexionar sobre la andadura de un determinado Convenio para ver qué es lo que ha dado de sí en las relaciones entre dos países. Por definición, cuando se concluye un Convenio bilateral se pretende —o debería pretenderse— encauzar y facilitar al máximo determinado tipo de relaciones entre las partes que lo suscriben. A la hora de hacer balance hay que anotar los logros y deméritos de las experiencias vividas.

Hasta que se firmó el nuevo Convenio, España e Italia venían acomodándose a lo dispuesto en el decimonónico Convenio entre España y Cerdeña de 30 de junio de 1851. Pese a algunos achaques técnicos, visto

* Comunicación al Encuentro italo-español de Verona: 10-10-1987.

con los ojos de hoy, y a los usuales defectos de traducción, siempre descuidados, aquel Convenio cumplió su finalidad por más que la situación política e histórica de ambos países había cambiado al compás de los tiempos. Los rastros que se hallan en la jurisprudencia apenas se limitan a constatar su vigencia antes de hacer uso de él.¹ Sólo la cuestión del tribunal competente para entender el *exequatur* en España suscitó algún comentario en la jurisprudencia de principios de siglo² y curiosamente la práctica no se enteró demasiado de qué iba. Una de las resoluciones más modernas antes de ser sustituido todavía desemboca en una declaración de incompetencia del Tribunal Supremo.³ Como de costumbre, los temas procesales internacionales no suelen ser de dominio público.

El 22 de mayo de 1973 se firmó en Madrid el actual Convenio. España lo ratificó mediante Instrumento de 27 de julio de 1977. No obstante, la teórica entrada en vigor a los 60 días del Canje de Instrumentos de ratificación (art. 27), su publicación efectiva se realizó en el BOE de 15 de noviembre de 1977, n.º 273. Está prevista su duración ilimitada, salvo denuncia (art. 28) y la resolución de dudas por la vía diplomática (art. 25).

Después de 10 años de vigencia es difícil encontrar rastros de su aplicación en la jurisprudencia, como se verá. ¿Inexistencia de problemas, ignorancia, vías alternativas? ¿O es que las resoluciones judiciales tardan tanto en ambos países que en todo el tiempo transcurrido ninguna ha llegado a estado de ejecución? Sea lo que sea, el Convenio ofrece algunas posibilidades que podrían dar mucho más juego inteligentemente utilizadas. Pero también presenta disposiciones que dejan sentir el paso del tiempo, con la consiguiente obsolescencia. Un juicio crítico acerca de cuál sea el balance actual se sigue de un breve análisis de sus previsiones.

1. Auto del TS de 2-10-1980 y Sentencia del TS de 11-1-1930. Auto de la AT de Barcelona de 14-7-1970 (RJC., 1970, p. 417).

2. MANKESA, *Competencia y procedimiento para pedir en España la ejecución de sentencias italianas*, RGLJ, 1889, pp. 143 y ss.; COVIÁN, *El exequatur de las ejecutorias procedentes de los Tribunales italianos*, RGLJ, 1904 (CIV), p. 192.

3. Auto del TS de 14-12-1968, recogido en REMIRO, *Ejecución de sentencias extranjeras en España*, Madrid, 1974, p. 425.

II. EL LIBRE ACCESO A LA JUSTICIA

Las disposiciones preliminares del Convenio mencionan dos temas que ya eran pacíficos y que incluso no necesitaban el soporte jurídico del Tratado: la libertad de acceso de los nacionales de cada una de las partes a los respectivos Tribunales de Justicia en régimen de igualdad con los nacionales de la otra parte y la exención de la *cautio iudicatum solvi*.

La libertad de acceso era algo obvio con las solas disposiciones de la legislación interna. Que se sepa, una discriminación de tal tipo no se registra en los anales de la jurisprudencia. Bastaban las propias reglas de competencia internacional (art. 51 YEC) y algunos preceptos de los Códigos Civil (art. 27 CC) y de Comercio (art. 15 Cco.) para garantizar tal derecho. En la actualidad, después de la Constitución de 1978, el tema se ha reafirmado con la previsión del art. 13,1 C.

Otro tanto puede decirse de la *cautio iudicatum solvi*. Nuestro derecho prevé todavía el arraigo en juicio de litigantes extranjeros (art. 534 LEC), que opera como excepción dilatoria. Pero tanto Italia como España habían ratificado los Convenios de La Haya de 1905 y 1954 que preveían la supresión de la caución por costas para los nacionales de ambos países (arts. 17 y ss.).

En este capítulo, pues, la fachada del Convenio es más aparente que real, pues se limita a insistir en tópicos.

III. ASISTENCIA JUDICIAL

En este capítulo el Convenio de 1973 estuvo un poco más acertado. Consciente de que el tema estaba regulado por el Convenio de La Haya de 1954, se trató de completar y simplificar sus previsiones en los siguientes puntos: la transmisión de actas judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil, las comisiones rogatorias y la ejecución de condenas en costas. Aunque en materia de auxilio judicial internacional siempre ha reinado una gran confusión por la superposición de normas, puede decirse que el Convenio se ponía en el plano inclinado de la comunicación casi directa, más o menos mediatizada por el Ministerio de Justicia o por la intervención del Cónsul respectivo (arts.

3 al 9). Todo ello no suponía más que desarrollar diversas oportunidades previstas en el Convenio de La Haya de 1954.⁴

Sin embargo, en la actualidad, las previsiones del Convenio bilateral son virtualmente letra muerta. Italia y España han ratificado los Convenios de La Haya de 1965⁵ y de 1970,⁶ que vienen a reemplazar el de 1954. Claro que ello no afecta teóricamente a los Convenios bilaterales en vigor. Sin embargo, no se me ocurre qué disposición del Convenio bilateral España-Italia pueda ser más beneficiosa en materia de asistencia judicial en relación con los nuevos Convenios para echar mano de ella. Simplemente, se trata de un caso claro de virtual obsolescencia.

Con todo, sigue siendo aprovechable el art. 10 del Convenio bilateral relativo a la ejecución de condenas en costas. El sistema previsto equivale a establecer un título ejecutivo directo, sin necesidad de *exequatur* previo.⁷ De aquí que la remisión al Tribunal competente deba entenderse al que lo es para despachar la ejecución. De no seguirse esta interpretación habría que preguntarse qué añadiría el Convenio bilateral al sistema de los arts. 18 y 19 del Convenio de La Haya de 1954. Podría efectuarse una interpretación restrictiva, diciendo que el art. 10 del Convenio bilateral sólo permite la petición directa a través del Ministerio de Justicia, ahorrándose así la vía diplomática del art. 18 del Convenio de 1954. Pero que en ningún caso se ahorraría el trámite del *exequatur*. En mi opinión, el texto del mencionado art. 10 permite fundadamente hablar de título ejecutivo directo, en contraposición al Convenio de 1954 que dice: «las resoluciones relativas a las costas y a los gastos se declararán ejecutorias sin audiencia de partes...». Sea cual sea la opinión que se sustente, lo que no se puede es convertir la ejecución de condenas en costas en un procedimiento con todos los trámites de los arts. 955 y ss. LEC. El Convenio se ha hecho para simplificarlo. Quedan, sin embargo, abiertos todos los problemas dimanantes de la ejecución. Para responder al espíritu del Convenio, la

4. Vid. mi *Código procesal civil internacional*, Barcelona, 1985, pp. 308 y ss. y 631 y ss.

5. Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965 (BOE de 25-8-1987), relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial. En vigor para España desde 3-8-1987.

6. Convenio de La Haya de 18 de marzo de 1970 (BOE de 25-8-1987), relativo a la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil. En vigor para España desde 21-7-1987.

7. Sobre el sistema del Convenio de La Haya de 1954., vid. mi *Código procesal civil internacional*, cit., p. 316 y ss.

ejecución debiera seguirse de oficio por el Tribunal en todos sus trámites. Es la justa correspondencia a la exención de la caución por las costas que prevé el propio Convenio.

IV. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE TÍTULOS EJECUTIVOS

El grueso de disposiciones del Convenio está dedicado al reconocimiento y ejecución de los diversos títulos ejecutivos en materia civil y mercantil: decisiones judiciales, laudos arbitrales y títulos ejecutivos extrajudiciales. Se excluyen, como ya es habitual, los procedimientos concursales y las materias de Seguridad Social, daños de origen nuclear, materias fiscales y administrativas (art. 11).

Lo que da de sí este título puede sintetizarse en las siguientes observaciones:

1. Reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales

a) La amplia definición de «decisión judicial (art. 12) permite cubrir todo el espectro de posibilidades de la ley procesal, sea cual sea la forma de la resolución (providencia, auto, sentencia) o el ámbito jurisdiccional en que se produce jurisdicción contenciosa, voluntaria, medidas cautelares). Particular importancia reviste el hecho de que se haya previsto el reconocimiento y ejecución de medidas cautelares, pues tradicionalmente el *exequatur* sólo se concede respecto de resoluciones definitivas y firmes. Mayores riesgos puede ofrecer el que se hayan incluido las resoluciones en materia de jurisdicción voluntaria. Por un lado, es una ventaja ya que con ello se da cobertura a una materia que siempre ha suscitado la suspicacia del Tribunal Supremo. En efecto, en reiteradas ocasiones se les ha negado el *exequatur* con el argumento de que no se trataba de resoluciones definitivas. Pero, por otro lado, puede resultar un inconveniente, si con ello se ha de considerar que todas las decisiones de jurisdicción voluntaria necesitan de *exequatur* previo para su eficacia en España. Precisamente, actos que tienen carácter constitutivo, vgr. la adopción, han producido sus efectos en nuestro país sin necesidad de *exequatur* alguno.⁸ No sea el dia-

8. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21-6-1958 y 29-10-1960, entre otras.

blo que con la excusa del Convenio se contagie la práctica y se imponga el *exequatur* obligatorio, como ocurrió con el divorcio.⁹

b) En la fecha de publicación del Tratado los presupuestos del *exequatur*, aunque en número mayor que los exigidos por el art. 954 LEC, salvaban el escollo de las sentencias en rebeldía —estrategia habitual en la práctica—, que durante años fue la roca de Escila y Caribdis de todo litigio internacional.¹⁰ En este momento, dicho problema parece enterrado para siempre,¹¹ por lo que en una comparación entre lo que dice el Convenio y lo que permite el art. 954 LEC lleva a la conclusión de que aquél es más una barrera que un salvoconducto para los títulos que quieren pasar el *exequatur*.

Un análisis comparativo de los requisitos de uno y otro sistema es sumamente ilustrativo para el caso.¹²

El art. 954,1 LEC exige que se trate de una acción personal. Aunque el Convenio no es restrictivo en este extremo, se llega a la misma consecuencia porque sobre las acciones reales existe competencia exclusiva de los Tribunales españoles (art. 22,1 LOPJ) y el Tribunal de origen sería incompetente, según el art. 17,4 del propio Convenio.

El presupuesto establecido en el art. 954,2 se ha de entender en el sentido de respetar el principio de audiencia del demandado. La rebeldía estratégica no es obstáculo para el reconocimiento. El Convenio contiene exactamente el mismo principio en su art. 14,3 y tampoco la rebeldía es obstáculo para el *exequatur* (art. 23,3).

Según el art. 954,3 LEC, la obligación ha de ser lícita en España. En cambio, el Convenio apela a la más vidriosa noción de orden público, de contornos imprecisos. No cabe duda de que se corre menos riesgo

9. Vid. in extenso, *Ejecución en España de sentencias extranjeras de divorcio*, Justicia 84, pp. 519 y ss.

10. El propio Convenio se da cuenta de ello. Por ello se prohíbe la retroactividad del Convenio respecto de resoluciones en rebeldía anteriores a la fecha de su entrada en vigor (art. 24).

11. Vid. mi estudio, *Adiós a la rebeldía táctica*, Justicia 87, pp. 103 y ss.

12. El sistema general de *exequatur* de títulos extranjeros en España está recogido en el art. 954 LEC, cuyo tenor literal es el siguiente: «Si no estuviere en ninguno de los casos de que hablan los tres artículos que anteceden, las ejecutorias tendrán fuerza en España si reúnen las circunstancias siguientes: 1.º) Que la que la ejecutoria haya sido dictada a consecuencia del ejercicio de una acción personal. 2.º) Que no haya sido dictada en rebeldía. 3.º) Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en España. 4.º) Que la carta ejecutoria reúna los requisitos necesarios en la nación en que se haya dictado para ser considerada como auténtica, y los que las leyes españolas requieren para que haga fe en España.»

con la formulación de la LEC que con el esquema del Convenio bilateral (art. 14,2).

Por fin, tanto el art. 954,4 LEC como el art. 23 del Convenio coinciden sustancialmente en la documentación que debe apoyar la petición de reconocimiento.

En la ejecución de una sentencia extranjera de acuerdo con el régimen general de la LEC basta con observar los cuatro puntos que se acaban de describir, contenidos en el art. 954 LEC. Ahora se produce la paradoja de que si se reclama la aplicación del Convenio bilateral todavía hay que tener en cuenta nuevas exigencias.

Ante todo, el Tribunal del *exequatur* examinará si el Tribunal de origen era competente (art. 13,1), de acuerdo con los criterios que fija el propio Convenio (art. 17) e incluso puede denegar la petición si se ha violado una norma de competencia exclusiva de los Tribunales del foro (art. 18). Los criterios de conexión para atribuir la competencia son tan relativos, según demuestra la experiencia práctica, que podría acudir fácilmente a esta excusa para denegar el *exequatur* en muchas ocasiones.

También la inexistencia de litispendencia (art. 14,4,a) y de cosa juzgada (art. 14,4,b y c) deben ser tomadas por el Tribunal del *exequatur*.

En fin, si bien el Convenio veda la revisión del fondo del asunto (art. 16), este riesgo no aparece del todo descartado cuando se han violado las reglas de derecho internacional privado en materia de estado y capacidad de las personas (art. 15).

Como se ve, las exigencias del Convenio son mucho más estrictas y ofrecen más trampas que el régimen general de *exequatur* de nuestra LEC. Este somero examen comparativo invita a reflexionar sobre un hecho que puede resultar esperpéntico: la conveniencia de renunciar al régimen del Convenio para someterse al general de la LEC.

c) Una de las previsiones teóricas más importantes del Convenio es la posibilidad de reconocimiento y ejecución de resoluciones sobre medidas cautelares (art. 19). No hace falta ponderar la importancia práctica que tienen este tipo de medidas en el panorama judicial de nuestros países. Sin embargo, seguramente hará falta algo más que una dosis de buena voluntad para llegar a implantar dicha posibilidad a nivel práctico.

La primera dificultad se refiere al propio Tribunal competente para decretar las medidas. Si como pretende el art. 19, el Tribunal ha de ser el competente según las reglas del Convenio, a veces, la medida será

inútil o su eficacia quedará en entredicho. Una cosa es la competencia sobre el pleito principal, que es lo que teóricamente tenía que regular el Convenio y otra distinta es qué Tribunal puede acordar la medida cautelar.¹³ Esto último normalmente se decide con criterios de oportunidad y eficacia, que van ligados en la mayoría de los casos a la opción de pedir la medida en el lugar donde su cumplimiento resulta más factible y más rápido. Desde el punto de vista del derecho interno español, esta perspectiva resulta favorecida porque el art. 22,5 LOPJ atribuye la competencia a los Tribunales españoles respecto de las medidas provisionales o de aseguramiento respecto de personas o bienes que se hallen en territorio español y deban cumplirse en España.

La segunda dificultad a salvar proviene del art. 13,2 e incluso del 14,3 del Convenio. Las medidas cautelares se adoptan por lo general *inaudita parte* y desde luego la decisión sobre las mismas puede casi siempre ser susceptible de un recurso posterior. Como haya que esperar a que se produzca la citación del demandado y se agote la posibilidad de recurso, es obvio que a nadie se le va a ocurrir echar mano del Convenio. Esta dificultad se puede salvar parcialmente con una correcta lectura del art. 23,4 del Convenio en lo que respecta a la ejecutividad de la medida.

Pero existe una dificultad suplementaria a soslayar: el procedimiento de *exequatur* de una medida cautelar acordada en el otro país. El Convenio remite en este tema a las reglas del foro (art. 21), en cuanto no se opongan a lo dispuesto en el mismo. Si en realidad se han de seguir las reglas del art. 951 y ss. LEC, con audiencia del demandado y del Ministerio Fiscal, la medida cautelar puede perder su significado. Si se interpreta que en este caso las normas de procedimiento interno contradicen el espíritu del Convenio, la solución sería acudir directamente al juez competente para ejecutar la medida, quien, previo examen de su regularidad formal, acordaría lo necesario para su ejecución. Otra alternativa es una decisión del propio Tribunal Supremo *inaudita parte* acordando la ejecutividad de la medida.

Ante todos estos interrogantes es muy probable que la solución práctica sea olvidarse del Convenio y solicitar la medida cautelar allí donde podamos ahorrarnos el *exequatur*.

13. Un ejemplo de previsión acertada en la materia son las disposiciones del Convenio de Bruselas sobre embargo preventivo de buques de 10 de mayo de 1952.

2. Reconocimiento y ejecución de laudos

Las disposiciones relativas al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales (art. 20) también resultan hoy obsoletas e incluso podrían ser perturbadoras. Tanto Italia como España han ratificado el Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras y el Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional de 21 de abril de 1961.

No cabe duda de que el marco del Convenio de Nueva York presta el apoyo más adecuado para la recepción de laudos, sobre todo después de las conocidas acuñaciones jurisprudenciales.¹⁴ Una vez más, el Convenio bilateral puede quedar relegado al olvido.

3. Reconocimiento y ejecución de títulos ejecutivos extrajudiciales

Sin duda, el capítulo que más transcendencia práctica ha tenido de todo el Convenio es el relativo a la ejecución de títulos extrajudiciales, al amparo del art. 22. Pero también aquí el espectáculo es distinto según se mire desde las gradas del campo italiano o del español. Según he expuesto ya en otro lugar,¹⁵ el reconocimiento de la fuerza ejecutiva de estos títulos se ha producido en el cauce de nuestro juicio ejecutivo. En mi opinión, la amplitud de los motivos de oposición de nuestro juicio ejecutivo desvirtúa bastante la presunta eficacia inmediata de estos títulos según el espíritu del Convenio. Con todo, en este momento, no hay ningún otro cauce procesal habilitado que resulte más expeditivo. Se prescinde del *exequatur*, es cierto, pero se incide en un cauce procedimental más largo, con más expectativas procesales y con dos instancias. Con todo, el Convenio ha permitido, según demuestra la práctica,¹⁶ la ejecución de los documentos italianos con fuerza ejecutiva en su país de origen.

14. Vid. mi artículo *Primeras aplicaciones del Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958 al exequatur de sentencias arbitrales extranjeras por el Tribunal Supremo*, *Justicia* 82, III, pp. 107 y ss., y *Arbitraje internacional: confirmación de la doctrina jurisprudencial*, *Justicia* 84, pp. 375 y ss.

15. Vid. *Eficacia ejecutiva en España de letras de cambio extranjeras*, *Justicia* 83, pp. 340 y ss., y *Ejecución de letras de cambio extranjero (Revisando una opinión)*, *Justicia* 84, pp. 151 y ss.

16. Vid. la importante Sentencia de la AT de Valencia de 3-4-1982, *Justicia* 83, página 340.

4. Procedimiento

En cuanto al procedimiento del *exequatur*, el Convenio remite, como de costumbre, al derecho del foro (art. 21). Además precisa el soporte documental que debe acompañar a la petición de *exequatur* (art. 23). En este tema no ha existido dificultad específica alguna.

V. A MODO DE EPÍLOGO

Los resultados del balance son obvios y no vale la pena reiterarse. Como en muchas ocasiones, la existencia de un Convenio bilateral proporciona más una fachada política que un verdadero instrumento útil para los objetivos confesados. Pero la lección siempre es provechosa. Si de verdad se quiere facilitar el tráfico jurídico entre los dos países, seguramente son otras las clavijas que hay que apretar. Antes de que el Instrumento se nos muera prematuramente y no naturalmente por longevidad.

HACIA LA REFORMA DE LA PRISIÓN PROVISIONAL

JOSÉ MARÍA ASENCIO MELLADO
Universidad de Alicante

En estos últimos siete años se han operado en nuestro país tres reformas diferentes de la prisión provisional, las cuales han supuesto, cada una en su momento, giros importantes en orden a la regulación de determinados aspectos de tal medida y modificaciones sustanciales de la función que se encomendaba a dicha forma de restricción de la libertad personal.

Fundamentalmente las razones que movieron al legislador a producir las citadas reformas fueron de dos tipos: por un lado el incremento constante que se registró en la delincuencia en aquellos años y que llevó a plantear soluciones no del todo técnicamente correctas en su momento¹ (ahí estaba el antiguo art. 520 de la LECrim.) y que trajeron consigo el aumento de la población reclusa, fundamentalmente la preventiva, hasta límites que nos alejaban de la media europea situada en torno al 30 %.² Por otro lado la necesaria incidencia que había de producir el imperativo constitucional establecido en el art. 17,4 en relación a la duración de la situación de privación de libertad y que

1. Vid. M. PERIS GÓMEZ, *La Ley de Enjuiciamiento Criminal. Un ejemplo de ética legislativa*, R.P.Jud., n.º 4, septiembre de 1984, p. 64. Editorial Justicia 84, II, p. 261.

2. Vid. V. MORENO CATENA, *En torno a la prisión provisional. Análisis de la Ley de 22 de abril de 1980*, R.D.Proc. ib-filip., n.º 4-1981, pp. 656 y ss. L. GARRIDO GUZMÁN, *Régimen penitenciario*, en *Lecciones de Derecho Penitenciario*, Madrid, 1985, p. 82. F. DUNKEL, *La ejecución penal en la República Federal de Alemania y la evolución de su reforma desde 1970*, Justicia 85, II, p. 273.

ocasionó variaciones sustanciales en las diferentes modificaciones de la norma procesal penal.

No obstante lo hasta ahora dicho, la regulación de la prisión provisional básicamente se mantuvo en torno a los postulados que había inspirado nuestra centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal, y las reformas mencionadas —esencialmente de carácter cuantitativo—, oscilaron siempre alrededor de tales criterios, los cuales se utilizaban de una u otra forma pero, en todo caso, sin trastocar de manera esencial los «estándares» clásicos.

A tal conclusión se puede llegar tras una observación de los arts. 503 y ss. de nuestra norma procesal penal desde 1882 y hasta nuestros días. Así, podemos ver que determinados aspectos se han mantenido sustancialmente idénticos. De este modo, la finalidad de la prisión provisional no ha sido expresamente destacada, pero la reforma del art. 520 de la LECrim. por la Ley Orgánica 14/1983, de 12 de diciembre, suprimió toda referencia al aseguramiento de las personas con vistas a la eficacia del proceso³ con lo cual —y aunque no parece admitirse otra función distinta en la ley procesal— se puede inferir de los presupuestos que se contienen en los arts. 503 y 504 LECrim. que la prisión provisional, en realidad, esta llamada a desempeñar funciones diversas a la estrictamente cautelar.

Igualmente, un análisis de los motivos contenidos en el art. 503 LECrim. para la adopción de la prisión provisional nos revela la inexistencia de grandes cambios en este apartado desde hace más de un siglo.

Así, básicamente, se han mantenido los criterios relativos a la gravedad de la pena a imponer, los antecedentes, las circunstancias del hecho, la alarma social y la frecuencia, utilizando el legislador los mismos de una u otra manera en función del momento histórico en el cual habían de regir,⁴ pero, en ningún modo, se introdujeron datos diferen-

tes como son los ampliamente desarrollados por el TEDH relativos vg. al arraigo en el lugar; posibilidad de huir al extranjero, etc...⁵

Del mismo modo se echa en falta una regulación positiva de medidas alternativas a la prisión provisional cuya utilidad queda fuera de toda duda en tanto que los efectos criminógenos y de todo orden provocados por tal medida deben ser siempre evitados, máxime cuando se trata de personas respecto de las cuales rige la presunción de inocencia.⁶

En nuestra LECrim. tan sólo se encuentran referencias a la posibilidad de adoptar la libertad provisional y, con los problemas de todos conocidos generados por la reforma de 1980, la prisión atenuada.

En definitiva, pues, no se ha acudido para la regulación de la prisión provisional a la que se ha llevado a cabo en otros países de nuestro entorno cultural y geográfico e, igualmente, se ha utilizado escasamente el CEDH y la jurisprudencia emanada del máximo órgano intérprete de dicho texto fundamental.

En atención, por tanto, a los datos hasta ahora expuestos parece conveniente, dentro del marco de la proyectada reforma procesal, una modificación y actualización de la prisión provisional que atienda a las soluciones que funcionan en el resto de los países europeos.

Tal afirmación la realizamos habida cuenta del imperfecto funcionamiento de la prisión preventiva en España, que genera importantes quiebras que requieren una solución legislativa.

A título de ejemplo cabría plantear como causas del mencionado mal funcionamiento las siguientes:

a) La enorme confusión existente en torno a la finalidad de la prisión provisional que impide, en los casos en que se adopta al margen de un interés asegurativo del proceso, la oportuna motivación de los autos de prisión, motivación que parece venir impuesta por el propio art. 24,2 de la CE.⁷ Igualmente, dicha falta de claridad al respecto y el carácter casi taxativo de los motivos contenidos en el art. 503 provoca una no conveniente automaticidad en el acuerdo de la prisión preventiva en la práctica.

5. Vid. al respecto, ASENCIO, *op. cit.*, pp. 104 y ss. TEDH Asunto Stogmuller 10-XI-1969; Wemhoff, 27-VI-1968; Neumeister, 27-VI-1968; etc.

6. Vid. MUÑOZ CONDE y MORENO CATENA, *La prisión provisional en el Derecho español*, en *La reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1980, p. 419. V. CASTELLANO CERVERA, *Consideraciones sobre la prisión provisional*, C.P.Crim., n.º 13-1981, pp. 165 y ss.

7. Sobre motivación de los autos de prisión provisional, vid. ASENCIO, *op. cit.*, pp. 205 y ss.

3. Modificación que para J. FERNÁNDEZ ENTRALGO, *El sentido de la prisión provisional y la Ley Orgánica 10/1984, de 26 de diciembre*, Rev. La Ley, 18 de octubre de 1985, tiene el carácter de «sospechosa» en tanto que, según este autor, pretendió atribuir a la prisión preventiva finalidades opuestas a la estricta cautelar.

4. La gravedad de la pena osciló entre prisión mayor en 1882 y arresto mayor en 1980. Los antecedentes se remitían a la fórmula «buenos antecedentes» en 1882 y a la de «antecedentes penales» en 1980. Las circunstancias del hecho fueron sustituidas en 1980 por «circunstancias del inculpado» y «circunstancias modificativas», etc. Vid. J. M. ASENCIO MELLADO, *La prisión provisional*, Madrid, 1987, pp. 65 y ss.

b) El elevado número de presos preventivos y los problemas que de ello se derivan en orden a un no deseable hacinamiento penitenciario que impide la realización práctica de los dictados de la LOGP.

En este sentido sería conveniente una reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en aras a su adecuación a la Ley Penitenciaria en orden al cumplimiento de la prisión provisional debido a la obsolescencia de la norma procesal y la falta de regulación en ella de aspectos desarrollados en la LOGP.

Fundamentalmente habría que arbitrar soluciones que supongan una mejora en las condiciones de los presos preventivos ya que, en la realidad, su situación suele ser más dura incluso que la de los penados, como lo demuestra el hecho de la mejora en la conducta al pasar a penados.⁸

c) La lentitud del proceso penal que da lugar a que se agoten los plazos máximos de duración de la prisión provisional y, consecuentemente, deje de cumplir sus más importantes funciones de aseguramiento del proceso y de la pena. Pero, con ser ello grave, no lo es menos la poco plausible regulación de la indemnización por el cumplimiento de una prisión provisional injusta efectuada por el art. 294 LOPJ, que obliga a acudir a una compleja interpretación de los arts. 292 LOPJ y 121 CE, ante la poca generosidad del supuesto objetivo contemplado en el citado art. 294 LOPJ.

I. PRINCIPIOS INFORMADORES DE LA REFORMA

Una vez destacada la necesidad de una reforma de la prisión provisional que se adecúe a las exigencias que reclama nuestra actual sociedad, dentro del más amplio marco de la reforma procesal general, parece oportuno pasar a exponer los diversos aspectos en los cuales debe incidir el legislador, tales como su finalidad, presupuestos de adopción, duración, etc...

No obstante, y antes de pasar al desarrollo de todos y cada uno de estos puntos concretos, es conveniente, aunque lo sea de forma breve, hacer una somera referencia a aquellos principios —en algún caso de

8. Vid. CASTELLANO, *op. cit.*, p. 165. También G. LANDROVE DÍAZ, *Prisión preventiva y penas privativas de libertad*, en *Estudios penales y criminológicos*, Santiago de Compostela, 1984, pp. 981 y ss.

9. Sobre este tema, vid. C. MOVILLA ALVAREZ, *El poder judicial*, con P. ANDRÉS IBÁÑEZ, Madrid, 1986, pp. 7. También ASENCIO, *op. cit.*, pp. 287 y ss.

rechos fundamentales—, que como consecuencia de informar la prisión provisional han de presidir, en buena lógica, la regulación que resulte de la modificación de la actual norma procesal.

A este respecto han sido destacados dos principios como básicos en materia de prisión provisional, éstos son el derecho a la presunción de inocencia, y el principio de proporcionalidad.

A) El derecho a la presunción de inocencia

El derecho a la presunción de inocencia constituye el principio inspirador y rector por excelencia del régimen de la prisión provisional y, en consecuencia, extiende sus efectos a todo el ámbito de operatividad de dicha medida.

Ello aparece con claridad si se tiene en cuenta que, de acuerdo con el art. 24,2 CE, tal presunción sólo se destruye mediante la oportuna sentencia condenatoria que declare de forma definitiva la culpabilidad de una determinada persona. Por tanto, y en tanto los presos preventivos se encuentran privados de libertad sin haber sido declarados aún culpables, su situación deberá ser, en la mayor medida posible, compatible con el estado procesal de inocencia inherente al momento en el que se encuentran.¹⁰

Así pues, y dejando de lado el tema, importante teóricamente, pero de escasa transcendencia práctica, relativo a la vulneración que la prisión constituye en sí misma del derecho a la presunción de inocencia,¹¹ qué duda cabe de la necesidad de su existencia para evitar la frustración de innumerables procesos penales.

Por tanto, y habida cuenta de su inexcusable regulación, es preciso destacar aquellos puntos en los cuales habrá de incidir en una mayor medida la presunción de inocencia en aras de una regulación de la prisión preventiva en la forma más acorde posible con el mencionado derecho fundamental.

Éstos son:

a) Motivos concurrentes para su adopción. En este punto la ley habrá de expresar un listado de motivos de una suficiente importan-

10. Vid. G. D. PISAPIA, *Compendio di procedura penale*, Padua, 1982, p. 256. FERNÁNDEZ ENTRALGO, *op. cit.*

11. Cf. L. RODRÍGUEZ RAMOS, *La prisión preventiva, ¿pena anticipada, medida cautelar y/o medida de seguridad?*, *Rev. La Ley*, 17 de abril de 1984. P. ANDRÉS IBÁÑEZ, *Cien años después. Lo que queda de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, *R.P.Jud.*, n.º 4, septiembre de 1984, p. 44.

cia como para justificar una privación de libertad de carácter provisional. Igualmente, su valoración por parte del juez deberá ser discrecional, ya que la adopción de manera automática podría ser contraria a la presunción de inocencia.¹²

b) Motivación de los autos de prisión. Que habrán de indicar los hechos en que se basa el juez, los motivos de los que deriva la necesidad de su acuerdo, así como la finalidad que se persigue mediante su adopción. Tal motivación viene exigida por constituir la prisión provisional una anticipación de los efectos de la futura sentencia, siendo así que nuestro TC ha requerido la motivación fáctica de las sentencias penales.¹³

c) Cumplimiento de la prisión provisional. Para evitar el riesgo antes mencionado de la mayor gravedad de la prisión preventiva frente a la pena definitiva.

En este sentido, y dada la situación de nuestros establecimientos carcelarios, no parece posible, en realidad, una mejora sustancial de las condiciones de los preventivos, ni del cumplimiento de las normas de la LOGP relativas a la separación por centros y, en ocasiones, ni aun la interna.

Así, pues, podría ser oportuno el favorecimiento de medidas alternativas que paliaran de algún modo los problemas apuntados.

d) Duración de la prisión provisional. Que debe adecuarse a la exigencia de un proceso sin dilaciones indebidas —solución idónea para evitar los excesos de cumplimiento—, y en última instancia el establecimiento de plazos razonables que disminuyan el riesgo de identificar la prisión provisional y la pena.¹⁴

Hay que tener en cuenta que el transcurso del tiempo, como expone el TEDH,¹⁵ disminuye el peligro de fuga, y el mantenimiento de la prisión preventiva puede, en estos casos, ser contrario a la presunción de inocencia.

12. Cf. G. ILLUMINATI, *Osservazioni in tema di libertà provvisoria (a proposito dell'art. 2 della L. 15 dicembre 1972)*, *Rev.it.dir. e proc.pen.*, 1973-3, pp. 603 y siguientes.

13. *Vid.* STC 174/1985 y 175/1985, 17 de diciembre.

14. *Vid.* STC 174/1985 y 175/1985, 17 de diciembre. *Vid.* ASENCIO MELLADO, *La prueba. Garantías constitucionales derivadas del art. 24,2, Poder Judicial*, octubre-diciembre de 1986.

15. TEDH *Asuntos Neumeister y Wemhoff*.

B) El principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad implica la necesidad de que exista una adecuación entre el medio utilizado y el fin propuesto, lo cual, en materia de prisión provisional se traduce en la conveniencia de que tal medio, por regla general, no suponga limitación o restricción alguna de derechos fundamentales, esencialmente el de la libertad.

Concretamente, este principio se desenvuelve en dos vertientes: una la consideración de la libertad como regla y su privación como la excepción; otra la necesidad de que la ejecución de la prisión preventiva restrinja en el menor grado posible derechos esenciales distintos al reconocido en el art. 17,1 de la CE.

De este modo, de acuerdo con lo expresado por el art. 1,1 CE, la libertad se erige en uno de los valores esenciales del Estado social y democrático de Derecho, y su restricción tan sólo será posible en los casos y la forma previstos por la ley (art. 17 CE), esto es, la libertad ha de ser siempre considerada como la regla y su privación como la excepción.

Así pues, la prisión provisional únicamente habrá de ser adoptada en los casos en que sea totalmente necesaria para el cumplimiento de sus fines y, consecuentemente, asegurar el proceso,¹⁵ sin que pueda decretarse cuando los mismos sean susceptibles de alcanzarse por otra vía diferente, en especial, y como más adelante veremos, a través de las medidas alternativas que la ley en su caso contemple.

De la misma manera, el principio de proporcionalidad incidirá en el cumplimiento de la prisión preventiva impidiendo la limitación de derechos cuya privación no venga obligada por los motivos que sirvieron de base para su acuerdo.¹⁶

II. FINALIDAD DE LA PRISIÓN PROVISIONAL

Uno de los temas más complejos en la regulación de la prisión provisional es aquel que hace referencia a las funciones que se asignan a esta medida, y ello porque la concreción de las mismas depende de

15. *Vid.* M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, Milán, 1982, p. 286. G. DE LUCA, *Lineamenti della tutela cautelare penale. La carcerazione preventiva*, Milán, 1953, pp. 16 y 89.

16. ASENCIO, «La prisión...», p. 138.

una manera directa de la naturaleza que se atribuya a la presente restricción provisional de libertad.

Por regla general, son cuatro las finalidades que se predicán de la prisión preventiva cuales son: la evitación de la frustración del proceso impidiendo la fuga del reo; el aseguramiento del éxito de la instrucción y la no ocultación de futuros medios de prueba; obstaculizar la reiteración delictiva y, por último, satisfacer las demandas sociales de seguridad de forma inmediata.¹⁷

De todas estas funciones mencionadas sólo alguna goza en la actualidad de un fundamento legal directo y de un asentimiento teórico generalizado, mientras que por el contrario, la gran mayoría no están plasmadas de manera expresa en la ley y tan sólo su aplicación resulta a través de una interpretación amplia de la norma. Tal es el caso del peligro de reiteración o la satisfacción de sentimientos de «vindicta», para lo cual se aplican los motivos relativos a los «antecedentes», «alarma social» y «frecuencia» del art. 503 de la LECrim. y, en ocasiones, sin la existencia de un real y verdadero peligro de fuga.

No obstante, y habida cuenta de la regulación en el derecho comparado de ciertas funciones no expresamente admitidas en nuestra norma procesal penal, así como su aplicación práctica, con vistas a una reforma de la prisión provisional parece conveniente, como primer paso al desarrollo concreto y pormenorizado de sus rasgos más puntuales, realizar una serie de precisiones al respecto de un punto tan esencial como lo es el de la finalidad, ya que sin duda alguna toda la regulación normativa habrá de responder al aspecto teleológico que la inspire.

A) Evitar la frustración del proceso impidiendo la fuga del reo

Esencialmente esta función se concreta en dos más precisas, cuales son el aseguramiento de la presencia del imputado en el proceso para garantizar su desarrollo, y el también aseguramiento del cumplimiento de la futura y eventual pena a imponer.¹⁸

Nos encontramos, pues, ante dos funciones correlativas que se

17. Vid. J. FERNÁNDEZ ENTRALGO, *La prisión provisional*, RGD, n.º 496-497, enero-febrero de 1986, p. 9.

18. Sobre tales funciones, vid. MORENO CATENA, «En torno a...», p. 640. M. ORTELLS RAMOS, *Para una sistematización de las medidas cautelares*, RGLJ, mayo de 1978, p. 448; F. SOTO NIETO, *La prisión y la libertad provisionales vistas por un juez*, R.D.Proc., 1955, pp. 579-580.

encuentran en la base de la más estricta naturaleza cautelas de la prisión provisional.

Se trata de finalidades perfectamente plasmadas en la norma y que constituyen el punto neurálgico de la regulación de la prisión preventiva, siendo así que la expresión legal de los motivos que han de concurrir para su adopción responden de una manera muy amplia a este específico fin.

En consecuencia, entendemos, la futura reforma debiera estar presidida, fundamentalmente, por estas dos funciones, típicamente cautelares, y que la prisión provisional habría, básicamente, de tender al aseguramiento de la presencia del imputado en el proceso y al cumplimiento posterior de la pena.

B) Asegurar el éxito de la instrucción e impedir la ocultación de futuros medios de prueba

A diferencia de lo que ocurre con la función antes señalada, la que ahora mencionamos no goza de un asentimiento generalizado en la doctrina, encontrándose los autores del Derecho Procesal divididos en torno a su admisibilidad.

La razón esencial de estas divergencias reside en la naturaleza que se atribuye a la prisión provisional y, en consecuencia, en la falta de unanimidad respecto a la adecuación entre aseguramiento de la prueba y la definición de la prisión preventiva como medida cautelar.

Si se acepta que la prisión provisional es esencialmente una resolución cautelar, cualquier finalidad que se le quiera habrá de acomodarse a los caracteres propios de tales actos jurisdiccionales. Si, por el contrario, se proclama una naturaleza distinta, no hay duda alguna de la posibilidad de conferir a la prisión preventiva pretensiones diferentes.

Nosotros preferimos partir de su conceptualización como medida cautelar y, en consecuencia, la primera pregunta que nos hemos de hacer reside en saber si la función que aquí se trata es o no encuadrable en las comúnmente admitidas como cautelares.

De este modo, son muchos los autores que estiman adecuado el aseguramiento de la prueba a la naturaleza cautelas de la prisión provisional y ello porque mediante esta labor se pretende garantizar la propia efectividad práctica del proceso, lograr su buen fin, ya que, en caso contrario, el procedimiento podría frustrarse, aun con la presen-

cia del imputado, por falta de material fáctico, pruebas, etc... necesarios para el descubrimiento de la verdad material.¹⁹

Otros autores, sin embargo, estiman que la adopción de la prisión provisional en atención únicamente a esta finalidad no es admisible en tanto que *por sí sola* no explica el fenómeno cautelar.²⁰

Ambas posturas, estimamos, no son del todo punto irreconciliables ya que, si bien no parece que esta función por sí sola pueda justificar una privación de libertad, tampoco puede afirmarse tajantemente que la prisión provisional no sea un medio idóneo para la consecución de dicho fin sin un menoscabo real de su naturaleza cautelar.

Se trata, pues, de dilucidar si la función aseguradora de las pruebas constituye o no una función esencial de la prisión provisional y, en caso contrario, si su establecimiento de este modo podría ser admitido sin reservas con las consiguientes garantías.

Así, en nuestro derecho interno, el antiguo art. 520 de la LECrim. consagraba la posibilidad de restringir la libertad de una persona a los efectos de «impedir las comunicaciones que puedan perjudicar la instrucción de la causa», dicción que permitía adoptar la prisión provisional con la intención de asegurar el buen fin del sumario e impedir la desaparición de cualquier tipo de prueba.

Una vez suprimido este precepto, no hay en la actualidad norma alguna que permita el acuerdo de la prisión preventiva con la única finalidad de asegurar la prueba, si bien, una vez decretada la medida, qué duda cabe de que se convierte en un medio idóneo y eficaz al respecto y, esencialmente, en los casos en que reviste la modalidad de prisión incomunicada.²¹

Por el contrario, en el derecho comparado esta función está consagrada como esencial y al mismo nivel que el aseguramiento de la persona del imputado y la futura pena.

Ello es lo que ocurre, vg. en la RFA, país en el que el peligro de oscurecimiento (*Verdunkelungsgefahr*) se eleva a rango fundamental²² y se establece como motivo justificativo de la prisión provisional la posibilidad de que el imputado oculte o manipule los medios de prueba,

19. Cf. H. MATTES, *La prisión preventiva en España*, Madrid, 1975, p. 20. F. CARRARA, *Inmortalità del carcere preventivo*, en *Opuscoli di diritto criminale*, Florencia, 1902, p. 312. STEFANI, LEVASSEUR, BOULOC, *Procédure penale*, París, 1984, páginas 644-645.

20. Vid. DE LUCA, *op. cit.*, p. 16.

21. Cf. MORENO CATENA, *op. cit.*, pp. 644 y ss. ORTELLS, *op. cit.*, p. 455.

22. Parágrafo 112, 2-3. Vid. J. L. GÓMEZ COLOMER, *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Barcelona, 1985, p. 307.

influya en los correos, testigos, etc... o induzca a otros sujetos a tales conductas. Igualmente, en un sentido muy parecido se expresa el artículo 144,1 del CPP francés.

Así las cosas y habida cuenta de la inexistencia en nuestro ordenamiento jurídico interno de una norma similar a las arriba mencionadas y, consecuentemente, la imposibilidad en el momento actual de adoptar la prisión provisional únicamente en base a esta función, sería conveniente plantearnos no sólo la oportunidad, sino también su admisibilidad de *lege ferenda*.

Como hemos puesto de manifiesto, la finalidad que aquí se comenta, aún no siendo totalmente de carácter cautelar en tanto que, vg. no tiene una relación directa con la presunta pena a aplicar, es susceptible de ser acogida en una futura reforma para lo cual, no obstante, y al suponer la prisión provisional una anticipación de los efectos de la condena, requiere de ciertas garantías que pueden venir impuestas por la presunción de inocencia.

1. Gravedad del delito

Aún no pretendiendo en estos casos prevenir un peligro de fuga (lo cual podría darse conjuntamente), no se puede establecer la prisión provisional totalmente al margen de una posible penalidad, y ello por una razón esencial cual es la de evitar su conversión en una sanción anticipada, con riesgo de ser superior a la pena futura.

En este sentido la gravedad del delito cometido no tendría porqué coincidir con la requerida a los efectos de asegurar la presencia del imputado.

Igualmente, la ley debiera contener un catálogo de delitos en los cuales, en principio, parece más necesaria esta función, tales como los económicos, los cometidos por bandas organizadas, etc...

2. Duración

La duración de la prisión provisional en estos casos habría de reducirse considerablemente respecto del régimen ordinario en tanto que el aseguramiento de la prueba, para ser eficaz, ha de, igualmente, producirse de inmediato.

3. Motivación

El auto habría de ser suficientemente motivado para no frustrar el derecho de defensa y contener, aunque lo sea de forma sucinta, los hechos que fundamentan el acuerdo de prisión.²³

Obviamente, habrán de adoptarse las medidas adecuadas para impedir que la motivación afecte al fin de la prisión provisional, pero, en todo caso, sin que se produzca un menoscabo considerable del derecho de defensa.

C) Evitar la reiteración delictiva por parte del imputado

La función de evitación de la comisión de nuevos delitos por parte del imputado, se encuentra admitida en el derecho comparado en países como la RFA o Francia.

En la RFA aparece expresamente recogida en el párrafo 112 StPO como finalidad esencial de la prisión provisional, si bien su inclusión en este texto legal en 1964 no estuvo exenta de problemas, hasta el punto de que el Tribunal Constitucional alemán tuvo que pronunciarse al respecto señalando la necesidad de que coincidiera de algún modo un determinado peligro de fuga u ocultación de pruebas.²⁴

En Francia, sin embargo, y dada la calificación de la prisión provisional como medida de seguridad, no causa extrañeza alguna la configuración de una función como la presente en el art. 144 CPP.²⁵

Del mismo modo, se admite en el art. 5,1 del CEDH, donde incluso se reconoce la posibilidad de una privación de libertad para evitar que un individuo cometa un determinado delito aun no habiendo realizado actividad ilícita anterior alguna.

En España, por el contrario, no se prevé expresamente esta función aunque, de alguna manera, se ha querido ver en el art. 503 de la LECrim. al requerir como motivo de adopción de la prisión provisional los «antecedentes», una vía abierta para su legitimación.

No obstante, no parece que la concurrencia de antecedentes permita decretar la prisión preventiva para atender a la reiteración delictiva de forma directa a juzgar por dos datos: el primero la necesidad de que

23. Vid. M. CHIVARIO, *In tema di motivazioni del mandato di cattura*, Riv.it. dir. e proc.pen., 1963, pp. 332 y ss.

24. Vid. S. BARONA VILAR, *La prisión provisional y sus alternativas en el proceso penal*, Valencia, 1986, inédita, p. 42.

25. L. RODRÍGUEZ RAMOS, «La prisión preventiva...».

aparezca siempre la comisión de un hecho delictivo de una determinada gravedad, gravedad que, normalmente, lleva aparejada una presunción de incomparecencia,²⁶ el segundo que los «antecedentes», en el contexto de los arts. 503 y 504 de la LECrim., hacen referencia no tanto a la peligrosidad, cuanto a la habitualidad delictiva del sujeto, la cual revela, normalmente, un peligro de sustracción al proceso.²⁷

Así, pues, partiendo de nuestra realidad legal actual y de las normas reseñadas del derecho comparado, parece oportuno plantearnos la posible virtualidad de esta finalidad para erigirse, de *lege ferenda*, como esencial en materia de prisión provisional.

A tal efecto hay que considerar la naturaleza de la prisión preventiva y su adecuación a una medida privativa provisionalmente de la libertad.

Si se afirma la naturaleza cautelar de la prisión provisional no parece posible introducir criterios de evitación de la reiteración delictiva en las normas reguladoras de tal resolución judicial, y ello porque en tal supuesto la prisión preventiva hace abstracción de fines asegurativos de la paz social y atiende, esencialmente, a la efectividad del proceso por su propio carácter instrumental, carácter que queda diluido en caso contrario.

En este marco no son susceptibles de valoración datos atinentes a la personalidad más o menos peligrosa del sujeto, su conducta, etc..., que constituyen, si no atienden a antecedentes delictivos, criterios de valoración extrajurídicos que, además, plantearían el problema del sujeto encargado de emitirlos.²⁸

Por tanto, su inclusión o no en el nuevo Código Procesal Penal vendrá determinada por la naturaleza que quiera atribuirse a la prisión provisional. Si se le confiere naturaleza diferente a la cautelar será admisible en base a la necesidad de tutelar exigencias de seguridad colectiva.²⁹ Si, por el contrario, se afirma su carácter cautelar, no podrá positivarse una función que responde a ideas de prevención especial más propias de la pena o de las medidas de seguridad.³⁰

No obstante, hay que tener en cuenta los problemas que puede suscitar su implantación en la ley procesal a la luz de nuestro texto cons-

26. M. IBÁÑEZ Y GARCÍA DE VELASCO, *Curso de Derecho procesal penal*, Madrid, 1969, p. 199.

27. ASECIO, «La prisión...», pp. 91 y ss.

28. ASECIO, «La prisión...», pp. 107-108.

29. Cf. MATTES, *op. cit.*, p. 20. AGUILERA DE PAZ, *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Madrid, 1924, p. 190. CARRARA, *op. cit.*, p. 312.

30. ORTELLS, *op. cit.*, p. 455.

titucional, y ello por dos razones: la primera por atribuir a la prisión provisional finalidades típicas de la pena en virtud de una justificación —que aunque real no debiera por ello ser susceptible de consagración legal— cual es el no cumplimiento de tales funciones por la pena debido al retraso excesivo en la tramitación de los procedimientos;³¹ la segunda porque la evitación de la reiteración delictiva parte de una presunción de culpabilidad³² que puede ser contraria a la de inocencia predicable de cualquier sujeto pasivo.

D) *Satisfacer las demandas sociales de seguridad de forma inmediata*

La presente finalidad goza de una gran similitud con la anteriormente comentada a la que suele ir unida con frecuencia, puesto que en el fondo de ambas late una misma intención, cual es la de tranquilizar la inquietud ciudadana amenazada por la inseguridad.

En consecuencia, y a primera vista, la aceptación de aquella podría suponer, de algún modo, asumir esta última.

Sin embargo, tal afirmación no puede realizarse de manera tajante, y aunque su naturaleza sea semejante, en ambos casos se parte de presupuestos diferentes. Así, la finalidad de evitar la reiteración delictiva atiende fundamentalmente a la peligrosidad del sujeto con mayor abstracción de la clase de delito cometido. Por el contrario, la función que aquí comentamos se remite básicamente a la naturaleza del hecho delictivo, sus circunstancias, frecuencia y las consecuencias que su comisión produce en el seno de la sociedad. Se atiende, pues, en menor medida a la persona del imputado y su habitualidad.

En definitiva, si aquella responde a ideas típicas de prevención, ésta lo hace a exigencias más bien de naturaleza retributiva o vindicativa.

En España, la finalidad retributiva de la prisión provisional no está admitida de forma expresa, si bien, como es sabido, se puede extraer indirectamente de criterios, tales como la «alarma social» o la «frecuencia», recogidos en el art. 503 de la LECrim.,³³ los cuales, sin embargo, no autorizan la adopción de la prisión provisional sino en los casos en que concurra un delito de determinada gravedad, esto es, ha de darse, aunque lo sea de forma relativa, un mínimo peligro de fuga.

31. J. SOLCHAGA LOITEGUI, *Consideraciones sobre la tutela de la seguridad personal en la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Rev. P.Jud., n.º 4, septiembre de 1982, p. 60.

32. MORENO CATENA, *op. cit.*, p. 649.

33. Sobre estos conceptos, *vid.* ASECIO, «La prisión...», pp. 123 y ss.

Así las cosas es conveniente plantearse en este momento la admisibilidad de la inclusión de una función como la que aquí se comenta en el futuro Código Procesal Penal, cuestión que entendemos, y al igual que en el supuesto anterior, dependerá de la naturaleza que se atribuya a la prisión provisional.

De este modo, determinados autores³⁴ entienden que la prisión preventiva puede y debe cumplir una labor específica de ejemplaridad social necesaria, para asegurar de forma inmediata el orden perturbado por el hecho delictivo, debido a la imposibilidad de que la pena pueda desempeñar este papel de forma eficaz como consecuencia de la duración del procedimiento penal.

Por el contrario, tal finalidad se suele rechazar por su carácter claramente intimidativo³⁵ que no responde en modo alguno a la naturaleza esencialmente cautelar de la prisión provisional, por lo que creemos que una eventual reforma de la regulación de la prisión provisional debiera erradicar de la ley conceptos como la alarma social y la frecuencia, que desvirtúan la prisión preventiva y la colocan en una situación enojosa como remedio a un mal funcionamiento de la justicia penal.

III. PRESUPUESTOS DE LA PRISIÓN PROVISIONAL

Como se infiere de lo hasta ahora expuesto, la prisión provisional se adopta en atención al cumplimiento de determinados fines, y recae sobre sujetos respecto de los cuales rige la presunción de inocencia.

En consecuencia, su acuerdo ha de atender a ciertos presupuestos de los que pueda derivarse la necesidad de la privación de libertad a efectos de la consecución de los intereses propuestos.

Evidentemente, la prisión provisional tiende a prevenir riesgos que se derivan del excesivo retardo en la tramitación de los procedimientos, riesgos que han de presumirse a partir de datos de diverso tipo.

Aparece así, pues, la necesidad de que la ley establezca una relación de motivos en orden a los cuales se puedan construir unas presunciones de las que extraer los peligros de fuga, oscurecimiento de la prueba y cualesquiera otras que el legislador estime oportuno amparar.

34. L. GRANATA, *op. cit.*, p. 47. M. C. CALVO SÁNCHEZ, *De nuevo sobre la prisión provisional. Análisis de la Ley Orgánica 10/1984, de 26 de diciembre*, Rev. La Ley, 22 de marzo de 1985.

35. ORTELLS, *op. cit.*, pp. 457-458.

Pero, antes de proceder a establecer un catálogo de motivos a los efectos señalados, conviene efectuar dos tipos de reflexiones generales relativas al modelo a seguir en la valoración de los mencionados criterios.

Por un lado cabría plantearse si los «estándares» marcados por la ley habrían de comportar, en todo caso, y sin posibilidad alguna de apreciación por el juez, la adopción automática de la prisión provisional.

Por otro lado, si la ley debe sancionar un *numerus clausus* de motivos o, si por contra, únicamente habrá de establecer un catálogo indicativo susceptible de ser completado con otros de similar naturaleza.

No nos mostramos favorables, contestando a la primera cuestión, a la instauración de un sistema, similar al italiano,³⁶ que consagre la prisión provisional obligatoria, aunque lo sea excepcionalmente, ya que, en este caso, podría resultar vulnerado el derecho a la presunción de inocencia por dos razones una, porque los criterios legales con máximas de la experiencia que indican que ante su concurrencia suele darse una conducta determinada, pero que en todo caso, y por imperativo constitucional derivado del art. 24,2 requieren una valoración individualizada. Otra razón, íntimamente relacionada con la anterior, se justifica en que en tales supuestos el auto no sería susceptible de motivación.

En cuanto a la segunda cuestión cabe decir que en nuestro país, en este momento, si bien la Ley de Enjuiciamiento Criminal no prohíbe el atender a motivos distintos de los que en ella se recogen, y así no hay inconveniente alguno en aplicar cualesquiera otros, en especial los consagrados por el TEDH,³⁷ la realidad es que, en la práctica, escasamente se atiende a criterios diferentes a los contemplados en la norma procesal penal.³⁸

Por tanto, y de *lege ferenda*, podría ser conveniente que la norma expresara el carácter meramente indicativo de los «estándares» que

se consideren como más relevantes, y ello porque de este modo se consagraría un modelo realmente facultativo.

No obstante, y para evitar la arbitrariedad o que se atendiera a motivos totalmente ajenos a la función que debe cumplir la prisión provisional, debería limitarse la posibilidad de acoger criterios incompatibles con la finalidad que se asigne a la prisión preventiva.

Partiendo, pues, de estos postulados, podría resultar conveniente que el nuevo Código Procesal Penal contuviera ciertos criterios, hasta ahora desconocidos en nuestro derecho interno, pero útiles a los fines de la prisión provisional y que conjugados con los ya clásicos se podrían agrupar en dos grandes rúbricas:

a) *Objetivos*

Los referidos al delito imputado, su naturaleza, gravedad y circunstancias de su comisión.

Igualmente aquí tendría cabida la incomparecencia del imputado al llamamiento judicial.

b) *Subjetivos*

Los relativos al imputado. Tanto los que afectan a su persona, como los atinentes a su vida familiar y a su patrimonio.

De *lege ferenda*, y como ya se ha indicado, sería conveniente la sujeción de ciertos criterios, tales como la «alarma» y la «frecuencia», de los cuales no se desprenden consecuencias susceptibles de ser valoradas en atención a la adopción de la prisión provisional y que, en todo caso, responden a funciones propias de la pena.

A) *Criterios objetivos*

Los motivos que se instauren en atención a esta rúbrica son preeminentes respecto de los subjetivos, es decir, su apreciación es prioritaria y condicionante de la adopción de la prisión provisional.

Tan sólo en los casos en que aparezca un delito de determinada gravedad se podría decretar la prisión preventiva, que no sería acordada ante un delito leve aunque concurrieran las circunstancias contenidas en el catálogo calificadas como subjetivas.

Ahora bien, aún dándose los «estándares» objetivos, no sería posi-

36. Vid. art. 253, C.P.P.i. Cf. DE LUCA, *op. cit.*, pp. 34 y 43.

37. Que son de aplicación interna en tanto que la ratificación por parte española del CEDH conlleva la aceptación de la interpretación que realiza el TEDH de dicho texto legal Vid. E. LINDE PANIAGUA, *Protección de los derechos fundamentales y libertades públicas en la Constitución española de 1978*, RGLJ, mayo de 1981, p. 503.

38. Como expone E. AMODIO, *La tutela della libertà dell'imputato nella Convenzione Europea del diritto dell'uomo*, Riv.it.dir. e proc.pen., 1967-3, p. 847, los Tribunales internos suelen desconocer los principios consagrados en la Convención y, en mayor medida, la jurisprudencia del TEDH.

ble imponer la prisión preventiva, si apareciera que razones subjetivas aconsejan la libertad del imputado o su sometimiento a una medida alternativa.

En función, pues, de estas reglas mínimas, se puede entrar ya a esbozar muy brevemente un catálogo de criterios objetivos, los cuales pueden reconducirse a los dos antes mencionados de la gravedad y naturaleza del delito por un lado, y la incomparecencia del imputado por otro lado.

a) *Delito imputado*

La primera cuestión que se plantea en este punto es la del modelo a seguir en la plasmación legal de tal criterio, esto es, si se sigue el sistema tradicional de atender a la gravedad de la pena previsible o, si por el contrario, se establece un listado de delitos cuya concurrencia haga devenir la imposición de la prisión provisional.

De optar por la segunda solución podría surgir la pregunta relativa a la finalidad a la que respondería la plasmación de una relación de delitos con exclusión de otros. Así, si se entiende que lo es a la gravedad manifiesta de los mismos, se podría concluir su poca virtualidad en tanto que de este modo estaríamos ante un sistema similar al actual de la gravedad de la pena, y tan sólo sucedería un cambio nominal.

Si, por el contrario, se pretende que los delitos relacionados en la ley atiendan a otros fines lo que se estaría haciendo es introducir, tal vez, criterios ajenos a la prisión provisional, como la retribución delictiva, esto es, algo parecido a lo que ocurre en la actualidad con la «alarma social» o la «frecuencia».

En consecuencia, pues, el sistema del listado de delitos por sí solo, no parece que pueda admitirse sin reservas y, en todo caso, de instaurarse, debería serlo previa sanción de una pena mínima a partir de la cual se pudieran concluir los peligros de fuga u oscurecimiento de la prueba.

De no ser ello así, esto es, de no establecer una gravedad mínima del delito, podríamos encontrarnos ante un sistema absolutamente discrecional, como ocurre en la RFA, pero que acarrearía dos serios inconvenientes: en primer lugar que aun tratándose de delitos de la misma naturaleza su sanción real puede ser diferente en atención a las circunstancias modificativas, cuya apreciación nos conduce a la instauración del sistema actual de la gravedad del delito. En segundo lugar, que el modelo del listado no permite establecer de forma directa unos plazos

máximos de duración de la prisión provisional que atiendan a cada caso concreto y adecuados a la futura pena y dilación de la tramitación del proceso.

Por tanto, y en conclusión, nos parece más apropiado el sistema actual, vigente vg. también en Italia, de establecimiento de un grado determinado de penalidad a partir del cual se pueda acordar la prisión provisional, pero con dos matizaciones: por un lado la necesidad de valorar cada supuesto concreto en función de las circunstancias modificativas; por otro lado, la conveniencia de aumentar el actual límite cuantitativo mínimo reduciéndolo a penas superiores a cuatro años de privación de libertad sin posibilidad, salvo excepciones plenamente justificadas, de imponer la prisión provisional ante penas inferiores.

En tales casos debieran operar otras vías, fundamentalmente la creación de procedimientos abreviados y de duración limitada.

Ahora bien, esta solución no excluye la enumeración de ciertos delitos frente a los cuales la prisión provisional se debiera adoptar con mayor libertad en atención no ya a la gravedad de la pena, sino al interés social en su persecución y al peligro que supone la libertad de sus autores, que aconsejan el correr los menos riesgos posibles de evasión del imputado, tales como los delitos de terrorismo, genocidio, los cometidos por bandas organizadas, etc...

Igualmente, tampoco el actual sistema se opone a la confección de un catálogo indicativo de delitos respecto de los cuales, en general, puede ser necesaria la prisión provisional para evitar la ocultación de pruebas, como los delitos económicos.

b) *Incomparecencia*

Sabido es que la prisión provisional se adopta en atención fundamentalmente a un peligro de fuga extraído de una serie de presunciones, tales como la gravedad del delito, antecedentes, etc..., que permiten sospechar la incomparecencia del imputado en el momento del juicio oral.

Así, se puede comprender la inclusión de esta causa que constituye la presunción más fundada de sustracción al proceso y que, por tanto, no precisa de la concurrencia de otro motivo distinto, incluso el de la gravedad de la pena, para el acuerdo de la prisión provisional.

Pero, para que, efectivamente, el acuerdo de la prisión provisional en estos casos lo sea de forma fundada, han de darse una serie de requisitos cuales son:

- Inexistencia de justificación alguna por parte del imputado para no acudir ante el juez.
- Que el llamamiento lo sea de un órgano jurisdiccional, no basta el efectuado por la policía.
- Que la citación sea personal o de cualquier modo que deje constancia de su conocimiento por parte del imputado.

B) Criterios subjetivos

Son este grupo de criterios los que precisan un mayor tratamiento legal al comportar un análisis más individualizado de la situación personal y humana del imputado, más alejado, pues, de valoraciones estrictamente legales como las constituidas por los «estándares» objetivos.

El vacío legal existente en este punto requiere una reforma que introduzca toda una serie de circunstancias de carácter subjetivo, las cuales se pueden agrupar en cuatro rúbricas.

a) Personales

El más importante es el constituido por los «antecedentes», actualmente recogido en el art. 503 de la LECrim, y que responde a una clara finalidad cautelar en tanto que no atiende a la evitación de la reiteración delictiva, sino a un dato cual es la habitualidad del imputado, elemento que permite sostener la incomparecencia de éste al proceso.

En consecuencia, por antecedentes hay que entender toda actividad del inculcado anterior al delito que ahora se le imputa, respecto de la cual fue condenado por sentencia ejecutoria y, en tanto, además, se está haciendo referencia a una habitualidad no necesariamente contrastada, también las declaraciones en rebeldía que sobre el sujeto pesen en el momento de decretar la prisión provisional.³⁹

Por su parte, el TEDH ha hecho reiteradamente mención a aspectos, tales como el carácter y moralidad del imputado, que este órgano del Consejo de Europa considera dignos de apreciación en el momento de ser adoptada la prisión preventiva, pero que a nuestro juicio deben ser analizados con cierta cautela por diversas razones.

39. Vid. M. GROSSO GALVÁN, *Los antecedentes delictivos. Su cancelación tras la Ley de reforma urgente y parcial del Código Penal y en la propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal*, Documentación Jurídica, vol. 1, enero-diciembre de 1983, p. 271.

Así, el primer problema que se plantea al respecto es el relativo al sujeto encargado de emitir los informes referidos a estos extremos, siendo así que la Ley de Enjuiciamiento Criminal en atención a la buena conducta —criterio similar— remitía su confección a los alcaldes de barrio, funcionarios de policía, etc...⁴⁰

En segundo lugar, que tales datos únicamente se tienen en cuenta en el momento de ejecución de la pena a efectos de aplicar el debido tratamiento penitenciario, así que de trasladar este examen a un momento anterior, se podría estar anticipando una labor estrictamente ejecutiva.

Por último, la propia naturaleza de una valoración como ésta que podría acarrear un elemento de arbitrariedad al chocar el carácter y costumbres del imputado con los valores propios de la ideología judicial.⁴¹

b) Económicos

Destaca en este apartado el dato relativo a la posibilidad de huir al extranjero, con un claro apoyo en el poder económico de un sujeto que posee relaciones y bienes fuera del territorio nacional. Su aplicación resultará esencial en materia de delincuencia económica fundamentalmente.

c) Lazos familiares

Hace referencia a la situación familiar del imputado, esto es, a su estado civil, si tiene o no hijos a su cargo, en definitiva, la dependencia económica de su familia respecto de él.

Su aplicación incidiría no sólo en la adopción de la prisión provisional, sino que su apreciación indicaría la conveniencia o riesgo de aplicar una medida alternativa como la prisión atenuada o la posibilidad de salir a trabajar fuera del establecimiento penitenciario.

40. Vid. J. V. GIMENO SENDRA, *Fundamentos del Derecho procesal*, Madrid, 1981, pp. 54 y ss.

41. Vid. GIMENO, *op. cit.*, pp. 63 y ss. J. J. TOHARIA, *El Juez español*, Madrid, 1975, pp. 78 y ss.

d) *Mixtos*

Esencialmente, cabe incluir en este grupo el «arraigo en el lugar»⁴² que, en general, absorbe a los anteriores relativos a las circunstancias económicas y familiares, pero que resulta más amplio que cada uno de ellos por separado.

En efecto, «arraigo» hace referencia a establecimiento o permanencia en un lugar determinado, criterio que denota un mayor o menor riesgo de evasión al proceso en tanto que las consecuencias de la huida habrán de ser muy superiores en estos casos que en los de personas sin un asentamiento fijo.

IV. FORMA Y REVISIÓN

A) *Forma*

En el momento actual, y por imperativo de los arts. 501 y 517 de la LECrim., la prisión provisional ha de ser adoptada por medio de auto, el cual deberá ser siempre decretado por una autoridad judicial —normalmente el Juez de Instrucción—, y contener una fundamentación suficiente para permitir el ejercicio del derecho de defensa (art. 248 LOPJ).

No obstante tales prescripciones, lo cierto es que en la práctica del foro no se cumplen con rigor tales exigencias, unas veces por la deficiente redacción de la norma, y otras por el uso reiterado de fórmulas no muy adecuadas.

Por ello, de *lege ferenda*, y para evitar los inconvenientes que se pueden derivar de dicha situación, podría ser oportuna la introducción expresa de algún precepto que estableciera con carácter imperativo los mandatos antes expresados.

a) *Órgano competente*

Partiendo de la necesidad de que, en todo caso, sean siempre los órganos integrantes del Poder Judicial los únicos facultados para adop-

42. Los criterios de arraigo, familia o establecimiento fijo no son extraños a nuestro Derecho interno, ya que fueron establecidos por el RD de 30 de septiembre de 1853.

tar la prisión provisional, el problema se centra, no obstante, en saber qué Juez o Tribunal ha de reputarse competente a tal efecto.

Si bien la regla general es el acuerdo de la prisión provisional por el Juez de Instrucción competente como consecuencia de ser éste el único legitimado para ordenar el procesamiento, resolución anterior a la privación de libertad,⁴³ el art. 502 de la LECrim., al hacer referencia y autorizar para ello a los jueces que actúan a prevención o por delegación, ha llevado a la doctrina a asumir posiciones en ciertos casos contradictorias.⁴⁴

Aunque una vía válida para la solución de este tema podría ser la de acudir a los supuestos establecidos en los artículos 497 a 500 de la LECrim.,⁴⁵ tal vez sea más lógico tender a unificar todos los supuestos en que el detenido es entregado a un juez incompetente, dado que cuando la entrega se realiza al competente es a éste al que corresponde ordenar la prisión o soltura.

En este sentido, entendemos que el supuesto contemplado en el art. 498 de la LECrim. podría constituir el modelo a seguir por ofrecer más ventajas que los restantes, siempre y cuando se establecieran ciertas garantías.

Así, el juez incompetente ante cuya presencia se pusiera al detenido, no debiera poder decretar la prisión provisional, sino tan sólo remitir inmediatamente el imputado al juez encargado de la causa, y ello por dos razones: la primera porque sólo el competente tiene conocimientos del asunto que le permiten realizar un examen profundo del caso y valorar la conveniencia o no de la prisión preventiva, conocimientos que no posee el juez incompetente que se limita a oír al detenido. La segunda razón es que, aun sin la existencia de esos motivos, el ingreso en prisión del sujeto y su remisión al juez competente por los canales de los traslados penitenciarios, puede extenderse en el tiempo más allá de lo razonable y permisible, siendo así que una vez el preso en presencia del juez encargado de la causa, puede resultar su puesta en libertad por insuficiencia de razones bastantes.

En consecuencia, estimamos que una solución uniforme podría ser

43. Vid. AGUILERA DE PAZ, *op. cit.*, p. 184. IBÁÑEZ Y GARCÍA DE VELASCO, *op. cit.*, página 200.

44. V. HERCE QUEMADA, *Derecho procesal penal*, Madrid, 1979, p. 208. AGUILERA DE PAZ, *op. cit.*, p. 184. MATTES, *op. cit.*, pp. 76-77. GIMENO SENDRA, *La detención en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en el Anteproyecto de Reforma*, RGD, 1977, pp. 484-485. Del mismo autor, *El auto de procesamiento*, RGLJ, septiembre de 1979, pp. 338 y ss.

45. Vid. ASENSIO, «La prisión...», pp. 212 y ss.

la de remitir, por vía distinta a la de los traslados penitenciarios, al preso ante el Juez de Instrucción competente, absteniéndose el incompetente de ordenar la prisión provisional, para lo cual la ley podría contemplar un plazo razonable a tal efecto.

Ahora bien, y cuando el traslado fuera posible por circunstancias excepcionales de forma inmediata, podría arbitrarse un sistema alternativo consistente en comunicar con el Juez de Instrucción competente por cualquier medio directo (teléfono, télex, telegrama..., para lo cual se podría crear un sistema de claves similar al utilizado por las entidades bancarias para conceder conformidades telefónicas de cheques), para que éste ordenara la prisión o libertad del detenido en base a los conocimientos que de la causa tuviere.⁴⁶

b) Motivación

El auto de prisión deberá ser minuciosamente motivado, ya que al resolverse la prisión preventiva en una anticipación de los efectos de la pena, le han de ser aplicables las normas que afectan a la fundamentación de las sentencias penales.⁴⁷

La motivación, pues, responde a dos exigencias: el respeto a la presunción de inocencia y la necesidad de concurrencia de las sospechas que la ley establezca por un lado, y la obligación de garantizar el derecho de defensa por otro lado.

Así, pues, los autos de prisión debieran no solamente someterse a lo previsto en la Real Orden de 13 de marzo de 1985 que prohíbe el uso de fórmulas estampilladas, sino también contener los siguientes extremos:

1. *Expresión de los hechos.* Derivada tal exigencia de lo previsto en la Circular de la FTS de 4 de mayo de 1901; Resolución 65 (11) del Consejo de Europa; Demandas 6870/75 y 8490/79 ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, etc..., en tanto que su inclusión es necesaria para constituir la base de la presunción que permita la consistencia de los motivos justificativos de la privación de libertad.

2. *Indicación del razonamiento.* Que comporta dos exigencias: Por un lado la expresión de los motivos, esto es, el razonamiento subjetivo del juez, basado en los hechos, indicios, sospechas, etc..., que le llevan

a la conclusión de la necesidad de adoptar la prisión provisional. Por otro lado habrá de constar la finalidad perseguida con el acuerdo de la prisión preventiva en relación con los datos requeridos por la ley y concurrentes en la causa.

B) Revisión

Establece el art. 539 de la LECrim., en clara evocación de la regla *rebus sic stantibus*,⁴⁸ que los autos de prisión serán reformables de oficio o a instancia de parte a lo largo de toda la causa.

Sin dudar de la importancia de una norma como la recogida en este precepto, lo cierto es que por sí sola resulta insuficiente para garantizar el derecho a la libertad por diversas razones, a saber la escasa virtualidad práctica del remedio de reforma, la sobrecarga de trabajo de nuestros jueces y Tribunales que obstaculiza el seguimiento constante de las causas con preso, etc...

Por ello es necesaria la existencia de un sistema de recursos como el actual que permita el ejercicio del derecho de defensa a través de la apelación contra todos los autos de prisión, si bien, y para dar mayor efectividad a los mismos serían, a nuestro juicio, convenientes dos tipos de precisiones: por una parte el nombramiento de abogado defensor de oficio desde el momento del acuerdo de la prisión provisional; por otra parte otorgar al recurso de apelación en estos casos el carácter de preferente, habida cuenta de la situación del preso.

Igualmente, para una mayor virtualidad de la reforma de oficio, y por las razones antes señaladas, sería útil la introducción en nuestro Código Procesal Penal de la obligación de revisión de la prisión provisional a intervalos periódicos, prescripción que realiza la Resolución 65 (11) del Consejo de Europa y que el TEDH ha reiterado constantemente como una garantía más del art. 5 de la Convención Europea.⁴⁹

48. V. FAIRÉN GUILLÉN, *La reforma del proceso cautelar español*, en *Temas del Ordenamiento procesal*, t. II, Madrid, 1969, pp. 895 y ss.

49. Vid. STEDH Van Drogenbroeck y X contra el Reino Unido. FAIRÉN GUILLÉN, *El encausado en el proceso penal español*, en *Temas del Ordenamiento procesal*, t. II, p. 1260. P. NUVOLONE, *La riforma del processo penale in Italia e in Germania*, *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 1962, p. 354.

V. EJECUCIÓN DE LA PRISIÓN PROVISIONAL

a) *Ejecución*

El tema de la ejecución o cumplimiento de la prisión provisional en los Centros Penitenciarios habilitados al efecto, es uno de los menos tratados por la doctrina procesalista, siendo así que supone en la vida real un lapso de tiempo suficientemente considerable como para merecer una mayor atención.

Partiendo de la jurisdiccionalidad de la prisión preventiva y de los dictados del art. 5 de la LOGP que dispone que la retención del interno sólo lo será a los efectos de tenerlo a disposición de la autoridad judicial, se impone un análisis de las normas contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en la Ley penitenciaria que nos permita determinar la eficacia práctica de tales imperativos.

Así, de una somera lectura de los arts. 521 y ss. de la LECrim., se deriva la falta de completud de la ley procesal en este punto, lo cual, y sin poner en duda la validez de una ley orgánica como la penitenciaria para establecer las matizaciones necesarias a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, nos lleva a considerar conveniente una adecuación de la ley procesal a las circunstancias actuales, así como la regulación independiente del régimen carcelario de los no penados precisamente en el futuro Código Procesal Penal, a efectos de evitar la dispersión de las normas que afectan a esta situación meramente provisional.

Una nueva redacción de la ley procesal penal debiera contener referencias a aspectos no tratados en la actualidad en ella, tales como el trabajo penitenciario y los permisos de salida, y ser más explícita en otros, como las visitas y el régimen de la correspondencia.

Igualmente, podría ser oportuno de *lege ferenda* incidir en la exclusividad del juez instructor en materia de prisión provisional, estableciendo las debidas matizaciones a las competencias de los órganos penitenciarios para interferir en el régimen de los preventivos en base a pretendidas razones de mantenimientos de la seguridad y el orden internos, dejándolas reducidas a las que sean absolutamente urgentes y con la inmediata puesta en conocimiento de la autoridad judicial.⁵⁰

50. *Vid.*, a título de ejemplo, art. 51 LOGP y 98 de su Reglamento en materia de comunicaciones. Sobre requisitos para obtener permisos de salida, el artículo 47, 2, LOGP. C. GARCÍA VALDÉS, *Comentarios a la legislación penitenciaria*, Madrid, 1982, p. 161.

b) *Incomunicación*

Las limitaciones que el art. 527 de la LECrim. establece al régimen contenido en los arts. 520 y ss. de la misma norma, pueden plantear ciertos problemas derivados de la eficacia del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos, en lo referente a los puntos b) y c) de aquel precepto.

Así, la prohibición de que el hecho de la privación de libertad y el lugar de custodia sea puesto en conocimiento de la familia ha sido considerado por la Comisión Europea⁵¹ como contrario al art. 8,1 de la Convención en tanto que «la desaparición inexplicada de un miembro de la familia, aunque lo sea por un breve período de tiempo, puede causar angustia» y, en este sentido, expone la Comisión que «debe haber alguna posibilidad de poner en conocimiento de la familia el hecho de la detención».

En consecuencia, una eventual reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal debiera ser consciente de estas indicaciones, ya que, por otra parte, la limitación expuesta no parece tener un fundamento de peso en orden a la garantía de efectividad de la investigación.

En cuanto a la prohibición de la entrevista reservada con el abogado defensor, no parece posible objetar su legalidad, si bien, y a pesar de lo establecido *a sensu contrario* en el art. 523 de la LECrim., el TEDH ha establecido que la restricción de las comunicaciones entre abogado y defendido no sea total⁵² y, consecuentemente, existe la obligación de garantizar este contacto en la forma que se considere más conveniente, sea oral, escrita, etc...⁵³

En este sentido, podría ser conveniente que el nuevo Código Procesal Penal estableciera la forma concreta en que hubieran de desarrollarse tales contactos en los supuestos de incomunicación, para hacer viable el derecho de defensa, atendiendo en cualquier caso a la mayor o menor urgencia de la entrevista y, por supuesto, con las debidas garantías para no frustrar la investigación.

51. Demandas ante la Comisión Europea de Derechos Humanos 8022/77, 8025/77 y 8027/77, McNEICH, O'NEILL y EVANS contra el Reino Unido.

52. TEDH Caso Golder 12 de febrero de 1975. Demandas ante la Comisión 7630/76 y 7990/77.

53. Demanda 5964/72 ante la Comisión.

VI. DURACIÓN DE LA PRISIÓN PROVISIONAL

En el derecho comparado existen dos sistemas diferentes, pero compatibles entre sí de limitación de la duración de la prisión provisional; éstos son el que supedita su extensión al denominado «plazo razonable», y aquel que se concreta en el establecimiento de un sistema de plazos fijados con carácter general en atención a datos de muy diversa índole, en especial la pena asignado al delito imputado.

El modelo del «plazo razonable» está consagrado en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, gozando de una virtualidad esencial cual es la de acomodarse a las circunstancias de cada caso concreto en atención a los criterios dictados por los órganos encargados de interpretar dichos textos internacionales. No obstante, de su aplicación rígida puede derivarse el inconveniente de una excesiva duración de la prisión provisional en tanto que es posible su mantenimiento mientras subsistan los motivos que ocasionaron su adopción.

Por el contrario, en la inmensa mayoría de las legislaciones europeas la duración de la prisión preventiva se refiere a un sistema de plazos,⁵⁴ similar al consagrado actualmente en España, que tiene la ventaja de evitar excesos de cumplimiento y, consecuentemente, adaptarse mejor al derecho a la presunción de inocencia.⁵⁵

Sin embargo, ambos sistemas no son del todo incompatibles entre sí, sino que se complementan mutuamente derivándose de su conjunción una situación superadora de los inconvenientes de ambos.

Así, en España, y aunque rige el modelo de plazos fijados por la ley, se da una cierta influencia de aquel en los siguientes puntos que lo aproximen a una duración en función de las circunstancias concretas del caso:

a) Los plazos fijados en la norma no sólo no pueden ser superados en ningún modo,⁵⁶ sino que pueden duran un tiempo inferior al máximo

si varían los motivos que ocasionaron la prisión⁵⁷ en virtud del carácter excepcional del límite máximo.⁵⁸

b) La duración de la prisión provisional no atiende sólo a la pena prevista en el CP para el delito imputado, sino a la que, como dice el art. 504 de la LECrim., «corresponda...», con lo que deberá el juez analizar, al efecto de atemperar la privación de libertad a la futura condena, las posibles circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.⁵⁹

c) Los plazos generales de duración de la prisión provisional se pueden prolongar en atención a los motivos previstos en el párrafo cuarto del art. 504 de la LECrim., tras su valoración particular.

d) El cómputo de los plazos se podrá suspender, según establece el art. 504,6, si la causa sufre dilaciones no imputables a la Administración de Justicia, con lo que de nuevo se incide en el examen individual del caso.

De toda esta regulación, que se puede calificar como de positiva, se extraen determinadas conclusiones que podrían constituir las bases a tener en cuenta en una futura reforma:

a) Reducción de los actuales plazos, con la consiguiente aceleración de la tramitación de los procesos penales.

b) Establecimiento de forma expresa en la Ley de la obligación del juez, al igual que ha de ocurrir en la adopción de la medida, de atender a la posible pena a imponer en cada caso concreto.

c) Es conveniente mantener la prolongación de la prisión provisional por un tiempo no superior a la mitad del establecido con carácter general, si bien deben concretarse las causas expresas por las cuales se podrá autorizar.

Así, amén de tener que concurrir el necesario peligro de fuga justificativo de la prisión, el único motivo al que parece oportuno atender a tal efecto ha de ser el de la complejidad de la causa, sin que para ello se pueda acudir a razones diferentes como el mal funcionamiento de la Administración de Justicia.⁶⁰

e) La suspensión del cómputo de los plazos se debiera extender no sólo a la conducta del imputado, sino también a la de su represen-

54. Art. 145 CPP francés. Art. 272 CPPi, Parágrafos 121 y ss. StPO alemana.

55. No se debe olvidar, no obstante, que el mejor remedio para evitar que la prisión provisional exceda de una duración razonable es el cumplimiento del art. 24, 2, de la CE y, consecuentemente, la evitación de dilaciones indebidas.

Igualmente, a tal efecto, debe mantenerse la prescripción del art. 504, 3, de la LECrim., en relación con la preferencia en la tramitación de las causas con preso. Vid. Circulares FTS 27 de enero de 1952 y 29 de octubre de 1956.

57. Instrucción n.º 1/1984, FTS.

58. Cf. M. CHIAVARIO, *La custodia preventiva nel faticoso e tortuoso cammino della riforma*, Riv.it.dir. e proc.pen., 1984, pp. 1329 y ss.

59. Vid. ASECIO, «La prisión...», pp. 260 y ss.

60. Vid. Asunto ante el TEDH Stogmuller.

tación y defensa, aunque ello suponga una valoración personal de la actividad de dichos profesionales,⁶¹ ya que, en la práctica, las tácticas dilatorias suelen provenir fundamentalmente de los abogados con el consiguiente incremento de sus honorarios.

En ningún caso se debieran imputar al inculpado aquellos retrasos debidos a terceras personas, organismos e, incluso, la propia Administración de Justicia.

Sin embargo, y como remedio a la situación que puede crear la suspensión del cómputo, podría resultar positiva la introducción en el Código Procesal Penal de un precepto que permitiera al órgano jurisdiccional rechazar de plano todas las peticiones formuladas con finalidad dilatoria.

Por último, y para concluir este epígrafe, cabe hacer mención a dos aspectos que pueden plantear algún tipo de problema y que la ley ha de resolver dada su importancia práctica y su incidencia en la eficacia del proceso.

Por un lado, y aunque como se ha dicho, el transcurso de los plazos máximos ha de suponer la excarcelación automática, puede ocurrir que una vez superados los mismos, el imputado no comparezca, con lo que, de imposibilitar su nueva puesta en prisión, el proceso podría frustrarse.

Si bien, y aunque la solución más justo en estos supuestos, sería la de concluir el proceso en un plazo razonable, máxime si se tiene en cuenta la posibilidad de prolongar la prisión provisional, en el caso de que ello no ocurra así, no parece posible otra vía distinta a la de permitir una nueva prisión preventiva, por un plazo limitado, con la finalidad de asegurar la efectividad de la justicia penal.⁶²

Por otro lado, se plantea la cuestión de cuál ha de ser la duración de la prisión provisional en los casos en que la misma —si así se regula de *lege ferenda*—, se decreta en atención a finalidades, tales como la de asegurar la prueba o evitar la reiteración delictiva.

De este modo, si la prisión se adopta para asegurar la prueba, qué duda cabe de que su duración ha de ser lo más breve posible, pues el resultado pretendido requiere precisamente una máxima urgencia. En

61. Vid. B OCD, Comisión de Justicia e Interior, n.º 10, 16 de marzo de 1983, pp. 381 y ss. B OCD, Comisión de Justicia e Interior, n.º 203, 6 de septiembre de 1984, pp. 6211 y ss.

62. Instrucción 1/1984, FTS.

consecuencia, el plazo debería reducirse a un lapso de tiempo no superior a la cuarta parte del señalado con carácter general.

Por el contrario, si la prisión se acuerda para evitar la reiteración delictiva, función prevista en el Convenio Europeo y admitida por el TEDH,⁶³ la solución, tal vez, requiera una regulación diferente a la enunciada en el supuesto anterior.

Así, por ejemplo, ocurre en la RFA donde ante el peligro de reiteración, la prisión provisional puede exceder del plazo general de seis meses y alcanzar hasta un año.

En definitiva, si se asume esta función como esencial, parece que el legislador debiera contemplar la posibilidad de ampliar los plazos comunes, toda vez que, de lo contrario, podría resultar una privación de libertad inadecuada al fin deseado, el cual, para su efectividad, requiere la imposición de una pena de forma inmediata sin que el imputado alcance la libertad entretanto.

VII. MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN PROVISIONAL

Como ya se ha dicho, la prisión provisional debe ser limitada en la mayor medida posible tanto por su carácter excepcional, como por los importantes efectos perjudiciales que produce, no sólo personales, sino también patrimoniales y familiares.

En consecuencia, de estas dos afirmaciones se deriva el hecho de que si el proceso se puede asegurar a través de una vía distinta a la privación de libertad así se debe hacer, de modo tal que la persona y bienes del sujeto sólo padezcan lo estrictamente necesario.

La reducción al mínimo de la prisión provisional aparece como apropiada en la actualidad, en función de su íntima conexión con la pena a la cual anticipa, siendo así que tales penas privativas de libertad se encuentran en un proceso de reforma tendente a dotarlas de una finalidad no exclusivamente retributiva. Así, cada vez en mayor medida se instauran alternativas a la pena de prisión, como el régimen abierto, la retención sólo en fines de semana, etc... Por tanto, y en aras de una adecuación entre prisión provisional y pena, aquélla debiera ser sustituida por otras vías alternativas en los casos y condiciones que la ley establezca, so pena de convertir su cumplimiento en una situación más grave que la originada por una sentencia de condena.

63. Asunto Matznetter TEDH.

Partiendo, pues, de estas premisas, y en atención a los postulados de otros ordenamientos europeos, sería deseable que una futura reforma contemplara todo un conjunto de medidas alternativas que se podrían estructurar en cinco grupos, y cuyos requisitos no serían idénticos en uno u otro supuesto.

a) *Medidas tendentes a asegurar el proceso a través de la asistencia al mismo del imputado*

En este grupo se podrían incluir tanto medidas cautelares alternativas, como medidas de cualquier otro tipo.

Para su adopción habría de bastar con atender a los criterios propios que la ley establezca para el acuerdo de la prisión provisional y su aplicación resultaría apropiada ante la escasa gravedad de los tales motivos (vg., escasa gravedad de la pena, antecedentes leves, etc...).

Su aplicación devendría facultativa cuando el juez, valorando las razones concurrentes en el caso, estimara la no absoluta necesidad de la total privación de libertad.

Tendrían su encuadre en este grupo medidas, tales como: la libertad provisional con o sin fianza y con o sin obligación de comparecencia *apud acta*; retención del pasaporte y del DNI para impedir la huida al extranjero; obligación de residencia en un lugar determinado con sometimiento al juez que autorizará cualquier desplazamiento (si bien esta última puede tener también una finalidad de evitar el contacto con un determinado ambiente propicio al delito e, incluso, la de asegurar la propia integridad del imputado frente a las posibles venganzas de los perjudicados, familiares, amigos, etc...).

b) *Medidas dirigidas a evitar los perjuicios familiares y económicos*

Adquiere aquí especial dimensión la prisión atenuada que, si bien está en vigor de acuerdo con lo previsto en la Ley de 10 de septiembre de 1931⁶⁴ y constituye una forma de cumplimiento de la prisión provisional, puede encuadrarse, para una mejor comprensión, en este apartado relativo a las medidas alternativas.

A tal efecto, y aunque la prisión atenuada, a tenor de lo previsto en el CJM, consiste básicamente en el arresto domiciliario con o sin

64. Cf. MUÑOZ CONDE y MORENO CATENA, *op. cit.*, p. 388. También HERCE QUEMADA, *op. cit.*, p. 211.

posibilidad de salir a trabajar, cabría desdoblar esta figura en dos distintas según sea la finalidad pretendida a través de su imposición.

Así, si lo que se desea es evitar la ruptura de la vida familiar, podría establecerse el arresto domiciliario con o sin autorización para realizar un trabajo en el exterior, en función todo ello de los recursos económicos del sujeto.

Si, por el contrario, el móvil perseguido es la evitación de los perjuicios económicos derivados de la situación de privación de libertad en atención a los escasos medios, las cargas familiares, la posesión de una empresa con trabajadores por cuenta ajena dependientes de un salario que puede peligrar, etc..., el modo de articular tal alternativa podría ser similar el del régimen de prisión abierta, esto es, permanencia en el Centro Penitenciario con posibilidad de salir a trabajar.

La aplicación de estas medidas, a diferencia del caso anterior, no atendería esencialmente a las circunstancias que la ley expresa en orden al peligro de fuga que lógicamente se valorarán, sino a los fines pretendidos a través de su imposición.

c) *Medidas tendentes a evitar la reiteración delictiva*

Dada la dificultad de establecimiento de esta función con carácter esencial en materia de prisión provisional y, no obstante, su necesaria atención derivada del excesivo retardo de los procedimientos, convendría que la ley procesal estableciera una medida alternativa a la privación de libertad que, de algún modo, coadyuvara a mantener el orden social sin menoscabar el derecho contenido en el art. 17 de la CE.

En este sentido la adopción de tales medidas no estaría tanto en función de los motivos generales regulados en la ley para el acuerdo de la prisión provisional, cuanto en la necesidad de cumplir una finalidad preventiva en aras de evitar la reiteración delictiva.

Podrían encuadrarse en este grupo medidas, tales como:

- La retirada del permiso de conducción en los casos de delitos cometidos con ocasión de la conducción de vehículos de motor.
- La obligación de no visitar determinados lugares o relacionarse con ciertas personas (cómplices).
- Depósito en el Juzgado de armas e instrumentos del delito.
- Obligación de no realizar determinadas actividades profesionales o sociales, cuando el presunto delito haya sido cometido con ocasión de su ejercicio.

— Prohibición de librar talones o disponer de cuentas bancarias sin autorización del juzgado en los casos de delitos económicos.

d) *Medidas mixtas dirigidas a evitar la reiteración y soslayar perjuicios de carácter personal*

Se pueden contener en este grupo un conjunto de medidas, sometidas a los requisitos previstos en los dos casos anteriores, cuya finalidad es doble en tanto que, incidiendo en la conducta, carácter, enfermedad o estado del presunto delincuente, no sólo reducen un perjuicio personal que podría derivarse de su internamiento en un Centro Penitenciario común, sino que a su vez aminoran el riesgo de reiteración por vía de eliminar la causa que predispone al sujeto a la comisión del delito.

Cabrían aquí medidas, tales como —el internamiento del imputado en un centro especial de carácter psiquiátricos, hospitalario o de rehabilitación de toxicómanos; sometimiento al control de determinadas personas o instituciones; realización de determinadas actividades profesionales de reeducación; asistencia a un centro de enseñanza de cualquier tipo, etc...

e) *Medidas tendentes a reparar el daño causado por el delito*

La instauración de un conjunto de medidas como las que en este grupo podrían ser encuadradas, dependerá del sistema procesal que se instaure en nuestro país y, en concreto, del establecimiento de criterios de oportunidad, frente al actual modelo basado en la «necesidad»⁶⁵ y, en especial, de la transacción procesal penal.

De acogerse tal posibilidad y, en tanto que el proceso se sobreesería a condición de reparar el daño, lógicamente, en dichos casos, la prisión provisional igualmente habría de ser levantada, si bien la prisión preventiva no se revocaría ante la efectiva reparación, sino en atención a la actividad e intención del imputado en relación con el cumplimiento positivo frente a la víctima.

Qué duda cabe que los presupuestos y requisitos para sustituir la prisión provisional por tales medidas alternativas habrán de referirse a los que el Código Procesal Penal prevea al regular los criterios de oportunidad, es decir, su ámbito de operatividad y efectos.

65. Vid. GIMENO, «Fundamentos...».

Podrían, a título de ejemplo, encuadrarse aquí medidas, tales como: la constitución en un plazo determinado de cauciones personales o reales destinadas a reparar a la víctima; el efectivo cumplimiento de las pensiones alimenticias en los supuestos de ocultación de bienes para evadir su pago; la realización de ciertos trabajos sociales en aras a la reparación de los daños producidos en el patrimonio social colectivo, etc...

EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN LA SENTENCIA PENAL: LOS PRINCIPIOS ACUSATORIO Y DE CONTRADICCIÓN

LUIS-ALFREDO DE DIEGO DíEZ
Profesor Colaborador de Derecho Procesal
Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO:

I. Introducción. — II. El principio acusatorio en la sentencia penal: 1. Infracciones al principio acusatorio: *a)* Condenar sin acusación; *b)* Condenar por hechos distintos; 2. Doctrina de la «pena justificada». — III. El principio de contradicción en la sentencia penal: 1. La tesis del art. 733 de la L.E.Crim.; *a)* Interpretación auténtica y jurisprudencial; *b)* Interpretación constitucional; 2. La «conformidad» del acusado. — IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Dos han sido los sistemas contrapuestos que han informado, en mayor o menor medida, el desenvolvimiento del proceso penal: ¹ *el acusatorio y el inquisitivo*. Claro es que ambos sistemas se vieron sometidos en su desarrollo histórico a un proceso de erosión a fin de adecuar el esquema puro de cada uno de ellos a situaciones particulares, lo que provocó la combinación de sus principios, perfilándose así el *sistema mixto*.

La vigente L.E.Crim., aprobada por Real Decreto de 14 de septiem-

1. Véase la exposición que sobre la evolución histórica del proceso penal hace N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO en *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, 1945, tomo I, pp. 57-120; y A. VÉLEZ MARICONDE en su obra *Estudios de Derecho procesal penal*, Córdoba (República Argentina), 1956, vol. 1, pp. 9 y ss.

bre de 1882, supone la implantación definitiva en España del sistema procesal penal denominado acusatorio formal o mixto, y la consiguiente ruptura con el hasta entonces vigente sistema inquisitivo.²

Puesto que el sistema mixto, resultante de cualquier «combinación entre los caracteres del acusatorio y los caracteres del inquisitivo, combinaciones que cabe realizar en los más variados modos»,³ supone la atenuación de las *formas* acusatoria e inquisitiva absolutas que le precedieron en el tiempo, es conveniente precisar hasta dónde alcanzan los principios acusatorio y de contradicción, implícitos en el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (art. 24 C.E.), en el acto jurisdiccional que cierra la instancia decidiendo definitivamente la cuestión criminal: la sentencia (art. 141.IV L.E.Crim.).

II. EL PRINCIPIO ACUSATORIO EN LA SENTENCIA PENAL

El órgano jurisdiccional no viene disminuido en su función decisoria por una sumisión servil a lo solicitado por las partes en sus respectivas calificaciones; la manifestación acusatoria en nuestro sistema procesal penal no significa, pues, la literal concordancia entre el fallo y las peticiones parciales sin que en ningún caso puedan ser alteradas.

Efectivamente, superada la teoría de la «pretensión jurídica punitiva»,⁴ que considera como objeto de la acción penal —entendida como

2. En la Exposición de Motivos de la L.E.Crim. puede leerse:

«Los demás vicios del enjuiciamiento vigente quedarán sin duda corregidos con el planteamiento del juicio oral y público y la introducción del sistema acusatorio en la Ley procesal.

»El Reglamento provisional de 26 de septiembre de 1835, y las disposiciones posteriores publicadas durante el reinado de la Augusta Madre de V.M., introdujeron, como ya se ha dicho, evidentes mejoras en el procedimiento criminal, pero no alteraron su índole esencialmente *inquisitiva*. Las Leyes de 15 de septiembre de 1870 y 22 de diciembre de 1872, inspirándose en las ideas de libertad proclamadas por la revolución de 1868, realizaron una reforma radical en nuestro sistema de enjuiciar con el establecimiento del juicio oral y público; pero mantuvieron el principio *inquisitivo* y el carácter secreto del procedimiento en el período de instrucción, siguiendo el ejemplo de Francia, Bélgica y otras naciones del continente europeo.»

3. G. CONSO, *Accusa e sistema acusatorio*, en *Enciclopedia del Diritto*, Milán, 1958, tomo I, p. 337.

4. Véase la argumentación expuesta en contra de esta teoría por V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, en *La cosa juzgada penal*, Bolonia, 1975, pp. 35 y ss.

pretensión punitiva— una determinada pena, teniendo por fundamento fáctico un hecho de la vida real y por fundamento jurídico una norma penal material vigente,⁵ y sentado que el objeto del proceso penal y de la investigación es un hecho con apariencia de delito o falta, o en palabras de Orbaneja,⁶ «el objeto de cada concreto proceso, aquello de que se acusa en él a una persona y sobre lo que versa la actividad judicial y ha de pronunciarse la sentencia, es un *hecho* considerado como delito o falta, y no una determinada figura delictiva ni una determinada consecuencia penal», podemos decir con Cortés Domínguez⁷ que «en virtud del principio acusatorio el querellante determina en cada proceso el objeto procesal (los hechos), pero no tiene facultades para limitar el examen de dichos hechos y para limitar la resolución judicial dentro de ese objeto procesal determinado».

La acción penal se identifica tan sólo en un doble aspecto: subjetivamente, por la persona del acusado, y objetivamente por el hecho sobre el que recae la acusación.

Una vez cumplidas las exigencias que comporta el principio acusatorio respecto de la identidad del hecho justiciable y de la persona acusada, a las que han de sumarse las derivadas del principio de audiencia contradicción, «el Tribunal —indica Vázquez Sotelo⁸— debe poder extraer del hecho todas las consecuencias que legalmente procedan en el orden punitivo, ya que lo contrario sería privatizar el proceso penal, haciendo que el Tribunal abdique sus poderes jurisdiccionales en el error o negligencia de las partes acusadoras».

Las consecuencias prácticas de lo expuesto, en torno al problema de la congruencia o de la correlación entre acusación y sentencia en el proceso penal, son las siguientes:

- a) La acusación no vincula al órgano jurisdiccional, sino en cuanto a la persona inculpada y al hecho justiciable.
- b) La calificación jurídica y el *petitum* en los delitos y faltas per-

5. Cf. M. FENECH NAVARRO, *Derecho procesal penal*, 3.ª ed., Barcelona, 1960, tomo I, pp. 396-397.

6. E. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal penal*, 10.ª ed., Madrid, 1986, p. 7. Igual criterio mantiene el Tribunal Constitucional en sus sentencias 12/1981, de 10 de abril, y 105/1983, de 23 de noviembre.

7. V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *La cosa...*, *op. cit.*, p. 42.

8. J. L. VÁZQUEZ SOTELO, *El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal español*, en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1984, n.º 2, p. 405.

seguibles de oficio, sea de la acusación, sea de la defensa, no son, como regla general,⁹ vinculantes.

Así pues, existe un margen de libre arbitrio judicial dentro del propio sistema en cuanto a la calificación del hecho e imposición de la pena (cf. arts. 741.II y 973 L.E.Crim., y art. 11 del Decreto de 21-XI-1952) que no conculca los principios básicos de la forma acusatoria¹⁰ garante del derecho a la tutela efectiva.

1. *Infracciones al principio acusatorio*

a) *Condenar sin acusación*

Es esta cuestión una de las más debatidas y polémicas que suscita el tema de la correlación entre acusación y sentencia, íntimamente implicada con el objeto del proceso respecto del cual la sentencia debe ser congruente.

La doctrina jurisprudencial ha sido pacífica al sostener que el Juez o Tribunal no pueden suplir en modo alguno la inexistencia de acusación o la retirada de la misma por quienes la venían manteniendo, so pena de sobrepasar las facultades inherentes a la función jurisdiccional, abocando en lo que se ha denominado incongruencia por exceso, hiperincongruencia o *ultra petitum*.¹¹

Este es también el criterio seguido por el Tribunal Constitucional en sus sentencias de 18 de abril, 8 de julio y 4 de octubre de 1985, al declarar que la condena de una persona que no ha sido acusada es incompatible con un proceso con todas las garantías en el sentido del art. 24 de la Constitución Española pues, de admitir que la acusación se realizare por el Juez o Tribunal, confundiéndola con la condena, en la sentencia se produciría un desequilibrio entre acusador y acusado, resultando absoluta la indefensión.

9. La única excepción a esta regla es la que proviene de la llamada «conformidad» del acusado o allanamiento en el proceso penal (art. 655, 688 y ss., y 800 de la L.E.Crim., y arts. 7.2.II y 10.2.ª de la L.O. 10/1980, de 11 de noviembre

10. «La forma acusatoria en el proceso penal no puede combinarse con el principio de justicia rogada, sino con el de legalidad o persecución de oficio.» (M. FENECH NAVARRO, *Puntos de vista sobre el proceso penal español*, en *Estudios de Derecho procesal*, Barcelona, 1972, p. 708.)

11. Véanse, *ad exemplum*, las sentencias de 20 de abril de 1976 (Ar. 1.668), 8 de mayo de 1980 (Ar. 1824) y 8 de mayo de 1980 (Ar. 1828).

Pese a la inconcusa jurisprudencia expuesta del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, en el sentido de que es improcedente emitir un fallo condenatorio una vez retirada la acusación, aun cuando el juicio oral se hubiere celebrado, por hacerse inexcusable su formal mantenimiento para que al órgano jurisdiccional le sea dado llegar a una resolución de tal índole, un amplio sector doctrinal ha censurado la adopción rigurosa de este principio^{12, 13} al considerarlo una exageración y una deformación del sistema, abogando por prohibir al Ministerio Fiscal retractarse de la acusación una vez abierto el juicio oral¹⁴ o que tal acto sea irrelevante.

Ciertamente la formulación jurisprudencial del principio acusatorio interpreta, de modo erróneo a nuestro parecer, el aforismo *nemo iudex sine actore*, entendiéndolo en el amplio sentido de que la acusación—ejercitada por un órgano distinto e independiente del que ha de resolver— es presupuesto no sólo del juicio oral (salvo en los juicios de faltas) sino, en todo caso, de una sentencia condenatoria, es decir,

12. Cf. J. GOLDSCHMIDT, *Principios generales del proceso*, Buenos Aires, 1961, vol. II, pp. 94-95, y *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Barcelona, 1935, p. 71; E. GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Barcelona, 1951, tomo II, vol. I, pp. 196-197, y *Derecho...*, op. cit., pp. 68 y 91; C. VIADA LÓPEZ-PUIGSERVER, *Correlación entre la acusación y la sentencia*, *Rev. Der. Proc.*, 1959, n.º 2, pp. 423 y ss.; M. SERRA DOMÍNGUEZ, *El juicio oral*, en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1969, pp. 776-777; E. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La correlación entre acusación y sentencia*, en *Estudios de Derecho Procesal*, Pamplona, 1974, p. 514, y J. L. VÁZQUEZ SOTELLO, *El principio...*, art. cit., pp. 401-402, entre otros.

13. Ya en el siglo pasado se produjo una viva polémica entre los juristas de la época. Por un lado, D. SANTOS DE ISASA, Presidente del Tribunal Supremo, en el discurso leído en la apertura de los Tribunales de 15 de septiembre de 1895, titulado «Examen de los principios esenciales del procedimiento que afectan a la Administración de Justicia en lo criminal», criticó la concepción del principio acusatorio como una vinculación del Tribunal a la retirada de la acusación del Ministerio Fiscal, argumentando que «la potestad de juzgar no puede depender de otro poder que del judicial». Frente a esta opinión, la Memoria del Fiscal del Tribunal Supremo de 1906, del Sr. Ruiz Valarino, sostiene que el acusador es dueño de la acción, expresándose del siguiente tenor: «Anda depurar el sistema acusatorio, que cubre a los juzgadores en personajes pasivos y mudos, sin facultad para emitir juicio mientras el Fiscal no acuse, y esto, dicho así, o significa la abolición del sistema o no significa nada, porque la esencia de ese sistema estriba en que el acusador es dueño de la acción y los juzgadores meros Jueces silenciosos del campo, según la frase del mismo legislador.»

14. Las legislaciones modernas suelen formular expresamente este principio. Así, por ejemplo, el § 156 de la StPO alemana: «la acción penal no puede retirarse después de abrirse el procedimiento», o el art. 75 del *Codice di Procedura Penale* italiano: «la acción penal es irrevocable».

no hay condena sin acusación. Tal desacierto, que privatiza el proceso penal dejando en manos de las partes acusadoras la misma posibilidad de condena, es consecuencia del error padecido por el legislador al confundir los principios acusatorio y dispositivo,¹⁵ propios del enjuiciamiento penal y civil, respectivamente; confusión justificada por la idéntica configuración externa de ambos procesos: sin un actor (acusación) no puede haber juez ni proceso, que es el verdadero sentido del axioma *nemo iudex sine actore*, limitado, pues, a un *no hay proceso sin acusación*.

La cuestión estriba —apunta Gutiérrez de Cabiedes—¹⁶ «en saber cuál es el objeto de esa acusación, si un derecho de contenido concreto como en el proceso civil, o más bien un derecho cuyo único contenido formal es el proceso y que no se apoya en ningún derecho subjetivo penal, sino en un hecho que tiene apariencia de delito».

A este respecto resulta que, en el proceso civil, el demandante dispone, es dueño de la acción, concebida como el derecho concreto de obtener lo que se pide (*petitum*) y por la causa invocada para pedirlo (*causa petendi*); elementos individualizadores de la pretensión actora que determinan el contenido objetivo del proceso y de la sentencia (*ne eat iudex ultra petita partium*).

Sin embargo, en el proceso penal, el acusador, al ejercitar la acción en forma de querrela (arts. 270 y 271 L.E.Crim.), esto es, mediante un acto que contiene la inculpación de una persona determinada por unos determinados hechos delictivos, no deduce pretensión punitiva alguna (art. 277 L.E.Crim.),¹⁷ como tampoco lo hace cuando, sosteniendo o defendiendo —según terminología del art. 642 L.E.Crim.— la acción penal en marcha, solicita la apertura del juicio oral (art. 627.IV L.E.Crim.). La acción no se identifica ni por una calificación jurídica ni por un *petitum*; el objeto de la acusación y del proceso no es, por tanto, una concreta figura delictiva ni un efecto jurídico-penal determinado, sino un hecho individualizado considerado como delito o falta. Así pues, la acción penal carece de un contenido sustantivo concreto pudiendo

15. Véase C. VIADA-PUIGSERVER, *Correlación...*, op. cit., pp. 431 y ss.

16. E. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La correlación...*, op. cit., p. 515.

17. «La concreta pretensión punitiva —precisa Moreno Catena— (no exactamente equivalente a la del orden civil, por cuanto en éste el titular del derecho subjetivo es normalmente el particular, en tanto en el orden penal el titular del *ius puniendi* es el Estado) se planteará en el escrito de calificaciones, que resulta elemento indispensable para proceder a la apertura del juicio oral» (V. MORENO CATENA y OTROS, *Derecho procesal*, Valencia, 1986, tomo I, vol. I, p. 165).

conceptuarse «como el derecho meramente formal de acusar» o *ius ut procedatur*,¹⁸ mediante cuyo ejercicio tan sólo se crea el presupuesto necesario para que el órgano jurisdiccional pueda proceder a la averiguación del delito y de su autor e imponer la pena al culpable, ejercitando, al pronunciar sentencia, el *ius puniendi* del Estado que sólo a él corresponde en cuanto juzga y condena.

De acuerdo con lo razonado es obvio que en ningún caso puede identificarse el objeto de la acción civil y penal ni, por lo tanto, los principios que rigen su ejercicio. A ello no es obstáculo que la L.E.Crim. exija a las partes una calificación legal de los hechos y un señalamiento de pena en sus respectivos escritos de calificación, lo que indujo al legislador a decir en la Exposición de Motivos que «la calificación jurídica provisional del hecho justiciable y de la persona del delincuente, hecha por el acusador y el acusado una vez concluso el sumario, es en el procedimiento criminal lo que en el civil la demanda y su contestación, la acción y las excepciones». Errónea equiparación que desconoce —señala Gómez Orbaneja¹⁹— «no sólo el alcance del principio acusatorio en la L.E.Crim. y la correlación entre acusación y sentencia en el proceso penal vigente, sino también la posición procesal del escrito de conclusiones».

En efecto, mientras que la demanda civil es el acto procesal constitutivo de la relación jurídico-procesal,²⁰ iniciándose así el proceso, la calificación del acusador, por el contrario, no abre el juicio oral, pues su apertura se produjo con anterioridad, como alternativa al sobreseimiento, en virtud de una valoración implícita que las partes acusadoras hicieron del resultado del sumario y mediante una resolución del Tribunal (arts. 627.IV, 632 y 633 L.E.Crim.). Por otro lado, la función de la calificación provisional no es vincular al órgano jurisdiccional ni a una determinada causa o título de condena (a salvo lo dispuesto en los arts. 655 y 694 L.E.Crim.) ni a un determinado efecto jurídico, sino que «se reduce a precisar ante el juzgador y la parte contraria, mediante una determinada perspectiva jurídica, el objeto mismo, y a dar a conocer cómo el acusador lo concibe en hecho y en derecho y en qué

18. E. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho...*, op. cit., p. 89. Una más completa exposición sobre la acción penal puede verse en los *Comentarios a la L.E.Crim.* de este mismo autor, ya citados, pp. 160-207; especialmente en cuanto a la concepción de la acción penal como un *ius ut procedatur*, véanse pp. 188 y ss.

19. E. GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios...*, op. cit., tomo II, vol. I, p. 191.

20. E. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil*, 8.ª ed., reimpresión, Madrid, 1979, vol. I, p. 245.

sentido la acusación se hace y qué es lo que la justifica»,²¹ representando, en definitiva, una pura y simple orientación para el Juez y para el inculpado.

De lo hasta aquí expuesto queda claro que el objeto de la acción penal (acusación) —considerada como un *ius ut procedatur*— y, por ende, del proceso y de la sentencia que satisfacen el derecho de acción, es un hecho con apariencia de infracción criminal. La congruencia de la sentencia penal se establecerá, consecuentemente, en relación con el hecho que fue objeto de acusación y no respecto del *titulus condemnationis* ni de su posible consecuencia penal, ya que ninguno de ellos es elemento identificador de la acción.

Sentado lo anterior puede concluirse que el principio acusatorio exige el ejercicio y sostenimiento de la acción, por un órgano público o privado distinto e independiente del que ha de juzgar, únicamente para que pueda iniciarse y desarrollarse el juicio oral: Ahora bien, una vez celebrado el proceso precluye toda posibilidad de retractarse de la acusación²² formulada, siendo irrelevante tal acto manifestado en las calificaciones definitivas, de modo que —escribe Serra²³— «el Tribunal puede condenar pese a la retirada de la acusación fiscal, pues la acusación, presupuesto de procedibilidad, ha sido ya formulada en el escrito de calificación provisional, siendo sus modificaciones simples elementos de juicio que el Tribunal debe tener en cuenta, pero no acatar forzosamente, en su sentencia».²⁴

Claro es que el proceso habrá de garantizar, en todo caso, el principio de contradicción, referido no sólo a la necesidad de que los hechos sean objeto de prueba, sino también a que las calificaciones jurídicas sean objeto de debate. Así, frente a una sentencia condenatoria tras haber sido retirada la acusación en las conclusiones definitivas, no podría aducirse indefensión por el condenado siempre que, respetándose los hechos de los que fue acusado, se hubiera procurado la contradicción o audiencia bilateral respecto de las pruebas practica-

21. E. GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios...*, op. cit., tomo II, vol. I, p. 192.

22. «En realidad, retirar la acusación, correctamente entendida, es afirmar finalmente la acción penal ejercitada para pedir la absolución a la vista del resultado del juicio» (J. L. VÁZQUEZ SOTELO, *El principio...*, art. cit., p. 402).

23. M. SERRA DOMÍNGUEZ, *El juicio oral*, en op. cit., pp. 776-777.

24. «La facultad del Tribunal de apartarse de la calificación de la parte acusadora —observa Goldschmidt— contradice al hecho de que, pedida la absolución por las partes acusadoras, el Tribunal no pueda condenar al procesado» (J. GOLDSCHMIDT, *Principios...*, op. cit., vol. II, p. 95).

das en el juicio y del título de condena, pudiendo salvarse el exigido debate sobre la calificación de los hechos extendiendo la facultad del art. 733 L.E.Crim. al supuesto que nos ocupa.²⁵ De este modo, ofreciendo al interesado la oportunidad de alegar cuanto estime conveniente a efectos exculpatórios, se reconoce y salvaguarda el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de nuestra Constitución en cuanto prescribe la indefensión.²⁶

Por consiguiente, el principio dispositivo del proceso civil, contenido en la afirmación *no hay condena sin acusación* y resultado de la adición de los axiomas *nemo iudex sine actore* y *ne eat ultra petita partium*, ha de ser sustituido en el proceso penal por los principios acusatorio, entendido en el sentido de que *no hay proceso sin acusación* y de contradicción, traducido en *no hay condena sin proceso*, de modo que —como apunta Viada²⁷— «la acusación nos lleva al proceso, y el proceso nos lleva a la condena o absolución». Ello significa que el Tribunal, en el momento de dictar sentencia, está vinculado al resultado del proceso contradictorio y no lo está respecto de la acusación mantenida hasta el último momento, en cuyo sentido ha de entenderse el art. 742 de la L.E.Crim. al decir que «En la sentencia se resolverán todas las cuestiones que hayan sido objeto del juicio, condenando o absolviendo...», sin que, por el contrario, haya en nuestra Ley Procesal Penal precepto alguno que haga depender al Tribunal de la acusación formalmente mantenida hasta sentencia.

b) *Condenar por hechos distintos*

La congruencia penal parte de la exigida correlación de la sentencia con el hecho justiciable objeto de la acusación, tal y como resulte

25. De la misma opinión es F. SOTO NIETO, en *Correlación entre acusación y sentencia*, Madrid, 1979, p. 214, quien, además, razona que «si la discrepancia en las calificaciones justifica el forzamiento de la tesis, el error de más radio, que puede suponer el apartamiento indebido de la acusación, facilitando la total impunidad de unos hechos delictivos, bien demandaba la iniciativa de proposición del Tribunal a fin de que un debate abierto precediese a su resolución última, posibilitándose su pronunciamiento de signo contrario».

26. El Tribunal Constitucional ha reiterado con firmeza que el art. 24.1 C.E. contiene un mandato implícito consistente en procurar la defensa, en la medida de lo posible, mediante la correspondiente contradicción (SS 4/1984, de 23 de enero y 37/1984, de 14 de marzo), consumándose la indefensión cuando una parte se ve impedida de ejercitar su posibilidad de alegar o de replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción (S 89/1986, de 1 de julio).

27. C. VIADA LÓPEZ-PUIGCERBER, *Correlación...*, op. cit., p. 433.

de las pruebas practicadas (art. 741 L.E.Crim.);²⁸ identidad que vincula al Tribunal sentenciador impidiéndole condenar por hechos distintos de aquéllos sobre los que haya sostenido la acusación²⁹ en el seno del debate pues, de lo contrario, se violarían tanto el principio acusatorio como el de contradicción, eje del proceso criminal que evita la prohibida indefensión, negándose, por ende, al acusado la tutela judicial efectiva a que se refiere el art. 24.1 de la Constitución.³⁰

El principio acusatorio, debidamente entendido, no reclama, como ya dijimos anteriormente, la vinculación del juzgador a las calificaciones jurídicas (*titulus condemnationis*) ni a las consecuencias jurídico-penales instadas por las partes (*petitum*). Sí exige, por el contrario, la identidad del hecho que ha sido objeto, a lo largo del procedimiento, de la acción, del juicio y del fallo, quedando a salvo, en todo caso, la atribución del órgano jurisdiccional para configurar su propia versión fáctica de manera diferente a como lo hicieron las partes.

El problema radica en determinar qué elementos son esenciales y cuáles accidentales en el hecho justificable con el fin de llegar a un concepto unitario³¹ para todos aquellos supuestos en que la identidad es necesaria (cosa juzgada, litispendencia y correlación entre acusación y sentencia), frente a la tesis dualista de Bettiol³² que defiende la

28. Si como resultado de las pruebas practicadas apareciesen en el proceso hechos nuevos o alguna alteración sustancial de los primitivos que fueron objeto de acusación, es preciso un nuevo procedimiento o una sumaria instrucción suplementaria del que se está tramitando (cf. art. 746, n.º 6, LECrim.).

29. E. GUTIÉRREZ DE CABIEDES escribe en *La correlación...*, op. cit., p. 518, que: «Sólo se puede decir que la sentencia penal no guarda correlación con la acusación cuando se refiere a hecho punible distinto al que ha sido formalmente imputado (...). El límite de los poderes del juez viene dado por su sometimiento a los mismos hechos de la acusación.»

30. G. BETTIOL, *Instituciones de Derecho penal y procesal*, traducción de Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi, Barcelona, 1977, pp. 259-260, afirma que «el juez no puede modificar el hecho, porque en tal caso llegaría a violarse un derecho y una posición de defensa del imputado, con grave perjuicio de su libertad personal».

31. Sostenemos la conveniencia de un concepto unitario para resolver con idéntico criterio todos los problemas objeto del proceso penal, tal como ha demostrado E. GÓMEZ ORBANEJA en *Comentarios...*, op. cit., tomo II, vol. I, páginas 292-296.

32. G. BETTIOL, *La correlazione fra accusa e sentenza nel processo penale*, en *Scritti Giuridici*, Padua, 1966, vol. I, pp. 239 y ss.

La misma idea subyace en la Exposición de Motivos de la LECrim. al decir el legislador, justificando la norma del art. 733, que «proscrita para siempre la absolución de la instancia y rigiendo sin excepción la máxima *non in idem*, evidente es que el error del Fiscal en la calificación jurídica del hecho justificable produce la impunidad del delincuente», de donde se infiere que, para los

diversa finalidad a que tienden la cosa juzgada y la litispendencia, por un lado, y la congruencia penal por otro, afirmando que, mientras el fin de las primeras es el cumplimiento del principio *non bis in idem*, la segunda busca el punto de equilibrio entre los poderes inquisitivos del Juez y el derecho de defensa de la parte.

De las teorías desarrolladas a fin de identificar el hecho justificable,³³ la denominada *doctrina naturalista* ha pretendido individualizar el hecho histórica o materialmente como el acaecimiento o «trozo de vida» tomado en su integridad, prescindiendo en absoluto de la norma jurídico-penal puesto que cabe pasar de una a otra figura delictiva sin romper la identidad del hecho. Ello es cierto en cuanto significa que el objeto de la sentencia es un *factum* y no un *crimen*, pues, de lo contrario, bastaría cambiar el punto de vista jurídico, subsumiendo el hecho en otro tipo penal, para excluir la cosa juzgada o la litispendencia y juzgar nuevamente a la misma persona por los mismos hechos, o se podría iniciar un segundo proceso fundándose en elementos del acaecer histórico que fue objeto del primer proceso, pero que quedaron fuera de la figura delictiva aplicada.

Ahora bien, esta doctrina es insuficiente, entre otras razones, porque, aparte de que un sector de esa unidad material o histórica es irrelevante a efectos de individualizar el suceso aunque pueda ser decisivo a otros fines, incluso procesales,³⁴ aplicada la teoría naturalista en pureza, no cabría, por ejemplo, penar como encubridor en el mismo proceso a quien hubiera sido acusado como autor, ya que ambos hechos son histórica o materialmente distintos, de lo que se deduce la inconveniencia de defender una concepción del hecho puramente naturalista, prescindiendo incondicionalmente de todo criterio normativo.

La *teoría normativa*, apartándose de la consideración naturalista del hecho, pero sin caer en su representación sustantiva pura, sostiene que sin una especial visión jurídica penal del hecho no cabe su identifica-

redactores de la Exposición, la cosa juzgada trasciende de la calificación centrándose en los hechos, y la congruencia penal se determina en función de la calificación jurídica (*causa petendi* y *petitum*), y no del hecho.

33. Una desarrollada exposición sobre este tema puede verse en los *Comentarios a la LECrim.*, de E. GÓMEZ ORBANEJA, ya citados, tomo II, vol. I, pp. 296 a 317; y E. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La correlación...*, op. cit., pp. 522 a 537.

34. *V.gr.*, carece de importancia a tales efectos que el hecho se cometiese por la mañana o por la tarde, o incluso en diferente día, en este o en aquel lugar, por persona que esté o no aforada; si bien pueden ser elementos decisivos a efectos jurídico-penales (agravante de nocturnidad, prescripción) o procesales (competencia).

ción procesal. El hecho justiciable tiene un núcleo básico o elemento principal —el objeto normativo— que siendo común a varios tipos penales constituye su esencia, por lo que ha de permanecer inalterado a lo largo del procedimiento hasta la sentencia para que ésta sea congruente.

La doctrina normativa puede, en definitiva, resumirse diciendo que el hecho se considera procesalmente el mismo cuando exista identidad, al menos parcial, de los actos típicos de ejecución. Utilizamos así un criterio formalista: individualización de la concreta conducta típica mediante la identidad de un elemento formal de la Parte Especial del Código Penal (la actividad penalmente relevante); pero ello no basta para resolver los casos de participación y encubrimiento, pues es indudable que la actividad típica del autor material y la del inductor o la del cómplice no coinciden, y menos aún si se trata del encubridor, cuyo hacer u omitir punible exige la previa comisión del delito.

Esta laguna de la teoría normativa se subsana acudiendo a criterios complementarios, buscando el elemento común a esas conductas en sí distintas, que se halla en la identidad del bien jurídico protegido o, dicho con la terminología de Mezger,³⁵ en la identidad del *contenido material del injusto típico*.

Tratando de dar solución a todos los aspectos que la cuestión presenta sostiene Schaefer³⁶ que, a los efectos del proceso penal, debe considerarse que el hecho es el mismo:

1.º Cuando exista al menos identidad parcial de los concretos actos de realización. Basta que haya una porción común en el acaecer histórico de los objetos que se comparan, con tal que no se produzca una modificación jurídica sustancial por la concurrencia de los restantes supuestos del «tipo».

2.º Cuando, aun siendo las acciones materiales distintas, exista identidad en el contenido material de la ilicitud o del «injusto». Es decir: las acciones distintas deben dirigirse contra el mismo bien jurídico, o formar como acción continuada o en serie un todo desde el punto de vista valorativo.

35. Sobre «la antijuricidad como injusto objetivo», véase E. MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, 2.ª ed., traducida por José-Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, 1946, pp. 324 y ss.; especialmente el § 25: «El contenido material del injusto típico».

36. Cít. por E. ORBANJA, *Derecho procesal penal*, op. cit., p. 292.

Para la identificación del hecho hemos aceptado un doble criterio: uno formal o normativo (identidad del elemento formal del tipo: la actividad penalmente relevante) y otro material (identidad de un elemento material: el contenido material del delito o falta).

Con esta doctrina pueden resolverse los supuestos de las llamadas «unidades jurídicas» de delitos: el delito continuado, el permanente, el delito profesional o de hábito, el concurso real e ideal de delitos, e incluso las figuras de más reciente aparición, como el delito masa o con sujeto masa.³⁷

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, intentando armonizar las diferentes exigencias que convergen en este tema, se ha valido del concepto de *homogeneidad* para elaborar una doctrina en la que se conjugan identidad formal —objeto normativo— y material —bien jurídico lesionado—.³⁸ Así, declara el Tribunal Constitucional que «no hay indefensión si el condenado tuvo ocasión de defenderse de todos y cada uno de los elementos de hecho que componen el tipo de delito señalado en la sentencia, siendo inocuo el cambio de calificación si existe *homogeneidad* entendida como *identidad del bien o interés protegido en cuanto haya una porción del acaecer concreto o histórico común en la calificación de la acusación y la de la sentencia*» (Fundamento Jurídico 2.º, párrafo IV, de la sentencia de 29 de octubre de 1986).

2. Doctrina de la «pena justificada»

Normalmente, el órgano jurisdiccional de instancia acoge en su sentencia una de las calificaciones propuestas por las partes. De igual forma, en el recurso de casación por infracción de ley, el Tribunal Supremo confirma habitualmente la calificación de la sentencia recurrida o casa ésta, aceptando en su nueva sentencia la petición del recurrente o la de uno de ellos si son varios. Claro es que, en virtud de los principios *da mihi factum, dabo tibi ius* y *iura novit Curia*, de aplica-

37. Así, J. L. VÁZQUEZ SOTELLO, *El principio...*, art. cit., p. 408.

38. Véanse, entre otras, las SS del TS de 13 de mayo de 1972 (Ar. 2095), 30 de enero de 1973 (Ar. 339), 5 de mayo de 1983 (Ar. 2644), 28 de febrero de 1984 (Ar. 1670) y 4 de noviembre de 1986. En la misma línea las resoluciones del TC de 10 de abril de 1981 (sentencia 12/81), 6 de julio de 1983 (auto 338/83), 23 de noviembre de 1983 (sentencia 105/83) y la sentencia, a continuación citada en el texto, de 29 de octubre de 1986.

ción tanto en el proceso civil como en el penal, cabe apartarse, dentro de ciertos límites, de esta práctica usual, sin infringir el principio acusatorio ni, en definitiva, las garantías constitucionales del art. 24.

El Tribunal Supremo así lo ha entendido al considerar, en relación con el juicio de instancia, que, como se deduce de la perfecta conjunción entre los arts. 851.4.º y 733 L.E.Crim., puede condenarse por un delito distinto del apreciado en los escritos de calificación siempre que la pena sea, considerada en abstracto, de igual o menor gravedad³⁹ que las señaladas en dichos escritos, cuando, sin variar los hechos objeto de la acusación, tengan los delitos considerados la misma naturaleza o sean homogéneos, aunque constituyan distintas, pero cercanas, modalidades dentro de la tipicidad penal.⁴⁰ Ello no es sino consecuencia de lo expuesto anteriormente en el sentido de que el objeto de la acusación, juicio y sentencia, son los hechos, tal y como aparezcan configurados del resultado de la prueba, y no un determinado *titulus condemnationis* o una determinada pena.

En tales consideraciones tiene su apoyo la denominada doctrina o principio de la *pena justificada*,⁴¹ sancionada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 12/1.81, de 10 de abril,⁴² y reiterada en el auto 338/1983, de 6 de julio, y en las sentencias 105/1983, de 23 de noviembre y 29 de octubre de 1986.

39. Para sancionar por delito o falta más grave que la sostenida por las acusaciones, modificando el punto de vista jurídico, el órgano jurisdiccional, en atención al principio de contradicción y defensa, ha de pedir previamente a las partes que le ilustren acerca de la nueva tesis, planteada por el Juez o Tribunal haciendo uso de la «facultad» que le confiere el art. 733 L.E.Crim.

40. En este sentido, entre las más recientes, las SS de la Sala 2.ª del TS, de 10 de octubre de 1980 (Ar. 3688), 28 de marzo de 1981 (Ar. 1231), 30 de abril de 1981 (Ar. 1680), 9 de julio de 1982 (Ar. 4511), 5 de mayo de 1983 (Ar. 2644) y 28 de febrero de 1984 (Ar. 1670).

41. La doctrina de la «pena justificada» se ha generalizado por el Tribunal Supremo a todos aquellos supuestos en que la estimación del recurso ante él planteado esté absolutamente injustificada por aplicación del principio de ausencia de gravamen impugnativo, declarando al respecto que «procede la desestimación de aquellos motivos que sirvan de fundamento a los recursos cuando su acogida carezca de toda finalidad práctica si la pena a imponer habría de ser necesariamente la misma». Sentencia del TS de 5 de mayo de 1986 (Ar. 2417), que reitera lo dicho en las de 16 de octubre de 1984 (Ar. 4849), 21 de mayo de 1985 (Ar. 2522), 22 de junio de 1985 (Ar. 3044) y 22 de abril de 1986 (Ar. 2088).

42. Véase la glosa que de esta resolución hace A. GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA en *El principio de la «Pena justificada» en la doctrina del Tribunal Constitucional*, *Bol. Inf. Ministerio de Justicia*, n.º 1251, de 15 de septiembre de 1981, páginas 15 a 19.

Esta doctrina es aplicable en la medida en que se den dos condiciones:

1.ª *Identidad del hecho punible*, de forma que el mismo hecho que fue objeto de acusación, debatido en el juicio contradictorio y declarado probado, constituya el supuesto fáctico soporte de la calificación realizada por el Juez o Tribunal en su sentencia.⁴³

2.ª *Homogeneidad de los delitos o faltas*, es decir, que ambos tengan la misma naturaleza, porque el hecho que configuran los tipos correspondientes sea sustancialmente el mismo o porque exista identidad del bien jurídico protegido.⁴⁴

Esta teoría de origen francés⁴⁵ y basada en razones de economía procesal no previstas en la L.E.Crim.⁴⁶ permite, sin base legal concreta,⁴⁷ realizar la calificación adecuada por el Juez o Tribunal de instancia frente al error de las partes acusadoras, o mantener, en vía de recurso, la condena por una infracción penal erróneamente tipificada en la instancia, puesto que, de seguir la tesis contraria se llegaría —como precisan Sáez Jiménez y López-Fernández de Gamboa⁴⁸— «a situaciones que supondrían una más absoluta injusticia en el fallo, pues sería indudablemente solución absurda e inconcebible absolver por la simple circunstancia de que las acusaciones hubieran calificado mal el delito realmente cometido, siendo preferible que por lo menos, y aunque en menor grado, se sancione la conducta del imputado».

43. Véase lo manifestado en páginas precedentes sobre la identificación del hecho.

44. Hay que preguntarse, con E. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 422, que «si el hecho es el mismo y la calificación inocua, ¿qué papel desempeña aquí el requisito de la homogeneidad? Sin duda, hay que tener en cuenta que dentro de la identidad del hecho caben variaciones diversas. De otro modo, a supuestos de hecho inmutables corresponden calificaciones idénticas».

45. Recogida en el art. 411 del *Code d'Instruction Criminelle* francés de 17 de noviembre de 1908, en los siguientes términos: «Lorsque la peine prononcée sera la même que celle portée par la loi qui s'applique au crime, nul ne pourra demander l'annulation de l'arrêt, sous le prétexte qu'il aurait erreur dans la citation du texte de la loi.»

46. J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte general*, 10.ª ed., Madrid, 1986, p. 267.

47. J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Comentario a la sentencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1954*, en *Rev. Der. Merc.*, 1955, vol. xx, n.º 57, p. 184, nota 4.

48. J. SÁEZ JIMÉNEZ y E. LÓPEZ-FERNÁNDEZ DE GAMBOA, *Compendio de Derecho procesal civil y penal*, Madrid, 1968, tomo IV, vol. III, p. 418.

III. EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN EN LA SENTENCIA PENAL

La tutela judicial efectiva, y no meramente ideal o programática, a que el art. 24.1 C.E. se refiere, no queda satisfecha en la sentencia por la sola vinculación del juzgador al hecho justiciable y a la persona del inculpado objeto de acusación, sino que, además, la evitación de todo estado indefensivo se traduce en «el real atendimiento de las consecuencias que el binomio acusación-defensa conlleva, con igualdad de oportunidades de alegación, prueba y contradicción, debatiéndose en el seno del proceso cuantas pretensiones se aduzcan, sin hurtar ningún aspecto de la acusación al conocimiento del afectado y a la posibilidad de su impugnación y más logrado debate» (STS, Sala 2.ª, de 4 de noviembre de 1986. Ponente: Señor Soto Nieto). Ello supone que el mandato implícito del citado art. 24.1 C.E., consistente en promover la defensa, se ha de llevar a cabo mediante la correspondiente contradicción o audiencia bilateral, de modo que los hechos sean objeto de prueba y las calificaciones jurídicas de debate.

1. La tesis del art. 733 de la L.E.Crim.

De la íntima conexión entre los arts. 851.4.º y 733 L.E.Crim., aparece clara la soberanía de Jueces y Tribunales para la definitiva labor de subsunción y calificación del hecho, precisado y definido por la actividad probatoria desarrollada en un proceso con las debidas garantías.⁴⁹

Según determina el art. 851.4.º L.E.Crim., la sentencia sólo es anulable en casación por disparidad en la calificación cuando en ella «se pene un delito más grave que el que haya sido objeto de acusación»,⁵⁰ lo cual quiere decir que no hay otro límite que éste: no penar por un delito más grave, pudiendo el Tribunal acoger en su resolución una

49. Cf. F. Soto Nieto, *Correlación...*, op. cit., p. 31.

50. Es preciso denunciar la confusión de términos que aquí se manifiesta puesto que lo que forma el objeto de la acusación, del juicio y de la sentencia no es un delito sino un hecho calificado como delito o falta. «El desconocer esta distinción —subraya Gómez Orbaneja—, aparentemente sutil, puede echar por tierra el principio acusatorio verdaderamente entendido. Porque poner el acento en el delito y no en el hecho nos llevará a comparar figuras del derecho penal, para exigir una relación de menos a más, y no hechos de la vida real, para exigir su identidad» (E. GÓMEZ ORBANEJA, *Quebrantamiento de forma. Delito continuado y principio acusatorio*, Rev. Der. Proc., 1946, n.º 1, p. 126).

nueva modalidad delictiva —no hechos distintos— que conlleve pena igual o más leve,⁵¹ pues, en tales supuestos, la pena estaría justificada.⁵² Pero ni siquiera ello es absolutamente cierto ya que, frente a aquel vínculo, el legislador establece la «facultad»⁵³ del art. 733 L.E.Crim., que libera de tales límites al órgano sentenciador añadiendo al artículo 851.4.º un inciso: «si el Tribunal no hubiere procedido previamente como determina el art. 733». Luego, suprimida la correlación en principio establecida por el art. 851.4.º entre acusación y sentencia con la redacción dada a dicho precepto *in fine*, es obvio que el órgano jurisdiccional, por regla general, no se encuentra vinculado a las calificaciones parciales.⁵⁴

El art. 733 permite al Tribunal abandonar su tradicional posición pasiva de «oidor» para, completando la actividad parcial, y sin que ello signifique prejuzgar el fallo definitivo, aportar una nueva tesis calificadora a las propuestas por las partes acusadoras; no con un alcance meramente consultivo, sino como presupuesto para, apartándose de las figuras delictivas dibujadas por la acusación, dictar válidamente una sentencia condenatoria por un tipo al que se aplique pena de mayor gravedad. Al Juez o Tribunal le bastará suscitar la tesis para liberarse de toda mediatización, tanto de índole cualitativa —modalidad delictiva imputada— como cuantitativa —intensidad de las penas postuladas—, al no formar estos elementos parte integrante de la acción. El órgano jurisdiccional quedará en condiciones de elaborar una sentencia fruto de la libre convicción y estado de conciencia a que alude el art. 741 de la L.E.Crim.⁵⁵ Sólo los hechos —dentro de unos parámetros normativos— demandan correlación entre la acusación y la sentencia, estando vedada la aceptación de hechos dispares con la acusación y configurados a través de la prueba.

51. La gravedad se determina en razón de la pena calculada en abstracto, como correspondiente al delito, y no en concreto, en función de las circunstancias o grados de participación.

52. Véase el epígrafe de este trabajo rubricado *Doctrina de la «pena justificada»*.

53. Mientras el legislador suponía establecer una «facultad», lo que realmente hacía era crear un «requisito» de validez de la sentencia en que «se pone un delito más grave que el que haya sido objeto de acusación».

54. El planteamiento del problema hay que hacerlo tal como lo expone E. GÓMEZ ORBANEJA, en *Comentarios...*, op. cit., tomo II, vol. I, pp. 294 y ss.; es decir, el hecho de que la fórmula del art. 733 esté concebida como una garantía de la defensa y del ataque no limita el principio de la no vinculación, sino que lo presupone. Los arts. 733 y 851.4.º nos indican cómo ha de hacerse la calificación por el Juez o Tribunal para que ésta sea válida.

55. Cf. F. Soto Nieto, *Correlación...*, op. cit., p. 37.

La normativa legal ofrecida por el art. 733 L.E.Crim., más que ser una corrección o moderación del sistema acusatorio, como equivocadamente entendió el legislador al establecer la «facultad» de dicho precepto como una fórmula de desvinculación de las acusaciones,⁵⁶ lo que pretende es la salvaguarda del principio de contradicción,⁵⁷ que forma parte del derecho a la tutela efectiva tanto de la defensa como de la acusación,⁵⁸ a fin de que no pueda darse albergue en la sentencia a una estimación jurídica de los hechos que agrave la condena o conduzca a la liberación del acusado sin la previa posibilidad de un debate entre los interesados.⁵⁹

56. Lo cierto es que los redactores de la L.E.Crim. no entendieron el alcance del principio acusatorio. De un lado, comienza acertadamente el legislador dejando sentado, en la Exposición de Motivos, que, en oposición al principio inquisitivo, consiste el acusatorio en la neta distinción entre las funciones de acusar y de juzgar, atribuidas a órganos independientes, de modo que «sin acusación no hay juicio»; pero se mueve, sin embargo, influenciado por la analogía, que expresamente aduce, con la organización del proceso civil, particularmente respecto de la vinculación del juzgador a la calificación jurídica que hagan las partes acusadoras de los hechos, para finalmente afirmar que «este principio —el acusatorio— aplicado en absoluto adolece, sin embargo, de un vicio (...) proscriba para siempre la absolución de la instancia y rigiendo sin excepción la máxima *non bis in idem*, evidente es que el error del Fiscal en la calificación jurídica del hecho justiciable produce la impunidad del delincuente (...) llevados a tal exageración el sistema acusatorio y la pasividad de los Tribunales, éstos abdicar en el Fiscal, en cuyas manos queda toda entera la justicia. De su buena o mala fe, que no sólo de su pericia, dependería exclusivamente en lo futuro la suerte de los acusados». De otra parte, el propio sistema establecido por la L.E.Crim. en su articulado difiere de la intención legislativa, pues, en definitiva, la única vinculación que el legislador anterior a la L.E.Crim. de 1982 había previsto era la contenida en la actual redacción del art. 851.4.º, sólo que sin la frase «si el Tribunal no hubiere procedido previamente como determina el art. 733», es decir, la de no penar «un delito más grave que el que haya sido objeto de acusación», dejando al Tribunal libertad en lo demás; luego, la pretendida vinculación de la Exposición de Motivos no se plasmó en el texto de la Ley.

57. «Una cosa es el mecanismo lógico del pensamiento de nuestro legislador —escribe Cortés Domínguez—, y otra distinta es lo que resulta realmente de la Ley. Si para el legislador lo importante era el principio acusatorio, entendido como él lo hacía, lo importante para la Ley es el principio de contradicción» (V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *La cosa...*, *op. cit.*, p. 55).

58. No olvidemos que las previsiones del art. 733 L.E.Crim. no se limitan a la sola modificación *in peius* del proyecto calificador, sino que también figura la apreciación de circunstancias eximentes.

59. «En este sentido —indica Gutiérrez de Cabiedes— el planteamiento de la tesis del art. 733 tendría una simple finalidad de defensa, no de correlación entre acusación y sentencia, que depende no de la calificación, sino del mantenimiento por la segunda del mismo hecho punible imputado por la primera» (E. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La correlación...*, *op. cit.*, p. 521).

a) Interpretación auténtica y jurisprudencial

El texto del art. 733 demuestra que el propósito del legislador fue referir tal «facultad» exclusivamente al título delictivo, sin distinción de gravedad, y a las causas de exención de responsabilidad criminal, excluyendo, de forma absoluta, su aplicación a las causas por delitos sólo perseguibles a instancia de parte, y a los posibles errores de las calificaciones, así en lo referente a la apreciación de circunstancias modificativas como en cuanto al grado de participación; supuestos respecto de los cuales fue intención de la Ley mantener subsistente la vinculación del Juez o Tribunal.

El tenor del precepto cobra claridad partiendo de la equivocada concepción que del principio acusatorio tenían los redactores de la L.E.Crim.⁶⁰ En efecto, si, como creía el legislador, «la calificación jurídica provisional del hecho justiciable y de la pena del delincuente, hecha por el acusador y acusado una vez concluso el sumario, es en el procedimiento criminal lo que en el civil la demanda y su contestación, la acción y las excepciones», de modo que así como en el proceso civil el Juez está vinculado —en virtud del principio dispositivo— a lo pedido por las partes, lo está también en el proceso penal —a tenor del principio acusatorio— a las calificaciones de la acusación y defensa, no resulta difícil comprender que tales ideas podían conducir muchas veces, dado el alcance de la cosa juzgada penal, a resultados inadmisibles cual sería, por ejemplo, la impunidad del delincuente producida por el error de la acusación en el título de condena.

Para evitar estas consecuencias era preciso dotar al órgano jurisdiccional de la «facultad» excepcional de desvincularse, eso sí, salvaguardando el derecho de las partes a debatir la nueva tesis; ahora bien, al suponer tal «facultad» una brecha abierta en el sistema, la Ley instruye al juzgador para que use de ella con moderación y la excluye en absoluto, como ya dijimos, en los casos determinados en el párrafo tercero del artículo, bien sea porque tratándose de delitos sólo perseguibles a instancia de parte entiende el legislador que el principio acusatorio, como él lo concibe, no debe sufrir derogación alguna, bien porque la consecuencia de la vinculación no comporta tanta gravedad.⁶¹

60. Véase la nota 56 de este trabajo.

61. Así, E. GÓMEZ ORBANEJA, en *Comentarios...*, *op. cit.*, tomo II, vol. 1, p. 289, quien precisa que «el autor de la ley consideraba sin duda menos graves las

Inconsecuentes los redactores de la Ley con su idea de congruencia penal, no establecieron ni sancionaron en ningún otro precepto la vinculación referida a tales materias, limitándose a prever, en el artículo 851.4.º, únicamente la nulidad de la sentencia que modifique *in peius* el título delictivo sin hacer uso previamente de la tesis del art. 733. El efecto inevitable fue su aplicación en la práctica en un sentido completamente inverso: «si la sentencia sólo puede ser anulada cuando pene un delito más grave que el de la acusación, parece que en ningún otro caso está vinculado el Tribunal a la calificación de esa parte —y, por descontado, en caso alguno lo estará a la de la defensa—»,⁶² de donde resulta que los casos expresamente excluidos de la presunta «facultad» se convierten en todo lo contrario de lo pretendido por el razonamiento de la Exposición y por el propio texto de la norma: en vez de supuestos de vinculación absoluta, pasan a ser casos de absoluta e incondicionada desvinculación cualquiera que sea la consecuencia agravatoria en la pena.

En este sentido ha venido siendo interpretado jurisprudencialmente el art. 733, en relación con el 851.4.º, manteniendo el Tribunal Supremo que, a salvo el respeto por la identidad de los hechos objeto de acusación como resulten de las pruebas practicadas en el juicio, la única vinculación a que quedan sometidos los Tribunales al tiempo de dictar sentencia, respecto de los escritos de calificación de las partes (arts. 650 y 732 de la L.E.Crim.), es la de no sancionar por un delito más grave que el señalado por la acusación sin haber hecho previo uso de la tesis; fuera de ello, el órgano jurisdiccional goza de libertad para, sin necesidad de ampararse en la «facultad» del art. 733, determinar los demás elementos que integran las conclusiones parciales, imponiendo mayor pena que la señalada por las partes siempre que esté dentro de los límites de la sanción que el Código Penal recoge para la infracción enjuiciada, apreciando circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, la participación de los procesados o los diferentes grados de ejecución del delito.⁶³

consecuencias de que el fiscal olvide una agravante, por ejemplo, o confunda la autoría con la complicidad, a que incurra en el error de un título delictivo por otro. En este último caso, se deja al tribunal la posibilidad de rectificar el error (y no sólo para poder penar un «delito más grave»); en los otros, no.

62. E. GÓMEZ ORBANEJA, *Quebrantamiento...*, art. cit., p. 127.

63. Véanse, *ad exemplum*, las SS del TS de 24 de abril de 1982 (Ar. 2275), 3 de marzo de 1983 (Ar. 1762), 3 de octubre de 1984 (Ar. 4790) y 30 de enero de 1985 (Ar. 378).

b) Interpretación constitucional. Derecho a la tutela efectiva

Es obvio que la expuesta interpretación y aplicación del precepto, propiciada por el desacierto y descuido legislativo —no por su intención—, ha de ser corregida en armonía con el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, principalmente en lo que se refiere a la proscripción de todo estado indefensivo, consagrado en el art. 24.1 CE; lo que se traduce «en el real atendimiento de las consecuencias que el binomio acusación-defensa conlleva, con igualdad de oportunidades de alegación, prueba y contradicción, debatiéndose en el seno del proceso en marcha cuantas pretensiones se aduzcan, sin hurtar ningún aspecto de la acusación al conocimiento del afectado y a la posibilidad de su impugnación y más logrado debate» (S del TS, Sala 2.ª, de 4 de noviembre de 1986), consumándose la indefensión cuando una parte se ve impedida de alegar o replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción —*audiatur et altera pars*— (S del TC 89/1986, de 1 de julio).

En efecto, el art. 733 L.E.Crim. faculta al Tribunal para modificar la calificación jurídica en el supuesto de que «el hecho justiciable haya sido calificado con manifiesto error», y establece, a continuación, la fórmula que, para evitar un estado indefensivo, garantiza el principio de que «nadie puede ser condenado a tenor de un efecto jurídico sin ser oído sobre él».⁶⁴ Hasta aquí ninguna objeción constitucional; sin embargo, el párrafo 3.º de dicho precepto, interpretado según el sentir jurisprudencial anteriormente aludido, establece una serie de supuestos en los que el error en las calificaciones es subsanado por la libre apreciación del Tribunal en su sentencia sin que haya sido objeto de debate, lo que provoca la absoluta indefensión del condenado frente a unos efectos jurídicos sobre los que no ha tenido oportunidad alguna de aducir lo necesario para impugnar su aplicabilidad a los hechos enjuiciados.

Luego, en virtud de la primacía y efecto expansivo de las normas constitucionales (arts. 9 y 53 CE), el texto en cuestión ha de adecuarse

64. Tanto Viada como Gómez Orbaneja se han pronunciado precisando que el principio jurídico de que «nadie debe ser condenado sin ser oído», ha de ser formulado correctamente en el sentido de que «nadie debe ser condenado a tenor de un efecto jurídico sin ser oído sobre él» (Véase, por ejemplo, C. VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER, *Correlación...*, op. cit., pp. 439 y ss.

en su exégesis a los principios de nuestra Carta Magna de forma que, o bien se entiende —como propugna Soto Nieto⁶⁵— que «la liberación del Tribunal respecto de la necesidad de proposición de la tesis no entraña prohibición de formularla», o se opta por su inaplicación, al menos en cuanto conculque el principio de defensa, por el efecto abrogador dimanante de la Disposición derogatoria 3.ª de la Constitución.⁶⁶

Así pues, vamos a examinar a la luz del principio constitucional de tutela efectiva los diferentes elementos que integran las conclusiones parciales:

— Título delictivo

Si bien es cierto que para condenar por un delito más grave que el indicado por las acusaciones (variación *in peius*) se requiere un debate provocado por el Tribunal al amparo del art. 733 L.E.Crim., so pena de nulidad (art. 851.4.º L.E.Crim.), no está previsto dicho efecto para la variación *in aequo* o *in melius* del título de condena y, consecuentemente, como ya adelantamos, el órgano jurisdiccional es libre, por el juego de los precitados arts. 851.4.º y 733 L.E.Crim., para determinar el *titulus condemnationis* aplicable a los hechos probados, sin que sea preciso el uso de la tesis, al no producirse indefensión (art. 24.1 CE), cuando condene por delito distinto del invocado en las calificaciones siempre que sea de igual o menor gravedad y homogéneo con el imputado, de modo que el condenado haya tenido ocasión de defenderse de todos y cada uno de los elementos de hecho que componen el tipo señalado en la sentencia.⁶⁷

No sucederá lo mismo cuando se trate de penar por distinta modalidad delictiva heterogénea o de diferente naturaleza, en cuyo caso,

65. F. SOTO NIETO, *Correlación...*, op. cit., pp. 187 y 197.

66. Véase, a este respecto, la S de la Sala 2.ª del TS de 4 de noviembre de 1986 (Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Soto Nieto), donde por vez primera el TS se pronuncia sobre la inconstitucionalidad sobrevenida del art. 733 de la L.E.Crim., en lo referente a la libre apreciación por el Tribunal de instancia de circunstancias agravantes de la responsabilidad criminal.

67. Véanse las SS del TC de 19 de abril de 1981, 23 de noviembre de 1983 y 29 de octubre de 1986, así como la jurisprudencia del TS citada en la nota 40 de este trabajo.

En contra, C. VIADA LÓPEZ-PUIGSERVER, en *Correlación...*, op. cit., p. 441, para quien «cualquier variación del *titulus condemnationis* debe ser sometida a debate. No sólo la variación *in peius* sino la variación *in melius*».

las garantías constitucionales de defensa y contradicción exigen siempre el uso de la tesis a fin de procurar al acusado la posibilidad de estructurar los medios y argumentos necesarios para impugnar la pretendida tipificación de los hechos enjuiciados.

— Grado de ejecución

No está previsto en el texto del art. 733 el supuesto de que el órgano jurisdiccional se muestre disconforme con el grado de ejecución que las conclusiones sostengan.

La jurisprudencia más reciente del TS, interpretando extensivamente la desvinculación del Tribunal respecto de las calificaciones parciales, se muestra proclive a hacer aplicación directa, sin previa invitación a debate formulando la tesis, de la apreciación del grado de ejecución del delito, al entender que ello no conculca el principio acusatorio.⁶⁸

Ciertamente el principio acusatorio, tal y como lo hemos venido perfilando, no se vulnera por la apreciación en sentencia de un distinto grado de desarrollo del delito que el señalado en las acusaciones puesto que el objeto normativo y —su complemento en la identificación del hecho justiciable— el bien jurídico protegido, permanecen inmutables cualquiera que sea la modalidad delictual aceptada (consumación, frustración o tentativa).

No obstante, sí incide esta variación sobre la garantía de contradicción lesionando el derecho de defensa, ya que no es lo mismo estructurar los medios y argumentos para rebatir la tentativa o frustración (art. 3.º del CP) que para desvirtuar la consumación del delito, y a la inversa;⁶⁹ máxime cuando la gravedad de las penas en que puede desembocar esta modificación (arts. 51 y 52, en relación con el 56, todos del CP), aproxima el caso al de penalización por delito de más entidad, supuesto en el que siempre es exigible el uso de la tesis.

68. SS del TS de 30 de junio de 1980 (Ar. 3071), 3 de marzo de 1983 (Ar. 1762), 6 de abril de 1984 (Ar. 2327) y 30 de enero de 1985 (Ar. 378), entre otras.

69. De la misma opinión son C. VIADA LÓPEZ-PUIGSERVER, *Correlación...*, op. cit., p. 442, y F. SOTO NIETO, *Correlación...*, op. cit., p. 200.

— Grado de participación

El art. 733 L.E.Crim. determina que la «facultad» excepcional en él prevista «no es aplicable... en cuanto a la participación de cada uno de los procesados en la ejecución del delito», lo que ha sido entendido como autoridad del Tribunal para, rectificando libremente el grado de participación indicado por las conclusiones parciales, condenar al acusado indistintamente como autor, cómplice o encubridor.⁷⁰

Nuevamente hemos de hacer notar la confusión de principios que convergen en el tema tratando brevemente de precisar su alcance. No se cuestiona la congruencia —y el consiguiente respeto del principio acusatorio— de la sentencia que modifique el grado de participación respecto del que fue acusado el condenado, y ello porque se mantiene la identidad del hecho objeto de acusación, juicio y sentencia ya que, por un lado, la autoría y la complicidad lesionan el mismo bien jurídicamente protegido, y, por otro, el encubrimiento —como lesión a la administración de justicia interesada en aprehender al delincuente— está en íntima conexión con el bien atacado por el delito principal.⁷¹

Pero la potestad del Tribunal para pasar libremente y *ex officio* de la autoría a la complicidad o al encubrimiento y viceversa, sin sometimiento a un previo debate informativo, supone un serio atentado contra el derecho a la tutela judicial efectiva, en lo que concierne a la evitación de todo estado indefensivo, al privar al acusado de contradecir el grado de participación por el cual es condenado, distinto del que le fue imputado por las calificaciones y debatido en el juicio, hasta el punto de que ni siquiera «puede variarse la calificación jurídica en el sentido más favorable para el acusado de condenarle como cómplice en vez de como autor y sin oírle, puesto que argumentos de defensa que no necesita emplear para defenderse de la acusación de complicidad que no se le hacía, podría haberlos esgrimido, y no debe privársele de esta posibilidad».⁷²

A tales razones ha de añadirse que, por mor de lo reglado para la aplicación de las penas, el cambio en la apreciación del grado de participación es susceptible de acarrear agravación de idéntica o superior

entidad a la que supondría penar por delito más grave (vid. los arts. 53 y 54 del CP, en relación con el art. 56 del mismo texto punitivo).

— Circunstancias atenuantes y agravantes

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha permanecido fiel a la interpretación del art. 733 considerando que la apreciación de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal es materia de absoluta e incondicional desvinculación, a salvo únicamente el supuesto de que nos encontremos no ante las agravantes genéricas u ordinarias, sino ante las específicas o cualificativas, capaces de convertir el delito señalado por la acusación en un subtipo agravado, entidad autónoma típica diferenciada del primero, en cuyo caso sí es obligado proponer la tesis.⁷³

Tal criterio ha sido totalmente superado por la Sentencia de la Sala 2.ª del TS de 4 de noviembre de 1986 (Ponente: señor Soto Nieto) que, distinguiendo de forma precisa los principios acusatorio y de contradicción, declara que:

«La regulación ofrecida por el art. 733 L.E.Crim. en orden a las circunstancias agravantes de responsabilidad, permitiendo su apreciación *ex novo*, sin necesidad de acudir con precedencia al expediente de la tesis, supone un arrollamiento y vulneración del principio de contradicción y del derecho de defensa; la imposición de determinadas agravantes, atendiendo a la regla 2.ª del artículo 61 del CP, puede reportar una mutación de la calificación jurídica de mayor importancia y trascendencia que la simple variación del *titulus condemnationis*, y ello sin brindarle al interesado oportunidad alguna de adición de alegato exculpatorio que contrarreste las argumentaciones de contrario que tan directamente le afectan.»

Continúa la mencionada sentencia afirmando que lo expuesto implica «una contradicción o enfrentamiento con el art. 24.1 CE, al propiciar situaciones de indefensión», para concluir, finalmente, que todo ello conlleva, por el efecto abrogador dimanante de la Disposición derogatoria 3.ª de la CE, «el dictado de actual pérdida de vigencia de la

70. SS del TS de 29 de enero de 1983 (Ar. 702), 3 de marzo de 1983 (Ar. 1762) y 27 de febrero de 1985 (Ar. 1551), entre otras.

71. Cf. E. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La correlación...*, op. cit., pp. 528, 529 y 534.

72. C. VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER, *Correlación...*, op. cit., p. 442.

73. SS del TS de 24 de abril de 1982 (Ar. 2275), 29 de enero de 1983 (Ar. 702), 3 de marzo de 1983 (Ar. 1762), 30 de enero de 1985 (Ar. 378) y 27 de febrero de 1985 (Ar. 1551).

referencia contenida en el penúltimo párrafo del art. 733 L.E.Crim. a las circunstancias agravantes».

En cuanto a las circunstancias atenuantes, lo razonado por la precitada sentencia es válido a *contrario sensu* para justificar el uso de la tesis, como requisito para su aplicación, cuando no hayan sido alegadas, dado que el derecho a la tutela judicial efectiva, en lo referente a la prohibición de indefensión, se extiende no sólo a posibilitar la réplica y contradicción de la parte acusada frente a la acusadora, sino también a la inversa; si bien, en este supuesto, entra en juego el principio *pro reo* con los efectos que se exponen en el siguiente epígrafe sobre las circunstancias eximentes.

— Circunstancias eximentes

Uno de los supuestos para los que viene concebida la necesidad del planteamiento de la tesis del art. 733 es el de la apreciación por el Tribunal de una circunstancia eximente de responsabilidad no aducida por la defensa y, por tanto, sustraída del debate.

La garantía del principio de contradicción, inherente a las partes e integrado en el derecho a la tutela judicial efectiva, afecta tanto a la actividad de la defensa como de la acusación. Por ello, es obvio que la estimación en sentencia de una eximente cuya aplicación no ha podido ser rebatida dialécticamente por las partes acusadoras vulnera el principio de audiencia de éstas, produciendo su indefensión frente a la apreciación del órgano jurisdiccional, lo que determina su nulidad de pleno derecho (art. 238.3.º LOPJ) y consiguiente acceso a la casación por la vía del art. 849.1.º L.E.Crim. en relación con el art. 24.1 CE.

Sin embargo, no podemos olvidar que el art. 741.I L.E.Crim. obliga al Tribunal a fallar con arreglo a su conciencia y que ha de ser fiel al principio de la verdad material, lo cual significa que, apreciada por el órgano jurisdiccional la existencia de una eximente no alegada, y aun cuando por descuido no hubiera formulado la tesis, debe absolver al acusado, so pena de dictar a sabiendas una sentencia injusta.⁷⁴

74. Piénsese, por ejemplo, en el siguiente caso: El acusado, cuando cometió el delito, tenía menos de 16 años. Su apariencia, sin embargo, era la de una persona mayor y tanto para la defensa como para el Ministerio Fiscal y para el Tribunal pasó desapercibida en todo momento la certificación de nacimiento obrante en autos. Elevadas las conclusiones a definitivas en la vista oral, el órgano jurisdiccional no plantea la tesis y, declarado el juicio concluso para sen-

Planteada la cuestión en estos términos, esto es, hallándose el Tribunal ante la presencia de una eximente⁷⁵ no aducida en las calificaciones y llegado el momento procesal del art. 71 L.E.Crim. sin haber formulado oportunamente la tesis, se encuentra ante el siguiente dilema:

A) Dictar una sentencia absolutoria lesionando el principio constitucional de audiencia y contradicción de la parte acusadora, con infracción de lo previsto en el art. 733 L.E.Crim.

B) Dictar una sentencia condenatoria ignorando la causa de exculpación observada y el principio de la verdad material, que, además de ser injusta, iría en contra de lo previsto por el art. 741.I L.E.Crim.

Es evidente que no habiendo para el Tribunal otra posibilidad que las señaladas,⁷⁶ ha de darse una solución a tal colisión de normas y principios, que vendrá, en nuestra opinión, de la aplicación al tema del principio *pro reo*, que, si bien es sustituido durante el proceso por el principio *pro societate*, no cabe duda de su incondicional aplicación en la sentencia.⁷⁷

En efecto, nos inclinamos porque el Tribunal dicte una sentencia absolutoria apreciando la eximente no alegada, porque, en tal caso, se conjugan dos principios de rango constitucional, el de audiencia y

tencia, el Tribunal, examinando los autos para dictar su resolución —momento procesal del art. 741 L.E.Crim.—, advierte la existencia de la eximente de minoría de edad penal (art. 8.2.º C.P.).

75. El concepto de eximente no puede ser reducido aquí al estricto ámbito penalista del art. 8.º del C.P.; han de hallarse comprendidas en él todas las causas de exclusión, bien sea de la acción, de la antijuricidad, de la culpabilidad o de la pena, como circunstancias todas que conllevan la absolución del acusado. Cf. J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho...*, *op. cit.*, *Parte general*, pp. 493 a 685.

76. Entendemos que en ningún caso sería de aplicación lo previsto por el art. 240.2.º LOPJ para subsanar, si procede, o, en caso contrario, declarar de oficio la nulidad de los actos judiciales nulos de pleno derecho al haberse producido con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que efectivamente se haya causado indefensión (art. 238.3.º LOPJ); y ello porque la infracción del principio de audiencia de las partes acusadoras se produce en el mismo momento de dictar sentencia apreciando una eximente no debatida, y no anteriormente; luego, cuando el Tribunal estudiando los autos para sentencia constata la existencia de la eximente, aún no se ha producido quebranto de principio alguno y, por ende, no hay motivo para usar del aludido expediente.

77. Véase, sobre esta cuestión, el trabajo de E. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *El principio «pro reo» en el Derecho y en el proceso penal*, en *Estudios de Derecho procesal*, Pamplona, 1974, pp. 461-507.

contradicción de la acusación y el *pro reo* del acusado, ambos implícitos en el tenor del art. 24 de nuestra Carta Magna, de los cuales este último ha de estimarse de preferente protección por afectar a un bien máspreciado: la libertad; máxime si tenemos en cuenta que garantizada constitucionalmente la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), con mayor razón habrá de tutelarse la certeza de inocencia por concurrir alguna circunstancia eximente, en cuyo caso ha de reputarse inadmisibles la sentencia condenatoria.

Ello no obstante, hemos de dejar claro que sólo en casos excepcionales de colisión, como el planteado, ha de protegerse el principio *pro reo* con prioridad, puesto que el deber del Tribunal es salvaguardar todos los principios que implícitamente conlleva la tutela judicial efectiva, haciendo uso de la tesis, tal como prevé el art. 733 L.E.Crim., para garantizar el derecho de la acusación a contradecir la aplicación de una eximente no alegada en las conclusiones y observada por el Tribunal.

— Pena

El Juez o Tribunal se halla en absoluta libertad para imponer la pena señalada por la Ley al delito de que se trate dentro del grado o grados que procedan, lo que significa poder sancionar con pena superior en duración a la solicitada por las acusaciones siempre que no rebase el límite señalado por el tipo penal,⁷⁸ puesto que «la ley —nos dice Rodríguez Devesa⁷⁹— hace un esfuerzo por proporcionar la pena abstracta a las circunstancias del delito y del delincuente, pero es el juez quien, en definitiva, ha de fijar la pena concreta que ha de cumplir el que ha cometido el delito».

De ello puede concluirse —siguiendo a Viada⁸⁰— que «la petición de pena debería ser un trámite innecesario, y lo que las partes deberían solamente discutir es la cuestión de hecho y la calificación jurídica, puesto que la pena es una consecuencia de ésta».

78. SS del TS, entre otras muchas, de 7 de octubre de 1980 (Ar. 3670), 10 de marzo de 1981 (Ar. 1096), 14 de mayo de 1981 (Ar. 2227), 24 de abril de 1982 (Ar. 2275), 3 de marzo de 1983 (Ar. 1762), 30 de mayo de 1983 (Ar. 2803), 4 de junio de 1984 (Ar. 3509) y 3 de octubre de 1984 (Ar. 4790).

79. J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho...*, op. cit., Parte General, p. 952.

80. C. VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER, *Correlación...*, op. cit., p. 444.

2. La «conformidad» del acusado

La institución procesal regulada en los arts. 688 a 700 de la L.E.Crim. supone una declaración de voluntad que, tendente a truncar el proceso, consagra, dentro de ciertos límites, la disposición por el acusado de su derecho de defensa,⁸¹ del proceso renunciando a los actos del juicio oral⁸² y del contenido jurídico-material de la sentencia⁸³ al evitar que el Tribunal pueda hacer uso de la «facultad» del art. 733 L.E.Crim., agravando la calificación planteada por las partes.

Para que la «conformidad» del acusado con el contenido de la calificación más grave⁸⁴ produzca el efecto de excluir la continuación del juicio se requiere: 1.º que la pena pedida por las partes acusadoras sea de «carácter correccional»⁸⁵ (hoy hasta prisión menor); 2.º que concu-

81. Cf., en este sentido, N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *El allanamiento en el proceso penal*, Buenos Aires, 1962, p. 129; V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *La cosa...*, op. cit., p. 48; J. L. VÁZQUEZ SOTELO, *El principio...*, art. cit., p. 405, y V. FAIRÉN GUILLÉN, *La disponibilidad...*, op. cit., p. 1234, cuando dice que «dispone del contenido defensivo de la actividad de su defensor y de la suya propia», si bien, para este autor, la disposición no se limita, como luego veremos, a este único contenido.

82. Así, M. FENECH NAVARRO, *Derecho...*, op. cit., tomo II, p. 896, quien se refiere a una *disposición procesal* no sobre el contenido sino sobre el desarrollo del proceso mismo: «Cuando el imputado se conforma con la calificación más grave —precisa Fenech— dispone del proceso por cuanto su acto tiene como efecto la no celebración del debate del juicio oral como etapa procesal la más importante, juzgando el Tribunal sólo a base del material que le proporciona el sumario o etapa preprocesal, y las alegaciones de los acusadores.»

83. Cf. J. L. VÁZQUEZ SOTELO, *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*, Barcelona, 1984, pp. 123-124, y V. FAIRÉN GUILLÉN, *La disponibilidad...*, op. et loc. cit., quien opina que «hay en las dos conformidades una doble disposición por parte del acusado: A) sobre el proceso; B) sobre el derecho material (delito-pena) ya que por su voluntad impide no sólo que se agrave la acusación, sino incluso que se produzca otra nueva —la correspondiente al art. 733—».

84. Aunque la L.E.Crim. utilice diversa terminología, estimamos, siguiendo a Fairén, «que el art. 688 y sigs. tienen el mismo contenido material que el 655: la conformidad con «el contenido» de la calificación acusadora, ya que si en el art. 655 se le preguntaba por «la pena» y en el art. 688 y sigs. por «el delito», ambos van unidos (salvo los casos de excusas absolutorias). Diferente es, por el contrario, el aspecto procesal que ofrece nuestra figura: se altera el orden de los factores (el orden de las contestaciones) pero no sustancialmente el producto: o continuación del juicio, o sentencia recogiendo la conformidad siempre que ésta fuere legal» (V. FAIRÉN GUILLÉN, *La disponibilidad...*, op. cit., páginas 1226-1227).

85. Estas penas eran en el Código Penal de 1879 las de presidio y prisión correccionales, destierro, reprensión pública, suspensión de cargo público, dere-

rran las voluntades del acusado y de su defensor manifestando la «conformidad»; 3.º que el defensor considere innecesaria la continuación del juicio; 4.º que habiendo varios acusados, todos manifiesten igual «conformidad», pues en caso contrario se continúa el juicio para juzgar incluso a quien o quienes dieron su «conformidad», perdiendo ésta su valor vinculante para el Tribunal;⁸⁶ y 5.º que la pena procedente según la calificación mutuamente aceptada no sea, a juicio del Tribunal, mayor que la pedida, en cuyo caso se acordaría la continuación del juicio (sólo en el trámite del art. 655).

Es indudable que este acto dispositivo⁸⁷ se asemeja mucho a la figura del allanamiento⁸⁸ como una forma autocompositiva, excepcionalmente admitida en la jurisdicción penal donde los principios de legalidad y oficialidad caracterizan el ejercicio de la acción y la actuación del Ministerio Fiscal. Ahora bien, constituye un grave error trasladar de modo absoluto al proceso penal el concepto de allanamiento a la pretensión, propio del proceso civil, que automáticamente, y siempre que se trate de derechos disponibles, provoca la total vinculación

cho de sufragio, profesión u oficio y arresto mayor. Hoy día, la referencia a la pena correccional debe entenderse hecha a las que figuran en la escala de penas del art. 27 del Código Penal hasta la de prisión menor, cuya duración es de 6 meses y 1 día a 6 años (art. 30 C.P.).

86. A este respecto ha de tenerse en cuenta la distinción hecha por Fenech de las tres hipótesis en la conformidad parcial, ya sea subjetiva, objetiva o mixta. De ellas, la más espinosa es la última, sobre la cual escribe dicho autor: «Si en un mismo proceso se persiguen dos o más hechos diversos, atribuidos independientemente a dos o más imputados distintos, y uno de ellos se conforma con la pena pedida en el escrito de conclusiones del acusador y los demás no, puede decretarse la continuación del juicio oral sólo para aquellos que no se conformaron y dictar sentencia, desde luego, para el que expresó su conformidad. Esta doctrina puede deducirse de la expresada por el TS cuando declara que si en la causa se persiguen dos hechos diversos, cometidos por dos procesados distintos, uno de los cuales se conformó con la pena correccional pedida por el Ministerio Fiscal para él, y como para el otro procesado por el otro delito pidió dicho Ministerio la prisión mayor, y la Sala acordó que se continuase el juicio respecto de éste, sin que citase al primero en concepto de procesado, no puede éste alegar indefensión por haberse conformado con la pena pedida para él (S. 26 de julio de 1885)» (M. FENECH NAVARRO, *Derecho...*, op. cit., tomo II, pp. 904-905).

87. «El indicio más característico del predominio del principio acusatorio», a criterio de J. GOLDSCHMIDT, *Problemas...*, op. cit., p. 58.

88. N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, en *El allanamiento...*, op. cit., pp. 114 y ss., califica este acto como «una modalidad del allanamiento»; igual criterio mantiene V. FAIRÉN GUILLÉN en *La disponibilidad...*, op. cit., pp. 1232 y ss. Opinión contraria es la de M. FENECH NAVARRO en *Derecho...*, op. cit., tomo II, p. 896, quien descarta del proceso penal la institución del allanamiento.

del órgano jurisdiccional, quien, para no incidir en incongruencia, ha de fallar de conformidad con las peticiones concordantes de las partes.

Por el contrario, nos hallamos aquí en presencia de una disposición relativa puesto que sólo relativamente queda vinculado o sometido el Tribunal por la «conformidad» del acusado; y ello porque las normas procesales de *ius cogens*, sustraídas de la disposición parcial, permiten al órgano jurisdiccional pronunciar «la sentencia que proceda, según la calificación mutuamente aceptada, sin que pueda imponer pena mayor que la solicitada» (art. 655.II y, por remisión, el art. 694), de donde se sigue que el Tribunal, fiel al principio de la verdad material, podrá, si lo estima procedente, imponer pena menor que la solicitada por la acusación e incluso absolver al acusado.⁸⁹

De otro lado, y sólo si la «conformidad» se produce en el cruce de los escritos de calificación provisional (supuesto regulado en el art. 655 L.E.Crim.), el Tribunal ha de valorar la incongruencia de la calificación con la pena en ella solicitada cuando el error suponga que debería imponerse una pena mayor, en cuyo caso «acordará la continuación del

89. Si bien es unánime la doctrina en cuanto a que el Tribunal puede imponer pena menor que la solicitada, no sucede lo mismo respecto de la posible absolución del acusado, que tiene su base en las Memorias de la Fiscalía del TS de 15 de septiembre de 1896, y la contestación a la consulta de 31 de mayo de 1898, en la Memoria del mismo año.

No contradice tal posibilidad E. GÓMEZ ORBANEJA en *Comentarios...*, op. cit., tomo II, vol. I, pp. 292 y ss.; es admitida por V. FAIRÉN GUILLÉN en *La disponibilidad...*, op. cit., pp. 1223 y 1227, por J. L. VÁZQUEZ SOTELO, en *Presunción...*, op. cit., 123 y por E. AGUILERA DE PAZ, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Madrid, 1924, tomo V, pp. 77-79, quien, no obstante, aclara que no cabrá la absolución cuando se trate de no ser la calificación del delito la procedente sino otra más grave, en cuyo caso ha de estarse a la calificación mutuamente aceptada. Resultante contrario a la posibilidad de absolución es N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, en *El allanamiento...*, op. cit., pp. 182-188, entre otras razones, porque «semejante interpretación supone un desbordamiento inadmisibles de los principios inquisitivo y de oficialidad sobre una institución que precisamente se basa en los opuestos a ella, o sea, el acusatorio y el dispositivo... habría que preguntarse en qué se puede fundar el tribunal para apartarse de la calificación mutuamente aceptada, cuando los datos del sumario no constituyen prueba sino excepcionalmente, y la del juicio oral no se practica en tal supuesto, y cuando faltan asimismo el debate final entre las partes y toda facultad judicial para ordenar diligencias de prueba por su cuenta... los tribunales que adopten la peregrina doctrina de la fiscalía, lesionarán gravemente los derechos de las partes acusadoras... porque merced a un acto del adversario y a una extralimitación del tribunal, se les priva de demostrar el fundamento de sus acusaciones y de recurrir en su día, cual se les habría permitido contra el fallo dictado en el contradictorio»; sin embargo, de acuerdo con lo expuesto por FAIRÉN (op. cit., p. 1223, nota 67), si hay un desbordamiento de lo inquisitivo es admisible al producirse operando el *favor rei*.

juicio» (art. 655.III), facultad de la que no goza si la «conformidad» se produce en el acto de constitución del Tribunal previo al inicio de la sesión del debate o juicio oral en sentido estricto,⁹⁰ si bien —precisa Vázquez Sotelo⁹¹— «tiene la facultad de ordenar el inicio del juicio —en obsequio a la esencia misma del *ius puniendi* y de una de las finalidades supremas del proceso penal *innocentum non condemnari*— cuando se trate de un delito de los que necesariamente dejan «cuerpo», cuya existencia en el sumario no se haya podido hacer constar, siendo así que de haberse cometido el supuesto delito «no pueda por menos de existir aquél» (art. 699), juicio que prosigue entonces pese a la conformidad del procesado o procesados y de sus defensores».

El Tribunal Supremo, por su parte, estimó, sin duda con manifiesto error, que el órgano jurisdiccional «podía moverse dentro del margen que limita el grado, a tenor de la regla 4.ª del art. 61 del ordenamiento jurídico punitivo, sin que estuviese en su facultad imponer pena inferior al *minimum* del grado máximo...» (S de 24 de abril de 1950, Ar. 660). Más acertada es la doctrina sentada posteriormente (por ejemplo en la S de 22 de abril de 1966, Ar. 1881) y reiterada hasta la jurisprudencia más reciente, en la que nuestro Alto Tribunal declara que:

«Cuando el acusado, al inicio del juicio oral, se confiesa autor del delito según los términos de la acusación contra él formulada, y no reputa el Letrado defensor necesaria la continuación del juicio, el art. 655 L.E.Crim. —al que se remite el art. 694— permite al Tribunal dictar, sin más trámites, la sentencia que proceda según la calificación mutuamente aceptada, con límite superior en la pena solicitada; y esta normativa legal, a través de la interpretación jurisprudencial, ha llevado a las siguientes conclusiones: a) que deben ser respetados esencialmente los hechos que refleja el escrito de conclusiones de la parte acusadora, vinculantes para las partes y para el Tribunal (cf. TS SS 4 de diciembre de 1969 y 9 de junio

de 1978); y b) en relación a la pena, manteniendo la calificación de los hechos, puede moverse el Tribunal dentro de la solicitada, separándose por vía de excepción únicamente en favor del reo, incluso llegando a la absolución cuando la situación de hecho no revista caracteres delictivos (cf. TS SS 22 de abril y 20 de junio de 1966 y 6 de diciembre de 1974)» (STS, Sala 2.ª, 5 de diciembre de 1984, Ar. 6239).

En cuanto a los posibles antecedentes de esta institución,⁹² sólo poner de manifiesto que nuestra «conformidad» (sobre todo la del art. 688 y ss.) recuerda y entronca con la posibilidad que se reconoce al acusado en el enjuiciamiento criminal inglés de declararse culpable (*plea guilty*)⁹³ o inocente (*not guilty*), de modo que si se confiesa culpable no es preciso constituir el Jurado ni celebrar el juicio, siendo sentenciado en base a su propia confesión (*own confession*).

Añadamos finalmente que en el nuevo procedimiento para «delitos dolosos, menos graves y flagrantes», creado por la LO de 11 de noviembre de 1980, debe considerarse que existe la posibilidad de «conformarse» correlativa a la de los arts. 655 y 688 y ss. de la L.E.Crim., no sólo por la genérica remisión a las normas de la L.E.Crim. para su aplicación supletoria (Disposición final 1.ª) sino por lo dispuesto expresamente en los arts. 7.2,II y 10.2.ª de la mencionada Ley Orgánica.

No existe, por el contrario, oportunidad análoga a la del art. 655 en el «procedimiento de urgencia», introducido en la L.E.Crim. por la Ley de 8 de abril de 1967, aunque sí puede manifestar su «conformidad» el acusado en el acto del juicio oral (art. 800.1.ª y, por remisión, el art. 791.8.ª).

92. Véase, respecto de los antecedentes y evolución de esta institución, N. ALCALÁ-ZAMORA Y NIETO, *El allanamiento...*, op. cit., pp. 27 a 50.

93. Sobre esta figura, cf., por ejemplo, R. M. JACKSON, *The Machinery of Justice in England*, 5.ª ed., Cambridge, 1967, pp. 140 y ss.; M. AMOS, *British Justice*, Edinburgo, 1944, pp. 32 y ss.; F. T. GILES, *The Criminal Law*, traducido al castellano por E. Jardí con el título de *El Derecho penal inglés y su procedimiento*, Barcelona, 1957, pp. 127, 194 y ss.; y M. PASTOR LÓPEZ, *El proceso penal inglés*, en *Rev. Der. Proc.*, 1967, n.º 2, pp. 86 y ss.

Invocándose otros ejemplos del Derecho procesal comparado como el procedimiento monitorio penal o «*condamna per decreto*» del procedimiento italiano, o la «*Strafbefehl*» de la StPO alemana (§§ 407 a 412), se ha sostenido que esta institución, adecuadamente regulada, planteada especialmente para los delitos no graves, podría contribuir notablemente a aligerar el trabajo de los Juzgados y Tribunales penales. Cf. N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *El allanamiento...*, op. cit., páginas 155 y ss.

90. Advértase, sin embargo, que la vinculación del Tribunal a través del art. 655 lo es, según su tenor literal, «con la pena», pudiendo desviarse solamente en favor del acusado, mientras que la del art. 688 lo es «con el delito» siempre que se pida la imposición de pena correccional; aparentemente, pues, en el caso de los arts. 688 y ss. el Tribunal podría moverse con mayor libertad en la corrección de una calificación que pretendiese erróneamente una pena inferior a la procedente. No obstante, entendemos que en ningún caso podrá el Tribunal imponer pena superior a la solicitada por la calificación más grave, ya sea en el trámite del art. 655, por así preverlo expresamente en su párrafo segundo, o bien en el de los arts. 688 y ss., por la remisión que hace el art. 694 para, en su caso, dictar sentencia en los términos expresados en el art. 655.

91. J. L. VÁZQUEZ SOTELO, *Presunción...*, op. cit., p. 123.

IV. CONCLUSIONES

Como síntesis del estudio realizado podemos sentar las siguientes conclusiones:

1.ª El derecho a la tutela judicial efectiva, sancionado constitucionalmente por el art. 24.1 CE, conlleva implícitos dos principios que inciden en la sentencia penal para evitar todo estado indefensivo de cualquiera de las partes: el acusatorio y el de contradicción; principios que los redactores de nuestra L.E.Crim. no supieron distinguir con la debida claridad y precisión.

2.ª El principio acusatorio, por lo que se refiere a la congruencia o correlación entre acusación y sentencia penal, se traduce en la vinculación del órgano jurisdiccional únicamente en cuanto a la persona o personas contra quienes se dirija la acusación y a los hechos —verdadero objeto de la acción, del juicio y de la sentencia— identificados dentro de una consideración normativa complementada por la identidad del bien jurídico lesionado. No son vinculantes, por el contrario, los demás elementos que integran las calificaciones parciales (art. 650, 2.ª a 5.ª, de la L.E.Crim.).

Ello significa, en buena técnica, que, una vez celebrado el proceso, la retirada de la acusación en las conclusiones definitivas ha de estimarse irrelevante a efectos de congruencia puesto que, como se ha dicho, son los hechos configurados por el resultado de la prueba practicada los que vinculan al juzgador en su sentencia (art. 741 L.E.Crim.), teniendo plena vigencia en el proceso penal los axiomas *da mihi factum, dabo tibi ius* y *iura novit Curia*. Lo contrario, esto es, mantener la tesis de que la retirada de la acusación tras la celebración de un proceso con todas las garantías ha de traducirse en una sentencia absoluta, supone dejar en manos de las partes acusadoras la apreciación vinculante de la prueba, función que es propia del órgano jurisdiccional.

3.ª El principio de contradicción o de audiencia bilateral exige, en cuanto a los hechos, que la prueba sobre los mismos lo sea en paridad de condiciones respecto de la proposición e intervención en su práctica; y, en cuanto a las demás conclusiones parciales, la salvaguarda de este principio, como garantía de defensa, requiere que tales califica-

ciones puedan ser replicadas dialécticamente por la parte que impugne su aplicación. Ello no obstante, la imposición de la pena, graduándola libremente el juzgador dentro de los límites señalados en el tipo penal aplicado, no vulnera ningún principio por ser ésta la consecuencia jurídico-penal de una determinada calificación jurídica.

4.ª No se produce indefensión, ni se lesionan por tanto los principios acusatorio y de contradicción cuando, en sentencia y sin previo debate, se modifica el *titulus condemnationis* indicado por las partes si la pena prevista es de igual o menor gravedad y existe *homogeneidad* entre los tipos delictivos entendida como identidad del bien o interés protegido —identidad material del hecho—, en cuanto haya una porción del acaecer concreto o histórico común en la calificación de la acusación y la de la sentencia —identidad formal del hecho—, de modo que el condenado haya tenido ocasión de defenderse de todos y cada uno de los elementos de hecho que componen el tipo señalado en la sentencia. En tales casos estamos ante supuestos de *pena justificada*.

5.ª La tesis que el art. 733 exige formular al Tribunal en ciertos casos como garantía del principio de contradicción ha sido infrauti-lizada por un erróneo entendimiento del principio acusatorio. De *lege lata*, dicha previsión normativa sólo es aplicable cuando el Tribunal, juzgando por el resultado de las pruebas, entendiere que el hecho justificable ha sido calificado con manifiesto error, reduciéndose la fórmula legal al planteamiento del debate únicamente en cuanto al título delictivo, sin distinción de gravedad, y a la apreciación de alguna circunstancia eximente no aducida; si bien, por la interpretación conjunta de los arts. 733 y 51.4.º L.E.Crim., resulta que al órgano jurisdiccional sólo le es obligado plantear la tesis cuando pretenda acoger en su resolución una modalidad delictiva heterogénea o más grave que la señalada por la acusación.

6.ª Es insostenible, por contrariar el espíritu del art. 24.1 CE, la interpretación del párrafo tercero del art. 733 L.E.Crim. como absoluta e incondicionada desvinculación del Tribunal respecto de las conclusiones definitivas para determinar el grado de ejecución, de participación y la apreciación de circunstancias modificativas, so pena de conculcar gravemente el derecho a la tutela efectiva provocando la indefensión de aquella parte a quien se le niega la oportunidad de argumentar en contra de su aplicación al caso enjuiciado.

7.ª De *lege ferenda* sería conveniente la extensión de la fórmula prevista por el art. 733 L.E.Crim. a los supuestos de retirada de la acusación tras la celebración del oportuno juicio contradictorio, así como a cualquier variación de las calificaciones definitivas referida al grado de ejecución, de participación o de las circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, sobre las cuales el Tribunal estime oportuna su ilustración a fin de que, si acoge en sentencia su propia tesis, no se lesionen los derechos de defensa de ninguna de las partes.

8.ª La «conformidad» del acusado con la calificación más grave de la acusación, institución procesal regulada en los arts. 655 y 688 y ss. de la L.E.Crim., supone una excepcional manifestación en la jurisdicción penal del principio dispositivo sobre el proceso y sobre el derecho material, que vincula relativamente al órgano jurisdiccional en cuanto a la continuación del juicio y restringe su libertad para, sin rebasar el límite señalado por el tipo penal y dentro del grado o grados procedentes, sancionar con pena superior a la solicitada por las acusaciones ya que, en estos supuestos, el Juez o Tribunal queda vinculado en el sentido de pronunciar «la sentencia que proceda según la calificación mutuamente aceptada, *sin que pueda imponer pena mayor que la solicitada*» (art. 655.II y, por remisión, el art. 694).

9.ª En definitiva, y como tesis general para salvaguardar los principios acusatorio y de contradicción, implícitos en el derecho a la tutela judicial efectiva, a fin de que en ningún caso se produzca indefensión de cualquiera de las partes (art. 24.1 CE), sostenemos los siguientes postulados:

a) La variación o cambio en la persona inculpada o en el hecho justiciable requiere un nuevo proceso (principio acusatorio-congruencia penal).

b) La modificación del *titulus condemnationis*, grado de ejecución, grado de participación o apreciación de circunstancias atenuantes, agravantes o eximentes no aducidas, conlleva la necesidad de un nuevo debate (principio de contradicción). Esta función puede ser asumida por la tesis del art. 733 de la L.E.Crim. interpretado, o mejor expresamente legislado, en el sentido de ampliar los supuestos para los que el mismo fue concebido por los redactores de la L.E.Crim.

c) La determinación de la pena corresponde, salvo lo previsto para la «conformidad» del acusado, a la soberanía directa del Tribunal dentro del grado o grados señalados por el tipo delictivo aplicado en sentencia, sin que tal arbitrio conculque principio alguno.

EL JUEZ DEL TÍTULO PRELIMINAR. (La justicia del «Estado de Derecho» en la crisis del «Estado social»)*

PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ
Juez de Instrucción

La invitación a reflexionar sobre el Título Preliminar de la Constitución para quien se dedica profesionalmente al ejercicio de la jurisdicción, tiene en principio algo de incitación a pensar, sobre todo, en el tipo de juez que está implícito o demanda el modelo teórico de Estado que allí se proyecta, y en qué medida tiene o no confirmación y ulterior desarrollo en los otros momentos en que el texto fundamental se ocupa de la magistratura como articulación estatal.

Esa clase de ejercicio básicamente técnico-abstracto, aunque sugestivo, es seguramente insuficiente y quizás un tanto academizante, e incluso ingenuo en una situación como la presente.

Esta valoración, unida o posiblemente ocasionada por ciertos datos vivos que desde la realidad sociopolítica, pero también desde el propio entorno político-normativo, proyectan sobre el juez y su hacer un apretado haz de luces y sombras, y un nutrido cúmulo de cuestiones, sino radicalmente nuevas, a veces con una inflexión que si lo es, ha producido un desplazamiento del centro de mi interés. Me ha llevado a tratar de preguntarme más bien por los rasgos caracterizadores de la institución que ejerce la justicia en este país, aquí y ahora; por su gra-

* Texto de la comunicación presentada por el autor a las *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución* organizadas por el Cuerpo Superior de Letrados del Estado y que han tenido lugar durante los días 25-29 de mayo de 1987.

do de adecuación o inadecuación a la naturaleza de las demandas que desde diversos ámbitos convergen sobre la misma, y, en fin, acerca de si es ése el juez exigido o prefigurado por la forma de Estado que dibuja el Título Preliminar, y si encuentra (o no) correspondencia en los otros momentos del texto constitucional. Y ello no con la pretensión de dar respuestas a ese cúmulo de interrogantes, sino para al menos proponer un debate sobre esas cuestiones, que creo subyacen a algunos de los nudos problemáticos que hoy pesan sobre la magistratura.

Hasta hace bien pocos años, la administración de justicia era un complejo institucional dispensador de prestaciones escasamente satisfactorias, y generador incluso de no pocos problemas a los particulares. No era, sin embargo, en sí misma un universo conflictual, o al menos no lo era en términos relevantes. Ofrecía mayoritariamente una imagen de homogeneidad articulada y pacífica y constituía un buen ejemplo de integración armónica en el contexto general de la administración del Estado. De integración, desde luego, en condiciones de subalternidad y dependencia objetivas, que posibilitaban la prestación de un determinado servicio político, evaluable fundamentalmente en términos de control e inducción de consenso.

Los jueces, por su parte, ofrecían la imagen de una existencia bastante compacta y sin fisuras estimables en el plano ideológico o político-cultural. Su *modus operandi*, por lo demás, carecía de la suficiente entidad significativa como para singularizarse en el marco del resto de la burocracia estatal.

Podría pensarse que esta situación era, en el caso español, manifestación simplemente, una más, de la férrea disciplina interna caracterizadora de la organización política franquista. Pero la verdad es que el franquismo no constituyó, no obstante, una condición necesaria al respecto. Pudo, sí, haber contribuido a acentuar algunos rasgos, pero en lo fundamental, el apuntado era el modo de ser del —también entonces— frecuentemente llamado poder judicial, en la forma liberal de Estado. Y fruto no tanto de la dócil sumisión al principio de legalidad, como de las peculiaridades del gobierno político de la organización. Es bien conocida ya la plena funcionalidad de la misma incluso a modalidades radicalmente autoritarias y antidemocráticas de ejercicio del poder, precisamente después de experiencias históricas recientes entre las que la española resulta particularmente ilustrativa.

Pues bien, una aproximación, aún meramente intuitiva, a lo que hoy representa el fenómeno judicial, pone inmediatamente de manifiesto una muy distinta manera de presentarse y de incidir socialmen-

te, y también de ser percibido desde la sociedad. Pero a poco que se profundice en el análisis, podría concluirse seguramente que ha cambiado a la vez en grado estimable no tanto la forma orgánica, como sobre todo el modo de insertarse el orden judicial —y quizá más el trabajo judicial— en el ámbito estatal. También la justicia ha pasado en un breve espacio de tiempo, de no existir políticamente con una entidad que la hiciera por sí misma significativa, a comparecer cotidianamente ante los ciudadanos con una presencia insistente que es antes que nada conflictual y que ofrece con frecuencia perfiles inmediatamente políticos.

Si cupiera alguna duda, bastaría comprobar cómo, informativamente, ha experimentado un desplazamiento bastante elocuente desde la «crónica de sucesos» y las páginas «de tribunales» a la propia «crónica política». Del mismo modo que, creo podría decirse, está evolucionando de manera notable su tratamiento y el interés que suscita por parte de quienes tienen, desde ámbitos disciplinares diversos, a la organización del Estado como objeto de estudio. Así, ha podido escribirse en ocasiones que la magistratura, en países como el nuestro, de una manera puramente orgánica de manifestarse en el medio constituido por las relaciones institucionales internas al aparato estatal, ha pasado a verse atraída o quizás a integrarse, más allá de los límites de este último, en el sistema político.

Parece obligado preguntarse si esto puede entenderse sólo a partir de las variaciones experimentadas por la organización judicial tras su nueva configuración constitucional.

A este respecto, sí hay que decir que no faltaron autores (Peces Barba, Ledesma), que valoraron el establecimiento del nuevo sistema de gobierno de la justicia por el Consejo General del Poder Judicial como avance rupturista hasta «la línea de una utopía». Pero también es cierto que lo hicieron sobre la base de entender que aquel órgano constitucional de nueva planta, concebido en su modo de composición como lo hacía su primera Ley Orgánica, de 10 de enero de 1980, implicaba la necesaria «supresión de las competencias del Ministerio de Justicia en el ámbito del poder judicial». Por eso, después de la reforma que en aquel aspecto vino a suponer la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, y el simultáneo reforzamiento del papel de ese ministerio en el terreno de la administración de la jurisdicción, cabe entender desaparecidas en buena medida las razones motivadoras de aquella quizás hiperbólica valoración inicial.

Al día de hoy, incluso sin subestimar desde el punto de vista de la

independencia «externa» el actual modo de concebir y sobre todo de integrar electoralmente el CGPJ —aunque también sin perder de vista algunos riesgos del mismo explícitamente denunciados por el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 29 de julio de 1986, y confirmados por la práctica—, podría afirmarse que la organización judicial no ha experimentado ningún cambio de cualidad desde el punto de vista de la articulación interna. Ésta sigue respondiendo al paradigma tradicional, de estirpe napoleónica, de estructura jerarquizada y vertical, configurada como «carrera». Diseño éste, como se sabe muy bien, no ideado precisamente para favorecer el ejercicio de la independencia interna y la sumisión sólo a la ley.

Si ha cambiado la titularidad de la acción de gobierno en la cúpula, porque aun cuando el nuevo órgano pueda por su extracción aparecer y en ocasiones claramente actuar como un comisionado político implícito de la mayoría gobernante, sobre-representada en él por la desnaturalización de los mecanismos representativos a que empuja la «lógica del Estado de partidos» aludida por el Tribunal Constitucional en su Sentencia citada, lo cierto es que no es el Ministerio quien desempeña el gobierno de la justicia. Ello implica la existencia, al menos como posibilidad, de algún grado de tensión dialéctica entre ambas instituciones, ausente de la realidad preconstitucional —pero inferior a la que haría posible la Ley Orgánica 1/1980, que naturalmente tendría que haber sido corregida en algunos aspectos— y sin duda favorecedora de la independencia en el ejercicio de la jurisdicción.

Del mismo modo, también refuerzan la consistencia práctica de ese valor la existencia de un clima de libertad de expresión en el que la opinión sobre la justicia ocupa ahora claramente un lugar; y el pluralismo cultural que tiene ya decididamente carta de naturaleza en el ámbito de la magistratura. Sobre todo este último factor, que ha demostrado ser un importante elemento de transformación dentro de la concepción liberal del poder judicial, el carácter sólo formal de cuya independencia como tal, se hallaba previamente asegurado por la rigurosa homogeneidad político-cultural y de intereses de quienes ocupaban todos los centros de poder político, incluido el gobierno de la magistratura.

No es ajeno a esto último la existencia de un movimiento asociativo judicial, puro reconocimiento en su día de un dato de realidad, precondición entonces de la configuración dada al Consejo, y que ahora ya no es «orgánico» a la forma de concebir la integración electiva de ese órgano. Como tampoco es extraña a aquella constatación la moderada

pero estimable evolución que ha experimentado el tratamiento legal de la «disciplina» (quizá no pueda decirse lo mismo sin reservas, a propósito de su práctica). En todo caso, aquellos y éstos serían factores que han incidido desde fuera modificando la proyección práctica de un complejo institucional que en sus constantes básicas se ha querido mantener básicamente inmutado.

Por ello, podría decirse, en resumen, que la justicia en su dimensión estructural es la propia del modelo continental de Estado liberal de derecho. Ese que Elías Díaz ha descrito de manera precisa como «institucionalización jurídico-política, en un Estado formalmente abstencionista, de la democracia incipiente e insuficiente surgida en la sociedad del individualismo decimonónico y del capitalismo en su fase de competencia e inicial acumulación». De este modo, las particularidades antes apuntadas de su forma actual de manifestarse y de incidir social y políticamente, vendrán seguramente dadas en lo fundamental por otros factores.

A este respecto me parece que puede ser fructífero intentar una línea de análisis sugerida en Italia con particular fortuna por Ferrajoli e inteligentemente desarrollada entre nosotros por Carlos De Cabo.

Para estos autores el modelo institucional correlativo a la fase clásica del capitalismo concurrencial, en la que el Estado desempeña funciones esencialmente políticas, quiebra cuando ese Estado debe adecuarse a las exigencias del capitalismo desarrollado, y sobre todo cuando se ve obligado a la gestión del mismo en la actual situación de crisis. En este momento, a juicio de De Cabo, se produce en gran medida la desaparición del Estado social, dato éste que amenaza con destruir las posibilidades de realización y desarrollo del Estado democrático y destruir las bases y erosionar los mecanismos del Estado de derecho.

El proceso descrito por Stamen como progresiva transformación del aparato estatal, antes promotor de desarrollo, dispensador de prestaciones, benéfico agente de la procura existencial, ahora cada vez más instrumento de control, comporta consecuencias inevitables para el orden judicial. Incluso en una realidad como la española y por más dudas que puedan concebirse acerca de la presencia en ella de un Estado que pueda merecer sin reservas el calificativo de «social», en la forma que asimismo lo ha caracterizado Elías Díaz en trabajos bien conocidos. De tales efectos, unos tienen directamente que ver con la pérdida de protagonismo político y capacidad de dirección efectiva de las instituciones representativas, y, consecuentemente, con la mo-

dificación del sentido de la mediación legislativa. Algo de inmediata repercusión en el carácter de la actividad jurisdiccional, para la que la ley es fundamental punto de referencia.

Otras de las consecuencias que se ha dicho guardan relación estrecha con las anteriores, y se traducen sobre todo en la producción de determinados cambios en la forma de la relación ley/juez-intérprete, y también en la que se da con otras instancias políticas, especialmente, con el ejecutivo.

Otras, en fin, de carácter mediato y en dependencia de las precedentes, obedecen a razones próximas más bien «internas» a la evolución del judicial en tanto que colectivo institucional y a su forma de relaciones con la sociedad.

En cuanto a las transformaciones operadas en el sistema de fuentes, parece que, aunque sea a título puramente enunciativo, habría que referirse a aquéllas que inciden en algunas de las hasta hace un tiempo constantes estructurales del mismo; pero también a otras que se concretan en una variación con frecuencia sustancial de las cuestiones objeto de normación.

Que la ley que hoy aplican los jueces no es el *Code* es algo que parece no haría falta ni siquiera decir. Sin embargo, no son infrecuentes las referencias a aquel lugar común de la vieja dogmática, hechas sobre todo —con propensión a generalizaciones abusivas— en clave de crítica política de opciones interpretativas que no se comparten. O de rechazo de una supuesta actitud de la magistratura o de algún sector de la misma, presuntamente empeñado en una táctica de beligerancia *contra legem* o contra lo que la ley significa como instrumento de ordenación.

Decir hoy ley es cuando menos decir ley más Constitución (art. 9.1 CE). Del mismo modo que interpretación es bastante más y algo muy distinto de explicitar el (único) significado contenido en el texto. Sobre todo desde que además el intérprete se encuentra legitimado para ejercer previamente la crítica de la ley desde los principios constitucionales, cuestionando en su caso la legitimidad de una manifestación concreta de la política legislativa ante el Tribunal Constitucional (art. 163 CE).

Junto a esto, las leyes han perdido ostensiblemente el carácter de sencillez y permanencia que las distinguió en momentos históricos precedentes, y su número ha crecido en términos inflacionistas, al tiempo que se han diversificado hasta el límite sus eventuales contenidos, di-

fundiéndose territorialmente incluso, dentro y fuera de las fronteras estatales, los posibles órganos beligerantes.

Con todo, la novedad más importante está directamente ligada a la cualidad de la ley como instrumento regulador, desde el momento en que forma parte del arsenal de medidas de un Estado intervencionista que gestiona un tipo de sociedad ya en modo alguno autorregulada a través del mercado.

Ello da lugar, con palabras de Barcellona, a que la actividad normativa aparezca cada vez más como «actividad de gobierno destinada a producir efectos concretos en las relaciones sociales y no ya como mera definición de parámetros, de medidas abstractas generales, la determinación de cuyos contenidos queda confiada a la actividad de los individuos y los grupos». (Subrayado mío.)

Si en el Estado liberal de derecho la ley era un instrumento de garantía de la autonomía de la sociedad civil respecto del Estado, hoy es un instrumento a través del cual este último incide de manera concreta, planifica, e incluso crea en ocasiones las propias «relaciones sociales». Si la actividad normativa delimitaba antes el marco externo en cuyo interior tendría lugar la espontánea mediación de los intereses particulares, ahora estos últimos se encuentran en gran medida directamente regulados, y los conflictos a que dan lugar precisan cada vez con más frecuencia de una mediación institucional.

Junto a estos datos hay otro fundamental que debe ser tenido en cuenta. Es que las leyes, aún cuando se presentan formalmente como fruto de la actividad parlamentaria, sobre todo aquellas materias que tienen que ver con situaciones o cuestiones de una particular conflictividad, suelen muchas veces recoger simplemente acuerdos de sujetos extraparlamentarios, alcanzados realmente en otras sedes (García Herrera y Maestro Buelga). Al mismo tiempo, también es habitual que el precio de tales acuerdos, el precio del consenso —sobre todo en aquellas que se consideran decisivas «temas de Estado»—, sea la formulación de la regla en términos de extraordinaria ambigüedad. Ello supone el consiguiente desplazamiento de la resolución de los verdaderos nudos problemáticos al momento jurisdiccional (Tarello, Orrú, Capelletti).

En la misma línea, cabe predicar de la actividad legislativa la cualidad negativa que Calamadre denunciaba en la actividad jurisdiccional, como «crisis de la motivación». No es raro que las exposiciones de motivos carezcan de eficacia explicativa de disposiciones relevantes por su transcendencia, por las que también se ha pasado como «sobre

ascuas» en el supuesto debate parlamentario. De esta forma se priva al futuro intérprete de un punto de referencia fundamental, potenciándose el margen de incertidumbre y dando lugar a un nuevo coeficiente de inseguridad.

Por eso, no parece exagerado concluir que la ley ha perdido una cuota importante de su capacidad ordenadora. Por su carácter inflacionario y por su atomización, que hace quebrar el modelo de la ley general y abstracta. Por su asistematicidad (Irti ha hablado con pleno sentido de proceso «descodificador»). Por su forzado coyunturalismo y por el hecho de ser expresión de procesos decisionales no suficientemente explícitos cuando no deliberadamente ocultos. Por no hablar de aquellas deficiencias técnicas, imputables entre nosotros no ya a la situación general de un momento de la evolución (o involución) del modelo, sino más bien a limitaciones concretas del legislador español. Brutti ha escrito, con razón, que el silencio y la oscuridad no son hoy una simple hipótesis de trabajo.

No creo que sea demasiado aventurado afirmar, en vista de lo expuesto, que la relación ley/juez-intérprete se ha visto claramente alterada. Incluso, podría decirse, por haberse producido un desplazamiento o una cesión en favor de este último de una parte de la responsabilidad ordenadora que compete al legislativo. Se ha dado, se está dando, una transferencia de poder político del legislador al juez.

Por otra parte, no puede desconocerse que también se ha operado una transformación en los instrumentos o recursos técnicos de que aquél podía hacer uso. La interpretación no es terreno pacífico desde el punto de vista epistemológico, puesto que existe un acusado pluralismo de opciones doctrinales al respecto. Y aunque sean harto frecuentes las referencias a la canónica tradicional, a nadie se le ocultará que los recursos lógicos en su formulación clásica no pueden jugar de la misma manera, cuando claramente han dejado de operar sobre un complejo normativo que no tiene ya la homogeneidad política y de intereses como sustrato.

Es cierto que el Tribunal Constitucional ha supuesto una aportación racionalizadora y un correctivo de importancia en este panorama inquietante. Pero tampoco se puede sobrevalorar su significación. Primero, por la propia limitación real de su capacidad operativa. Segundo, porque sobre el signo de su actividad pesan también algunos de los condicionamientos que afectan a la propia actividad legislativa, y que hacen de él en buena medida un «operador político» (Baldassarre), que tampoco puede permanecer al margen de lo que el propio

Tribunal ha descrito como «la lógica del Estado de partidos». Tercero, porque la doctrina emanada de la más alta instancia jurisdiccional constituye inevitablemente no un *corpus* cerrado, sino una estructura abierta y elástica, como todo lo que se modela sobre la práctica, a su vez necesitada de interpretación. Con todo, y desde la perspectiva que aquí más nos interesa, no cabe duda que la aportación del Tribunal Constitucional, sobre todo en materia de amparo, ha sido en estos años un factor de extraordinario valor para la adecuación de ciertos sectores de la experiencia jurisdiccional al dictado de la Constitución, y un inestimable coeficiente de certeza y de garantía.

Las modificaciones operadas en el sentido de la mediación legislativa a que se ha hecho referencia tienen sus manifestaciones más evidentes, probablemente, en el marco del derecho administrativo, del laboral y de seguridad social y del civil-mercantil y sus respectivas proyecciones jurisdiccionales, que llevan a los jueces hoy a decidir sobre planes de ordenación, a interferir la asignación y distribución de recursos comunitarios, a intervenir en la composición de macro-conflictos sociales, a tener que «gestionar» grandes empresas en el marco de procesos universales, o decidir sobre la justeza o no de la determinación de un régimen de servicio mínimos en el caso de huelga de una empresa estatal, entre otros ejemplos posibles. Pero afectan también de manera a veces espectacular al cambio de sentido de la instancia judicial penal. Y se manifiestan en el hecho de que ante esta última y en las restantes, el Estado aparezca cada vez con más frecuencia como justiciable, debido, desde luego a que intervienen, a que interviene más a causa de la crisis, y a que también por esta misma causa, interviene «mal» muchas veces. En efecto, no cabe duda que el mal funcionamiento de la administración es origen de un importantísimo número de litigios y de causas penales. Algo que —con independencia de lo afortunado o desafortunado de las decisiones, evidentemente no es ése aquí el problema— lleva a la magistratura a representar un acusado factor de incomodidad para el poder político.

El proceso penal es escenario de una de las más importantes proyecciones de la crisis. Es la que se traduce en una acentuación de la incidencia de los medios de disciplina y de control social en una sociedad progresivamente más conflictiva, como consecuencia de las dificultades de mantenimiento del «pacto» en la presente situación. Tiene su expresión más plástica en el campo de la legislación excepcional, donde la discrecionalidad judicial, que se denuncia en otros ámbitos como perversión del Estado de derecho, aquí no es el resultado de

complicados procesos sociales en cierta medida «incontrolables», ni de una desviación de poder atribuible a los jueces, sino exponente de una precisa opción política, que tiene necesidad de ella como instrumento de gobierno. Es la que se encuentra implícita en la elección de tipos abiertos, extraordinariamente elásticos, plasmados sobre modelos como el tipo de autor o el delito de sospecha, en que el principio de legalidad sufre una franca quiebra, y que además se hallan previstos para ser interpretados, no por juristas de rigor kelseniano, sino por el comandante de puesto el comisario que corresponda. Es la que se hace presente también en situaciones de auténtica anomia legislativa, como la que hoy se produce en terreno tan delicado como lo es el de las «intervenciones telefónicas», huérfano de regulación y culpablemente abandonado a ese arbitrio judicial que sí interesa, porque es arbitrio policial al fin.

Pero tiene también manifestaciones igualmente claras en el proceso ordinario, que evoluciona hacia el abandono masivo de la diferenciación de las funciones de instruir y juzgar, con lo que ello comporta de involución inquisitiva, que es también un gravísimo riesgo de arbitrio; al tiempo que desplaza sobre el proceso mismo y la prisión preventiva la función de control que constitucionalmente sólo puede corresponderle a la pena. (Conviene llamar la atención, siquiera de pasada, sobre la inaceptabilidad de la fórmula de instrucción por el fiscal, que se propone insistentemente como panacea para evitar el grave inconveniente antes apuntado. Ello porque se trata de una institución cuyos miembros carecen de estatuto jurisdiccional y dependen políticamente del Gobierno, y porque como es bien sabido, la instrucción dista mucho de ser un ámbito asépticamente preparatorio del juicio oral.)

Parece interesante llamar la atención sobre la tensión multipolar que una situación configurada por elementos como los precedentemente aludidos proyecta sobre la magistratura como institución. Así, hemos visto que, por una parte, la ampliación de su intervención o de la significación discrecional de la misma puede, en ocasiones, venir impuesta por la quiebra o la incapacidad reguladora o mediadora de otras instancias, cuando no es fruto de una precisa opción política, y por otra que mientras una puede serle reprochada como una invasión ilegítima, la otra se silencia o se «legitima» como respuesta a una situación de necesidad. O lo que es lo mismo, mientras se contesta la ampliación de su área de intervención como inaceptable discrecionalidad, por otro se busca ésta, y se provoca explícitamente su uso para ampliar la incidencia de los instrumentos de represión y de control.

Desde otro punto de vista, cabe destacar asimismo la hipertrofia y el exceso de presencia de la justicia penal que puede registrarse en el actual estado de cosas. Algo que tiene directamente que ver con lo que De Cabo ha llamado expresivamente «judicialización del conflicto sociopolítico». Y que encuentra grave expresión en el hecho ciertamente preocupante de una, en ocasiones incluso abierta, intolerancia frente al control judicial, puesto de manifiesto por otras instancias políticas. Por cierto, no siempre caracterizadas por rendir un culto ferviente al principio de legalidad, y cuyos incumplimientos, a veces gravísimos, han sido en ocasiones el motivo inmediato de la actuación judicial «incomoda». (Casos como el del comisario Ballesteros, el *affaire* de la Juez de Instrucción número 3 de Bilbao, o situaciones como la desvelada en el seno de la policía en torno a la desaparición de «El Nani», representa algo más que incidentes casuales y remiten para su correcta inteligencia a una determinada concepción del poder, o cuando menos a una preocupante forma patológica de ejercicio del mismo.)

Como quería expresarse al rotular esta intervención, la vigente situación del modelo de Estado acogido por nuestra Constitución, comporta lo que Ippolito ha descrito como la «gradual expansión del rol de la jurisdicción», que tiene que intervenir en terrenos inéditos y hacer frente a situaciones que no hace mucho eran francamente imprevisibles, y con instrumentos de dudosa idoneidad.

Todo esto, tratándose al mismo tiempo de un aparato jurisdiccional lastrado de insuficiencias —de las que algunas, más que con el «modelo», tienen que ver con particularidades del inmediato pasado político y con graves omisiones y alusiones de responsabilidades recientes y actuales— y que es propio de otro momento histórico de la forma Estado.

Resulta así que una administración de justicia con dificultades objetivas, por su infradotación en todos los órdenes y por la degradación de sus medios instrumentales, para ejercer las funciones «de garantía» que en hipótesis una sociedad «autorregulada» esperaría del juez del «Estado de derecho», se encuentra, como si el suelo se hubiera movido bajo sus pies, inmersa en un contexto cualitativamente diferente y particularmente problemático, el propio de la crisis del Estado social, que proyecta sobre ella demandas profundamente contradictorias que la colocan en permanente conflicto consigo misma y ponen también en crisis sus propias señas institucionales de identidad. En efecto, el aparato judicial en la España de 1987, continúa sin ser el «servicio público» que nunca ha sido, y en tal sentido se proyecta sobre la

ciudadanía como puro y duro instrumento de control, con el consiguiente efecto deslegitimador. Pero al mismo tiempo, lo que en él existe no diré de poder sino de instrumento de limitación de su ejercicio, representa muchas veces un condicionamiento difícilmente tolerable para unas estrategias de gobierno de carácter marcadamente decisionista.

La lectura de esta situación por la opinión pública, pero muchas veces no sólo por ella, se ha hecho en una clave reduccionista que ha acostumbrado a contraponer en todos los «conflictos» un gobierno siempre de progreso y una magistratura siempre reaccionaria. No hace falta decir que esta «interpretación de un segmento de nuestra realidad posconstitucional ciertamente problemático se ha difundido y alentado interesadamente, haciendo demasiadas veces hincapié en «datos de hecho», con frecuencia de significación poco más que anecdótica, y que si algo denuncian es la inadmisibile ausencia de una seria política (también cultural) de la justicia, al cabo de casi diez años de democracia. Pues bien, no parece preciso insistir mucho en la necesidad de superar semejante estado de cosas, comenzando por abandonar la óptica viciada con la que habitualmente se contempla. En la necesidad de dotar a la administración de justicia de las condiciones requeridas para que sus prestaciones puedan merecer el calificativo de «servicio». En la necesidad de eliminar de la experiencia judicial los indeseables elementos de discrecionalidad y de arbitrio, de sobrepolitización, inducidos por la actual configuración del orden normativo, o provocados por las omisiones e incumplimientos que se registran en otras instancias, cuando no directamente por la utilización oportunista de aquella discrecionalidad y arbitrio judiciales, que interesan, si resultan ser elementos funcionales de una política autoritaria del orden público y del control social en general.

Nota bibliográfica

- BALDASARRE, A., en *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent'anni di attività*, de varios autores, ed. de Nicola Occhiocupo, Il Mulino, Bolonia, 1978, pp. 121 y ss.
- BARCELONA, P., y CANTARO, A., *La sinistra e lo Stato sociale*, Riuniti, Roma, 1984.
- BRUTTI, M., «I giudici, le regole, l'illegalità», en *Democrazia e Diritto*, 4-5/1986, páginas 7 y ss.
- CALAMANDREI, P., *Proceso y democracia*, trad. de Fix Zamudio, EJE, Buenos Aires, 1960.
- CAPPELLETTI, M., *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milán, 1984.
- DE CABO, C., *La crisis del Estado social*, Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1986.

- DÍAZ, E., *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1.ª ed., 1966.
- , «El Estado democrático de Derecho en la Constitución de 1978», en *Socialismo en España: el partido y el Estado*, Edit. Mezquita, Madrid, 1982.
- FERRAJOLI, L., «Stato sociale e stato di diritto», en *Politica del Diritto*, 1/1982, pp. 41 y ss.
- GARCÍA HERRERA, M. A., y MAESTRO, G., «El neocorporativismo entre crisis y alternativa», en *Sistema*, núm. 73, julio de 1986, pp. 29 y ss.
- IPPOLITO, F., «Giurisdizione e crisi dello stato sociale», en *Democrazia e Diritto*, cit., pp. 85 y ss.
- IRTI, N., *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milán, 1979.
- LEDESMA, F., «Relaciones entre el Consejo General del Poder Judicial y el Poder Ejecutivo», en *Jornadas de Estudio sobre el Consejo General del Poder Judicial*, Editoria Nacional, 1983, pp. 493 y ss.
- ORRU, G., *Richterrecht. Il problema della libertà e autorità giudiziale nella dottrina tedesca contemporanea*, Giuffrè, Milán, 1983.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *La Constitución española de 1978. Un estudio de Derecho y política* (con la colaboración de Luis Prieto Sanchís), Fernando Torres, Valencia, 1981.
- PULITANO, D., «Le istituzioni giudiziarie: dal formalismo alle politiche del diritto», en *Democrazia e Diritto*, núm. 2/1982, pp. 39 y ss.
- STAME, F., «Teoria dello Stato e controllo sociale», en *La Questione Criminale*, núm. 2/1979, pp. 185 y ss.
- TARELLO, G., «Chi ci salverà dal governo dei giudici?», en *Mondoperaio*, núm. 3/1984, pp. 28 y ss.

JURISPRUDENCIA PROCESAL INTERNACIONAL

Francisco RAMOS MÉNDEZ
Catedrático de Derecho Procesal

SUMARIO:

1. Divorcio de españoles en el extranjero: TS 8 de noviembre de 1985 (Francia); TS A 25 de febrero de 1986 (Francia); TS A (Sala 1.ª) 19 de marzo de 1986 (Estados Unidos); TS (Sala 1.ª) A 25 de abril de 1986 (Gran Bretaña); TS (Sala 1.ª) A 16 de octubre de 1985 (República Dominicana); TS (Sala 1.ª) A 11 de abril de 1986 (Holanda); TS (Sala 1.ª) A 11 de octubre de 1985 (Suecia); TS (Sala 1.ª) A 8 de noviembre de 1985 (Venezuela); TS (Sala 1.ª) A 25 de febrero de 1986 (Venezuela).

1. DIVORCIO DE ESPAÑOLES EN EL EXTRANJERO

TS A 8 de noviembre de 1985
(Francia)

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Que por el Procurador don Argimiro en nombre de don Antonio, se interesó la ejecución en España de la sentencia firme dictada por el Tribunal de Primera Instancia de Aixen-Provence (Francia), con fecha 6 de marzo de 1979, acordando el divorcio del solicitante y doña Anie.

Segundo. Que oído al Ministerio Fiscal a los fines prevenidos en el artículo 956 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, emitió dictamen en el sentido de estimar que cumpliéndose las exigencias legales, procedía el cumplimiento de la sentencia firme de divorcio interesada por don Antonio.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. señor don Antonio Sánchez Jáuregui.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. De lo actuado en estas diligencias resulta que el solicitante

de ejecución de sentencia extranjera don Antonio, de nacionalidad española, contrajo matrimonio ante el alvalde de la ciudad de Aix-en-Provence (Francia) con doña Annie, de nacionalidad francesa, el día 5 de julio de 1974, figurando inscrito dicho matrimonio en el Registro Civil del Consulado General de España en Marsella a la página 82, del tomo 17 de la Sección II y que, el 6 de marzo de 1979, por demanda conjunta de ambos cónyuges, el Juez de las causas matrimoniales en el Tribunal de Primera Instancia de Aix-en-Provence dictó sentencia decretando el divorcio de los cónyuges referidos, constando la firmeza de la misma, así como que en el momento de la presentación de la demanda de divorcio los dos esposos residían en Aix-en-Provence.

Segundo. La pretensión que se actúa cumple los requisitos y presupuestos del Convenio entre España y Francia de 28 de mayo de 1969, ratificado por Instrumento de 15 de enero de 1970, en relación con los previstos en los artículos 951 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que procede, de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, acceder a lo solicitado por la parte que ha instado la ejecución dicha.

SE OTORGA EL CUMPLIMIENTO en España de la sentencia dictada por el Juez de las causas matrimoniales en el Tribunal de Primera Instancia de Aix-en-Provence (Francia), a que se ha hecho mérito en el primer razonamiento de esta resolución, librándose la oportuna certificación de este Auto a la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca, a fin de que tenga efecto lo mandado y solicita al interesado, siendo procedente.

TS A 25 de febrero de 1986 (Francia)

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por el Procurador don Juan Antonio en nombre de doña Mercedes y don Serge, conjuntamente, interesaron la ejecución en España de la sentencia dictada en 11 de agosto de 1983, ratificada por otra de 9 de mayo de 1984, por el Tribunal de Gran Instancia de Chartres (Francia), acordando el divorcio de ambos cónyuges solicitantes.

Segundo. Oído el Ministerio Fiscal, emitió dictamen en el sentido de que procedía acceder al *exequatur* solicitado, por reunir los requisitos exigidos por la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. señor don José María Gómez de la Bárcena López.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Procede acceder a la ejecución en España de la sentencia de divorcio dictada, en 11 de agosto de 1983, ratificada por la de 9 de mayo de 1984, por el Tribunal de Gran Instancia de Chartres, Francia, referida al matrimonio integrado por don Serge, de nacionalidad francesa y doña Mercedes, de nacionalidad española, contraído en Gallardon, Eure et Loire, Francia, en 16 de octubre de 1976, y cuya ejecución postulan ambos cónyuges, al cumplirse los requisitos previstos en el Convenio Hispano-Francés de 28 de mayo de 1969, dado que el Tribunal de origen era competente para conocer de tal proceso, habiendo adquirido firmeza la sentencia en el mismo recaída, como se acredita con la do-

cumentación aportada, en cumplimiento de lo ordenado por el artículo quince de dicho convenio, por lo que atendido lo que en el mismo se establece y lo que al efecto preceptúan los artículos 951 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y visto el informe favorable del Ministerio Fiscal, se está en el caso de acceder al cumplimiento en España de la antesdicha sentencia en la forma y término en que se pide, con los pronunciamientos que contiene el artículo 958 de la Ley Procesal.

HA LUGAR a la ejecución en España de la sentencia dictada en 11 de agosto de 1983, ratificada por otra de 9 de mayo de 1984, acordando el divorcio de doña Mercedes y don Serge; y para su cumplimiento librese el oportuno despacho a la Audiencia Territorial de esta Capital, para que ordene su inscripción en el Registro Civil Central.

TS A (Sala 1.ª) 19 de marzo de 1986 (Estados Unidos)

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Procurador don Juan Antonio García San Miguel y Orueta, en nombre de don Simón, interesa la ejecución en España de las sentencias y medidas complementarias dictadas con fecha 16 de abril y 31 de mayo de 1984 por la Sección Especial de la Parte 5.ª del TS, Condado de Richmond, celebrada en la Sede del Tribunal de St. George, Staten, Estado de Nueva York, por las que se declaró disuelto el matrimonio celebrado entre el solicitante y su esposa doña Elena el 20 de septiembre de 1976, en esta capital.

Segundo. El Procurador designa-

do de oficio a doña Elena, don José Luis Barneto Arnaiz, presentó escrito oponiéndose a la ejecución de las sentencias que pretende la parte contraria.

Tercero. El MF emitió dictamen estimando procedente el *exequatur*.

Siendo Ponente el Magistrado señor de Castro García.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Para la ajustada resolución sobre la solicitud de *exequatur* objeto del procedimiento, es preciso tener en cuenta los siguientes datos obrantes en las actuaciones: *Primero:* Contraído matrimonio canónico por el solicitante don Simón y doña Elena, de nacionalidad española ésta, en Madrid el 20 de septiembre de 1976, de esa unión son fruto 2 hijos, Carlos y George, nacidos ambos en Nueva York el 19 de septiembre de 1977 y el 30 de diciembre de 1980, respectivamente, de Consejero Económico Permanente de las Naciones Unidas que el marido desempeñaba. *Segundo:* Surgidas profundas desavenencias entre los cónyuges la mujer promovió demanda de divorcio ante el correspondiente Tribunal del Condado de Richmond y en el proceso el marido formuló a su vez contrademanda en pedimento de absoluto divorcio basándose en el trato cruel e inhumano que el demandado sufrió por parte de la demandante. *Tercero:* Ante la material imposibilidad de continuar doña Elena la convivencia conyugal por el temor fundado que le asaltó de recibir malos tratos de su consorte, dado su patente desequilibrio

emocional, regresó a Madrid trayendo consigo a sus hijos sin dar noticia a don Simón, quien retenía los pasaportes americanos, por lo cual aquélla se vio en la precisión de obtener otros en el Consulado General de España. Cuarto: Tal alejamiento de Nueva York y la consiguiente inactividad por parte de la mujer en el iniciado proceso de divorcio, del que desistió, no fue óbice para que el marido prosiguiese la gestión en el juicio como verdadero *dominus litis*, pronunciándose S 9 de abril de 1984 que con apoyo en una inconcreta y vaga prueba escrita y verbal, carente de la más mínima puntualización, accede a lo postulado por el varón concediéndole la custodia de los menores, para llegar a lo cual la resolución citada describe aberraciones tales como la comisión por la mujer de «actos incestuosos y de lesbianismo en presencia de los niños Carlos y George», cuya realidad se dice —sin probanza alguna— que admitió la esposa, e incluso se da por sentado, también sin respaldo de elementos demostrativos, que «la demandante amenazó con mandar matar al demandado por medio del pariente de un vecino que, al decir de la demandante, era miembro de la Mafia». Quinto: Según informe facultativo el niño Carlos «presenta un tipo de psicosis infantil con todos los elementos de descontrol y de regresión característicos de este trastorno», se halla sometido a tratamiento «y ya se observan los primeros índices de recuperación», de suerte que «el pronóstico es muy bueno si no se interrumpen la psicoterapia y la reeducación», pues en otro caso, y de ser sometido a nuevos cambios y presiones ambientales es muy probable que el enfermo sufra otro derrumbe psíquico de

consecuencias aún más graves. Sexto: Doña Elena, de «ejemplar conducta en todos los aspectos, moral, religioso y social» (certificación del Cura Párroco de San Juan de la Cruz), «sana mentalmente y que en todo momento ha tenido un comportamiento estable y equilibrado dentro de los patrones de moralidad y moderación personal» (certificado médico), ha entablado ante el Tribunal Eclesiástico de Madrid demanda de nulidad del matrimonio por «carencia de discreción de juicio en el esposo», mediante escrito de 11 de julio de 1985, asimismo promovió proceso de separación conyugal ante el Juzgado de Familia (núm. 22 de los de 1.ª Instancia de esta Capital) por grave alteración psíquica del marido y acusada inclinación a la excesiva ingesta de bebidas alcohólicas, llevando el escrito rector data del 21 de junio del mismo año. Séptimo: En alegaciones efectuadas por don Simón ante el Tribunal Eclesiástico de Portsmouth sobre nulidad de matrimonio por él pretendida, tal es el cúmulo de nefandas acciones, a cual más vituperable, imputadas a la esposa en el orden sexual («incesto y adulterio de la madre y la hija..., adulterio con un periodista español, adulterio con un contable hondureño y relaciones lesbianas con la esposa de éste y también con una vecina cercana..., relaciones con sus padres tanto antes como después del matrimonio y con el amante de su madre, contacto sexual con sus hijos», etc.), que necesariamente este Tribunal tiene que rechazar su verosimilitud y ha de acentuar la severidad de su censura a la hora de decidir sobre el *exequatur* instado por quien, con el tenor de sus manifestaciones sobre esa supuesta conducta desordenada de la

esposa (a la que se describe entregada a un total desenfreno en la más degradante abyección), obliga a presumir con todo fundamento que carece de la normalidad psíquica indispensable para asumir el cuidado de sus hijos.

Segundo. Con tales antecedentes, para resolver sobre la homologación postulada, es preciso tener en cuenta que sin vulnerar en lo esencial el principio que excluye la revisión de fondo de la decisión extranjera viene permitido al Tribunal del foro, en defecto de tratado expreso que lo prohíba, aplicar, en garantía de los derechos de la defensa, la dimensión procesal del orden público, subsumible en la amplia dicción de la circunstancia 3.ª art. 954 LEC, por lo que concierne a la inexistencia de prueba sustentadora de la resolución cuyo *exequatur* se pretende, situación ante la cual el Juez del Estado requerido no puede dar por válida la anómala actividad en el campo probatorio, como ha señalado voz autorizada de la doctrina científica, y en consecuencia esta Sala obligadamente ha de considerar que la resolución foránea, al acordar el divorcio contra una súbdita española a la que se aparta del cuidado de sus hijos, se asienta en una inveraz imputación a la mujer de los más nefandos vicios para su dignidad de madre, hija y esposa, carente —como expuesto queda— de respaldo probatorio alguno a la luz de nuestro ordenamiento positivo.

Tercero. La existencia de un procedimiento abierto ante los Tribunales españoles sobre separación conyugal y por lo tanto con objeto que básicamente —por lo que a los hijos afecta— guarda identidad con el seguido ante el Estado de origen, genera una situación de litispendencia

que impone la repulsa de la solicitud de homologación por lo mismo que haría ineficaz el futuro fallo de los organismos jurisdiccionales patrios, sin que a ello pueda objetarse la mayor antigüedad del proceso y la sentencia extranjera, que es factor sólo operante cuando la regulación paccionada así lo hubiera previsto, como ocurre en el Tratado de 1977 otorgado con Italia (art. 14.4 a) y en el suscrito con Francia el 28 de mayo de 1979 (art. 4.4 a); y en el caso presente se halla en curso ante el Juzgado de Familia referido juicio de separación conyugal entablado por doña Elena con peticiones que, entre otros extremos, concierne a los hijos menores, cuya guarda y custodia solicita la esposa.

Cuarto. A lo razonado ha de añadirse que afectando la jurisdicción a la soberanía del Estado, este postulado insoslayable impide declinarla en favor de los Tribunales extranjeros cuando uno de los litigantes tiene nacionalidad española, punto de conexión suficiente, y la concesión del *exequatur* ofrece muy graves reparos, máxime si se tiene presente que informada la regulación de las crisis matrimoniales en el CC español por el primordial principio del *favor filii* (arts. 92 y 93, entre otros), resultaría quebrantada tal directriz de accederse a la entrega de los menores a su padre, sustrayéndolos de la madre, a pesar de las alarmantes particularidades que en don Simón y en su entorno se dan.

Quinto. Por lo expuesto debe ser denegada la concesión del *exequatur* solicitada por el marido don Simón, rechazando la ejecución pretendida.

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

No ha lugar a la ejecutoria en Es-

pañía de las sentencias de divorcio y de medidas complementarias, dictadas con fechas 16 de abril y 31 de mayo, de 1984 por la Sección Especial de la Parte 5.ª del TS del Condado de Richmond, en el Estado de Nueva York, respecto de los cónyuges don Simón y doña Elena.

No cabe duda de que el Tribunal Supremo se ha debido quedar impresionado por la lectura del serial sobre las circunstancias del matrimonio de autos, según el tenor de la sentencia norteamericana. Profundamente impresionado, de tal manera que al salir de la sesión cinematográfica la suerte ya estaba echada. Hacía falta un paladín defensor de la vituperada esposa española y para la Sala no fueron obstáculo alguno las reglas del *exequatur*. Consciente de que no se puede revisar el fondo del asunto en *exequatur*, así lo dice, pero luego lo hace con suma tranquilidad. La misma imputación de falta de pruebas (?) respecto de los hechos narrados en la sentencia a homologar, se puede hacer al Tribunal Supremo al prejuizar la maldad del fondo del asunto y la presumible ceguera de sus colegas norteamericanos. Así, por las buenas. Como a los ojos de los hombres, en este caso juristas, habría que justificar el desfalco, la Sala no vacila en echar mano del orden público. Voilà! Todo sea por el sagrado derecho de defensa: «...una inveraz imputación a la mujer de los más nefandos vicios para su dignidad de madre, hija y esposa, carente —como expuesto queda— de respaldo probatorio alguno a la luz de nuestro ordenamiento positivo.» ¡Ah, por fin se defienden los valores tradicionales de la raza! Si a la Sala le habla entrada la querencia por denegar el *ex-*

quatur, hubiéndolo hecho con *parquedad de justificaciones, para evitar el enredo.*

Una vez cegados por el deseo de remachar, la escalada de motivaciones se vuelve insostenible dogmáticamente hablando: ¡Curiosa forma de entender la litispendencia toda una Sala del Tribunal Supremo! Y ¿qué decir de la competencia? ¿Pero no estaban enterradas las tesis del panjurisdiccionalismo español? Todo vale antes que entregar los vástagos al infiel.

*Entiéndase bien: Si la suerte estaba echada, porque así lo creía honestamente el Tribunal, todos conformes y nada que objetar. Para eso están los Tribunales de justicia. Lo que no se puede es confundir al paisaje con excusas que no son de recibo y que echan por tierra todo el camino brillantemente recorrido por el Tribunal Supremo en materia de *exequatur*. Ahuyentemos los malos espíritus con el exorcismo de rigor.*

TS (Sala 1.ª) A 21 de abril de 1986
(Gran Bretaña)

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por el Procurador Sánchez en nombre de doña María Jesús, se interesó la ejecución en España de la sentencia dictada en dieciocho de diciembre de mil novecientos ochenta y uno, por el Tribunal del Condado de Brentford (Gran Bretaña), acordando el divorcio de la solicitante y don Arif.

Segundo. Acordada la citación de don Arif contra quien se dirigía la ejecutoria por medio de edictos, dejó transcurrir el término concedido

sin comparecer en autos para ser oído.

Tercero. Oído el Ministerio Fiscal emitió dictamen en el sentido de que, cumpliéndose las exigencias legales, procedía acceder al *exequatur* solicitado.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. señor don Mariano Martín-Granizo Fernández.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Se persigue en estos autos obtener el *exequatur* respecto de la sentencia de divorcio pronunciada por el Tribunal del Condado de Brentford (Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte), el dieciocho de diciembre de mil novecientos ochenta y uno, sentencia provisional que se convirtió en definitiva por resolución del mismo Tribunal el uno de febrero de mil novecientos ochenta y dos. Ambos documentos se encuentran debidamente apostillados y traducidos, no atacando la tercia objeto de los mismos al orden público interno español. El matrimonio cuyo divorcio se pronunció, fue celebrado en España, en la ciudad de Vigo (Pontevedra), el primero de octubre de mil novecientos sesenta y siete y aparece inscrito en el Registro del Estado Civil de dicha ciudad, al Tomo 2-1, pág. 550 de la Sección 2.ª

Segundo. El Ministerio Fiscal ha emitido informe favorable a la concesión del *exequatur*. Al no existir tratado con Gran Bretaña en orden a la ejecución de sentencias y no constar tampoco que en el referido país no exista reciprocidad a tales efectos, es de aplicar lo dispuesto en el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

HA LUGAR a la ejecución en España de la sentencia dictada en dieciocho de diciembre de mil novecientos ochenta y uno por el Tribunal del Condado de Brentford (Gran Bretaña), acordando el divorcio de doña María Jesús y don Arif; y líbrese el oportuno despacho para su inscripción en el Registro Civil de Vigo (Pontevedra).

TS (Sala 1.ª) A 16 de octubre de 1985
(República Dominicana)

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Que por el Procurador don Francisco en nombre de don Teodoro, interesó la ejecución en España de la sentencia dictada en 14 de diciembre de 1973 por la Cámara Civil y Comercial de la 2.ª Circunscripción del Juzgado de 1.ª Instancia del Distrito Nacional de Santo Domingo (República Dominicana), acordando el divorcio del solicitante y doña Clara.

Segundo. Que acordada la citación de doña Clara contra quien se dirigía el procedimiento, compareció en su nombre y representación el Procurador doña Isabel, quien se opuso a la solicitud deducida de contrario, por cuantos hechos y fundamentos de derecho exponía y que aquí se dan por reproducidos.

Tercero. Que oído el Ministerio Fiscal emitió dictamen en el sentido de que no procedía acordar la pretensión deducida por don Teodoro, porque la sentencia cuya sentencia, digo porque la sentencia cuyo cumplimiento solicita, fue pronunciada en pleito seguido en rebeldía de la contraparte hecho suficiente para impedir el *exequatur* (art. 954-2.ª L.E. Civil).

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. señor don José María Gómez de la Bárcena y López.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. No procede acceder a la ejecución de la sentencia de divorcio suplicado por el Procurador señor de Guinea, en la representación acreditada del solicitante, en atención a que, como acertadamente denota el Ministerio Fiscal en su informe, tal procedimiento ha sido sustanciado en rebeldía de la interpelada esposa, requisito procesal exigido por el artículo 954, 2.º de la Ley Procesal, cuya inobservancia aboca a tal denegación.

NO HA LUGAR a la ejecución en España de la sentencia dictada en catorce de diciembre de mil novecientos setenta y tres por la Cámara Civil y Comercial de la 2.ª Circunscripción del Juzgado de 1.ª Instancia del Distrito Nacional de Santo Domingo (República Dominicana), solicitada por el Procurador don Francisco en nombre de don Teodoro.

Esperemos que sean los últimos coletazos de la rebeldía táctica. ¡Cuando todos pensábamos que el auto de 25 de febrero de 1985 la había enterrado! Siempre hay alguna resolución que desafina.

Si no se trataba de rebeldía táctica, sino de infracción del principio de audiencia, la Sala debía haberlo justificado.

TS (Sala 1.ª) A 11 de abril de 1986 (Holanda)

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por el Procurador don Juan Luis, en nombre de doña Be-

nilda, se interesó la ejecución en España de la sentencia dictada por el Juzgado de Distrito de Rotterdam, 1.ª Sala el 3 de mayo de 1971, acordando el divorcio de la solicitante y don Agapito.

Segundo. Acordada la citación de don Agapito contra quien se dirigía la ejecutoria, se libró Comisión Rogatoria a las Autoridades Judiciales del Reino de Holanda.

Tercero. Oído el Ministerio Fiscal emitió dictamen en sentido de que procedía acordar la ejecución de sentencia solicitada, por cumplirse las exigencias legales para ello.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. señor don Jaime de Castro García.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Dada la inexistencia de Tratado entre España y el Reino de Holanda para el reconocimiento y ejecución de las sentencias pronunciadas en el otro Estado e inaplicable, por consiguiente, el régimen convencional que como criterio preferente señala el artículo 951 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, opera en el caso presente el sistema de reciprocidad mencionado en el artículo 952; lo que lleva a estimar la petición de *exequatur* respecto de la sentencia pronunciada el 3 de mayo de 1971 por el Juzgado de Distrito de Rotterdam acordando el divorcio de los esposos doña Benilda y don Agapito, ambos de nacionalidad española, pero residentes en Holanda por razones laborales al tiempo de la disolución del vínculo, y visto que la materia no se halla en pugna con el orden público interno, según la previsión del artículo 12, párrafo 3, del Código Civil, debe prosperar la pe-

tición formulada por la mujer a fin de dar la debida constancia a la extinción del matrimonio, como también dictamina el Ministerio Fiscal, ya que la documentación aportada está revestida de todas las formalidades legales.

SE ACUERDA dar cumplimiento en España a la sentencia pronunciada por el Juzgado de Distrito de Rotterdam con fecha 3 de mayo de 1971 acordando el divorcio de los cónyuges doña Benilda y don Agapito. Y al efecto librese certificación con los insertos necesarios a la Audiencia Territorial de Madrid, a fin de que por el Juzgado ejecutor al que corresponda ordene lo precedente.

TS (Sala 1.ª) A 11 de octubre de 1985 (Suecia)

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Que por el Procurador en nombre de doña Brígida, se interesó la ejecución en España de la sentencia dictada en doce de septiembre de 1957, por el Juzgado de Primera Instancia de Estocolmo (Suecia), acordando el divorcio de la solicitante y don Sune Owe Henning; acompañando con su escrito el poder acreditativo de su personalidad y documentos.

Segundo. Que admitido a trámite y acordada la citación de don Henning, se llevó a efecto mediante Comisión Rogatoria librada a las Autoridades Judiciales del Reino de Suecia, llevándose a efecto la citación personalmente con el interesado, transcurriendo el término concedido sin que compareciera en autos para ser oído.

Tercero. Que oído el Ministerio

Fiscal a los fines prevenidos en el artículo 956 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, emitió dictamen en el sentido de que procedía acceder al reconocimiento de la sentencia de divorcio solicitado, porque a falta de tratado con Suecia, reúne todos los requisitos exigidos por el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y no consta que los órganos jurisdiccionales de dicho país denieguen la ejecución de las sentencias españolas.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. señor don José María Gómez de la Bárcena y López.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La presente solicitud de ejecución de sentencia, postulada por el Procurador señor Guerrero, en la representación acreditada de doña Brígida, de nacionalidad española actual, referida a la pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia de Estocolmo, Sección Segunda, recaída en doce de septiembre de mil novecientos cincuenta y siete, en proceso de divorcio, seguido a instancia de ambos cónyuges, por el que se declara el divorcio postulado del matrimonio que la peticionaria contrajo con don Henning, de nacionalidad sueca, cumple los requisitos exigidos por los artículos 951 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, habida cuenta de que se trata del ejercicio de una acción personal, que no ha sido dictada en rebeldía ni contraviene el régimen jurídico español, visto el artículo 107 del Código Civil, estando revestida de firmeza, al no constar que en el país que la dictó se deniegue la ejecución de sentencias españolas, ante la ausencia de oposición del esposo

debidamente citado y no comparecido, de acuerdo con el favorable informe del Ministerio Fiscal, procede acordar su cumplimiento en España, en la forma y términos a que se contrae, con los pronunciamientos del artículo 958 de la Ley Procesal.

HA LUGAR al cumplimiento en España de la sentencia dictada con fecha doce de septiembre de mil novecientos cincuenta y siete por el Juzgado de Primera Instancia de Estocolmo, Sección Segunda (Suecia), acordando el divorcio del solicitante doña Brígida y don Henning a que el presente rollo se refiere; líbrese el oportuno despacho a la Audiencia Territorial de esta Capital a fin de que se proceda a la inscripción de dicha sentencia en el Registro Civil Central.

TS (Sala 1.ª) A 8 de noviembre de 1985 (Venezuela)

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Que por el Procurador don Luis en nombre de don Constantino, se interesó la ejecución en España de la sentencia dictada por el Tribunal Superior de lo Civil, Mercantil y Contencioso-Administrativo de la Región-Norte, en Valencia (Venezuela), con fecha nueve de octubre de 1984, acordando el divorcio del solicitante y doña Carmen.

Segundo. Que acordaba la citación de doña Carmen se llevó a efecto por edictos.

Tercero. Que oído el Ministerio Fiscal se opuso al *exequatur* interesado por cuantas consideraciones exponía y que aquí se dan por reproducidas.

Ha sido Ponente el Magistrado

Excmo. señor don Cecilio Serena Veloso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Que para el adecuado enjuiciamiento de la pretensión de reconocimiento deducida en el presente juicio, ocurre anteponer las siguientes puntualizaciones: a) el aquí demandante Constantino de nacionalidad española aunque residente en Venezuela, contrajo matrimonio (al parecer, canónico), con la demandada Carmen, el 13 de octubre de 1944, el que aparece inscrito en el Registro Civil de Teijeira, provincia de Orense; b) habiéndose trasladado el matrimonio a la República de Venezuela y residiendo en ella ambos cónyuges, se produjo la separación de hecho en 15 de febrero de 1970, en que la mujer abandonó el hogar matrimonial para no regresar; c) continuando ambos cónyuges residiendo en Venezuela, el aquí demandante introdujo demanda de divorcio contra su cónyuge por ante el Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, que dictó sentencia el 31 de julio de 1984; y subidos los autos en alzada en fuerza de la consulta de Ley, al Tribunal Superior en lo Civil, Mercantil y Contencioso-Administrativo de la Región Centro-Norte, en Valencia (de Venezuela), dicho órgano jurisdiccional, por sentencia de 9 de octubre de 1984 declaró con lugar la demanda de divorcio intentada y disuelto el vínculo matrimonial contraído el 13 de octubre de 1944; sentencia que es firme; d) en el circunstanciado juicio no llegó a personarse la mujer, pero sí consta que el primer acto reconciliatorio se celebró «previa ci-

tación de la parte demandada, la cual se practicó personalmente», como cuida de expresar la sentencia de cuyo reconocimiento se trata; e) no constando el domicilio actual de la demandada, fue citada por edictos, sin que compareciera en el plazo de los treinta días al efecto;

Segundo. que no existiendo Tratado con la República de Venezuela y no constando la fuerza que se da en dicho país a las sentencias dictadas por los Tribunales españoles, el presente juicio debe regirse por el sistema del artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ya que no se está en alguno de los casos de que tratan los precedentes artículos 951 a 953;

Tercero. Dentro del tercero de los sistemas de reconocimiento o sea el del citado artículo 954 según el cual las ejecutorias tendrán fuerza en España si reúnen las cuatro circunstancias que en el mismo se enuncian, que aparecen sustancialmente cumplidas todas ellas, pues, en efecto, la acción de divorcio es personal; la ejecutoria (como luego se razonará en particular) no aparece dictada en rebeldía; la obligación cuyo cumplimiento se pide es ahora lícita en España; y, finalmente, la carta ejecutoria reúne al parecer los requisitos necesarios en la nación en que se ha dictado y desde luego todos los que las leyes españolas requieren para que haga fe en España, apareciendo expedida por el Tribunal sentenciador y legalizada sucesivamente por el Registrador Principal del Estado Carabobo y Ministerio de Justicia de la República de Venezuela, Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Venezuela, Consulado General de España en Caracas y Subsecretaría del Ministerio de Asuntos Exteriores de Es-

paña; siendo competente el Tribunal de origen de la sentencia por estar en caso análogo al segundo de la disposición adicional primera de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, ya que ambos cónyuges tenían al tiempo del juicio la residencia fija en la República de Venezuela; resultando igualmente competente el Tribunal de ese país a tenor de la norma tercera del artículo 22 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que atribuye la competencia a los españoles en materia de relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, separación y divorcio, cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la demanda;

Cuarto. Que la sentencia no ha sido dictada en la rebeldía a que se hace referencia en la circunstancia segunda del artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues, a partir de la competencia del Tribunal de origen acerca de la cual se deja razonado lo conducente a fundamentarla sobre el dato de la común residencia fija de ambos cónyuges en la República de Venezuela, el haber sido citada la demandada para el juicio de manera personal (lo cual, si quiera no resulte de documento que singularmente lo acredite, se dice en la sentencia haberse efectuado así, con cuya expresión se obtiene información, suficiente para esta Sala) aleja todo peligro de indefensión, que es la razón de exigirse esa circunstancia de la no rebeldía de la parte demandada;

Quinto. Que, en definitiva y por concurrir todos los requisitos exigidos por el artículo 954 de la Ley de

Enjuiciamiento Civil, debe procederse conforme ordena el artículo 958;

SE OTORGA EL CUMPLIMIENTO EN ESPAÑA DE LA EJECUTORIA CIRCUNSTANCIADA y para ello expídase, si se pidiere, exhorto al organismo jurisdiccional que corresponda, a fin de que tenga efecto lo en ella mandado.

Acertadas puntualizaciones sobre el alcance de la rebeldía.

TS (Sala 1.ª) A 25 de febrero de 1986 (Venezuela)

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por el Procurador don Javier en nombre de doña Carmen, se interesó la ejecución en España de la sentencia dictada en veintitrés de febrero de mil novecientos sesenta y siete por la Corte Superior Segunda de lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado de Miranda (Venezuela), acordando la disolución del matrimonio de la solicitante y don Antonio.

Segundo. Acordada la citación de don Antonio contra quien se dirigía la ejecutoria, se llevó a efecto personalmente con el mismo, dejando transcurrir el término concedido sin que compareciera en los autos para ser oído.

Tercero. Oído el Ministerio Fiscal a los fines prevenidos en el artículo 956 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, emitió dictamen en el sentido de que procedía acceder al *exequatur* interesado por cuantas razones exponía y que se dan por reproducidas.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. señor don Cecilio Serena Velloso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Para un adecuado enjuiciamiento del presente juicio de reconocimiento de sentencia dictada en país extranjero deben anteponerse las siguientes puntualizaciones: a) la aquí demandante es Carmen, venezolana, con residencia en Caracas, al igual que el demandado Antonio García Ortell, cuya nacionalidad no consta, ahora con residencia en Puerto de la Cruz, Tenerife, España; b) habían contraído matrimonio en El Recreo, Caracas, el dieciocho de diciembre de mil novecientos cincuenta y cuatro; c) la sentencia cuyo reconocimiento en España se solicita, fue dictada por la Corte Superior Segunda de lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, Venezuela, el veintitrés de febrero de mil novecientos sesenta y siete, siendo también demandante Carmen y demandado Antonio, quien, se dio por citado en el expediente, compareció al primer reconciliatorio, contestó a la demanda y, finalmente, dictada que fue dicha sentencia, renunció al lapso y al recurso de casación, por encontrar ajustada a derecho (según manifestó) la repetida sentencia, por la que se declara disuelto el matrimonio contraído en la fecha indicada; d) consta de la firmeza de la sentencia, que ha sido aportada mediante testimonio provisto de las debidas legalizaciones.

Segundo. No existiendo Tratado con Venezuela y no constando la fuerza que se da en dicho país a las sentencias dictadas por los Tribunales españoles, el presente juicio debe regirse por el sistema del artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ya que no se está en alguno de los

casos de que tratan los precedentes artículos 951 a 953.

Tercero. Dentro del tercero de los sistemas de reconocimiento o sea el del citado artículo 954 según el cual las Ejecutorias tendrán fuerza en España si reúnen las cuatro circunstancias que en el mismo se enuncian, que aparecen sustancialmente cumplidas todas ellas, pues, en efecto, la acción de divorcio es personal; siquiera el marido no compareció en el juicio de divorcio, consta que fue emplazado y (como se deja dicho) asistió a un reconciliatorio, contestó a la demanda y, finalmente, renunció al lapso y al recurso de casación; la obligación para cuyo cumplimiento se procedió es ahora lícita en España (aunque no lo fuese en mil novecientos sesenta y siete, fecha del juicio y de la sentencia) después de la Ley 30/1981, de 7 de julio; y, finalmente, la carta Ejecutoria reúne, al parecer, los requisitos necesarios en la nación en que se ha dictado la sentencia y desde luego todos los que las leyes españolas requieren para que haga fe en España; por último, es competente el Tribunal de Caracas, de origen de

la sentencia, por estarse en caso análogo al cuarto de los que contempla la disposición adicional primera de la citada Ley, ya que ambos cónyuges, aunque el demandado pudiera ostentar la nacionalidad española, pero ambos tenían su residencia fija en Venezuela, al tiempo del juicio de divorcio, resultando igualmente competente el Tribunal de ese país a tenor de la norma tercera del artículo 22 de la Ley 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que atribuye la competencia a los españoles en materia de relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, separación y divorcio, cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la demanda.

Cuarto. Por todo lo razonado, concurren los requisitos exigidos por el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debiendo procederse como ordena el artículo 958.

SE OTORGA el cumplimiento en España de la ejecutoria circunstanciada y para ello expídase, si se pidiera, exhorto al organismo jurisdiccional que corresponda, a fin de que tenga efecto lo en ella mandado.

LOS TRIBUNALES HAN DICHO

ARRENDAMIENTO OTORGADO CON ANTERIORIDAD A LA INSCRIPCIÓN DE LA HIPOTECA. EXTINCIÓN DEL ARRENDAMIENTO EN VIRTUD DEL PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO

STS (Sala 1.ª) 31 de octubre de 1986

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El primero de los motivos del recurso se formula al amparo del art. 1692.1 LEC, redacción vigente, y al amparo *ad cautelam* del art. 1695, redacción anterior, de dicha Ley Procesal, al resolver, según el recurrente, en el auto recurrido puntos que no fueron objeto de controversia, como es sobre la invalidez de un contrato de alquiler con desahucio y lanzamiento de unos ocupantes a los que no se ha demandado ni oído en el procedimiento de ejecución del art. 131 LH. El motivo debe ser desestimado por las siguientes consideraciones: a) Ha de estimarse formulado, como el resto de ellos, al amparo de la redacción anterior de la Ley Procesal Civil por haberse preparado el recurso de casación por infracción de ley con anterioridad al día 1 de septiembre de 1984 en que comenzó a regir la reforma de 6 de agosto de dicho año de la citada Ley (disp. trans. 1.ª): por lo tanto, se cita como infringido el art. 1695 de la antigua redacción, precepto totalmente diverso de aquel

al que se quiere equiparar en la nueva Ley, contenido en el art. 1692.1. Este último se refiere a su vez a materia similar a la de las antiguas normas de los arts. 1692.6 y 1693.6, dado su casi idéntico tenor literal: por tanto, referido, según declaró muy reiteradamente esta Sala, a la competencia por razón de la materia o del grado de la jurisdicción, o a la preferencia entre Juzgados o Tribunales de igual grado dentro de la jurisdicción ordinaria. Todo ello cuestiones por completo diferentes a las que el recurrente considera incluidas en el mismo art. 1692.1 LEC. b) El art. 1695, anterior redacción, se refiere exclusivamente a los autos que se dicten en ejecución «de sentencias», es decir, no a cualquier resolución, sino a lo mandado en sentencia firme de cuya ejecución se trate. Y es obvio que no puede en modo alguno equipararse a sentencia firme una escritura de constitución de hipoteca que sirve de base al procedimiento del art. 131 LH, ni puede admitirse que dicho procedimiento se sigue para ejecutar una sentencia. No es confundible el título contractual con efectos de título ejecutivo que implica la expresada

escritura, con la sentencia judicial, aunque ésta sirva también de título ejecutivo cuando se trata de llevar a efecto lo en ella ordenado. c) La inadmisibile equiparación que el recurso señala entre el art. 1692.1 LEC, nueva redacción y el art. 1695 de la anterior, debe ser sustituida por la existente entre esta última norma y el art. 1687.2 de la nueva redacción, relativo a los recursos de casación contra los autos dictados en apelación en los procedimientos para ejecución de sentencias recaídas en juicios declarativos ordinarios, supuesto también muy diferente del contemplado en este recurso, en que se trata de ejecución de auto de adjudicación y dación de posesión de bienes sometidos al procedimiento del art. 131 LH. Por todo ello decae el motivo examinado, ante lo defectuoso de su formulación y lo inadmisibile de las consecuencias a que por erróneo camino se quiere llegar.

Segundo. El segundo motivo de casación formulado, en cuanto ahora interesa, al amparo del art. 1692.7 LEC antes de su última reforma, acusa error de hecho en la apreciación de la prueba derivado de documentos auténticos que, en opinión del recurrente, demuestran la equivocación evidente del Juzgador. El motivo, después de enumerar hasta 22 documentos que estima como auténticos hace un parcial examen de la prueba, refutando minuciosamente los criterios que sobre ella ha mantenido la sentencia recurrida, con mezcla de cuestiones de Derecho sustantivo como en cuanto a la constitución de la hipoteca y con examen en realidad del conjunto de las pruebas obrante en las diligencias de ejecución, y distanciándose manifiestamente de lo que se ha declarado por esta Sala que significa la estimación

del error de hecho con base en documento auténtico, en cuyo concepto no se hallan, según repetidamente se ha declarado, los escritos ni las resoluciones judiciales, ni los documentos de carácter administrativo, a cuyas especies corresponden la mayoría de los enumerados en el motivo; ni en cuanto a los restantes se hace un examen particularizado de ellos para poner de relieve la equivocación de la Sala, sino que esta equivocación es como el resultado final a que llega el recurrente después de haber examinado las pruebas aportadas. De ahí que el motivo haya de decaer, máxime cuando en sus aspectos sustantivos, inadecuadamente tratados en un motivo de hecho, las consecuencias jurídicas son también desfavorables para el recurso. Así: a) Del hecho probado de que la escritura de hipoteca lleva fecha 28 de septiembre de 1978, anterior al contrato de arrendamiento de local de negocio o de industria en que se ampara el recurrente, que es de 14 de noviembre siguiente, no puede deducirse que el arrendamiento haya de superponerse a la hipoteca por la circunstancia de que tal escritura no se inscribió en el Registro hasta el mes de mayo de 1979, pues implica desconocer que como dice el ordenamiento (arts. 1876 CC y 104 y 145 LH) la hipoteca se «constituye» en escritura pública, y desde entonces surte efectos para los otorgantes y sus causahabientes (art. 1218 y 1225 CC), aunque no quede válidamente constituida *erga omnes* hasta que no se inscriba en el Registro (SS 14 de julio de 1933 y 12 de enero de 1943). Es cierto que la inscripción de la hipoteca tiene carácter constitutivo del derecho real, pero ello no autoriza para que los otorgantes y sus causahabientes (entre los que se ha-

lle el recurrente) desconozcan esa fecha de la escritura y se constituya un arrendamiento posterior que pretende dejar ineficaz al efecto real de la atribución del dominio del inmueble al acreedor. b) Luego el recurrente cuando constituyó el arrendamiento con su fallecido padre sabía que la finca estaba hipotecada y podía suponer que tenía limitadas sus facultades como tal arrendatario si se llegaba a resolver el derecho del arrendador concedente, como así ocurrió al ser ejecutada la hipoteca y quedar extinguido el arriendo, según se deduce de la doctrina sentada por esta Sala, entre otras, en SS 22 de diciembre de 1945 y 22 de mayo de 1963. c) La misma conclusión cabe deducir de una interpretación lógica de la regla 17ª art. 131 LH, en relación con la regla 8ª en cuanto que los asistentes a la subasta aceptan las cargas y gravámenes anteriores al crédito del actor, pero no los posteriores que no se mencionan y al expresarse por mandato legal en el auto de adjudicación que se cancelen todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de la hipoteca, de donde se deduce la ineficacia de un mero derecho personal posterior a la constitución de la hipoteca como es el arrendamiento de industria o de local de negocio establecido sobre unos locales a favor del recurrente en 1978, y de los que anteriormente, como consta en documento de 30 de septiembre de 1977, examinado por la Sala *a quo* (folio 244 de los autos), fue arrendatario el deudor hipotecario en unión de sus 2 hijos, uno de ellos el actual recurrente que con posterioridad devino en único arrendatario. d) De todo ello y del certero examen de la prueba hecho por el auto recurrido deriva que el motivo

en examen debe también ser desestimado.

Tercero. El tercero y último de los motivos de este recurso se ampara en el art. 1692.1 LEC, anterior redacción, alegando la infracción del art. 24.1 CE, el 446 CC y los arts. 2056 y 2059 LEC. Motivo también desestimable, en cuanto que en modo alguno puede alegar el recurrente su indefensión, máxime cuando ha podido hasta interponer recursos de casación por quebrantamiento de forma y por infracción de ley en un procedimiento judicial sumario de puro apremio, como el regulado en el artículo 131 LH, cuyo procedimiento, como se razonó en la sentencia en que fue desestimado el recurso por quebrantamiento de forma, no permite más que la ejecución hipotecaria a través del ejercicio del *jus distrahendi* del acreedor, sin que en él puedan participar partes procesales al modo como en los juicios declarativos o especiales y que no permite suspensión alguna, salvo en los supuestos que taxativamente señala el art. 131 LH. Asimismo la protección que el art. 446 CC dispensa a «todo poseedor» está subordinada, como ha declarado esta Sala (S 8 de octubre de 1928) a los preceptos que regulan el derecho del verdadero propietario, en este supuesto el adjudicatario del inmueble en el procedimiento sumario antes mencionado, parte recurrida, y finalmente tampoco hay infracción alguna de los demás preceptos invocados en este motivo relativos a la posesión judicial en los casos en que no proceda el interdicto de adquirir, regulación que no obsta a la que para otros casos establecen las leyes, como es la ejecución hipotecaria prevista en esta legislación especial y que en el su-

puesto contemplado es de preferente aplicación a cualquiera otra.

Cuarto. La desestimación del recurso da lugar a la imposición de costas a la parte recurrente, con pér-

da del depósito constituido (art. 1748 LEC, antigua redacción), pero con devolución de la suma que exceda de las 9.000 ptas., que exigía el art. 1698.1, en su anterior redacción.

NO ES POSIBLE LA UTILIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DEL ART. 41 DE LA LEY HIPOTECARIA PARA CUESTIONAR EL ESTADO POSESORIO DECLARADO EN UN ANTERIOR INTERDICTO DE RECOBRAR

SAP Bilbao 26 de noviembre de 1986

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero. En el caso enjuiciado se hace preciso analizar el eventual alcance de la anterior sentencia recaída en autos de interdicto de recobrar núm. 71/83 seguidos a instancia de los actuales demandados, hoy recurridos, (D. Timoteo y D.^a Beatriz), contra, entre otros, los actuales demandantes, hoy recurrentes (D. Fernando y otros). En dicha sentencia se declaró haber lugar al interdicto de recobrar por haber sido despojados los entonces actores (hoy demandados-recurridos) de la tenencia y posesión de la concreta servidumbre de paso cuya negación ahora se pretende, ordenándose en aquella sentencia a los entonces demandados (hoy demandantes-recurrentes) «a que repongan las cosas a su estado anterior [...] pago de costas, daños y perjuicios», aclarándose, en cumplimiento estricto de lo prevenido en el último inciso art. 1658 LEC, que «se reservará a las partes el derecho que puedan tener sobre la propiedad o sobre la posesión definitiva, el que podrán utilizar en el juicio correspondiente», amén —claro está— de la clásica fórmula de

que todo ello se entiende «sin perjuicio de terceros». La primera observación, de carácter fundamental, es que el marco procesal en el que se puede declarar «la propiedad o posesión definitiva» es, necesariamente, el marco del juicio declarativo ordinario que corresponda por razón de la cuantía, y no cualquier otro que, arbitrariamente, pueda elegir el perdedor del pleito posesorio.

Segundo. Sentado lo anterior, se hace preciso indagar cuál es la verdadera naturaleza jurídica del procedimiento del art. 41, en cuanto cauce procesal utilizado por los actores (ahora recurrentes) en su calidad de «perdedores» del anterior pleito posesorio. Se trata, en efecto, de un proceso «declarativo» (en contraposición al de «ejecución»), pero, al propio tiempo, se trata de un proceso especial y sumario, en contraposición a «ordinario», por, primero, estar restringido el conocimiento del Juez, por, segundo, la limitación de los motivos de oposición del demandado y, finalmente, por el carácter provisional de la resolución judicial que le pone fin, sin fuerza de cosa juzgada material. Basta lo anterior para comprender hasta qué punto la parte actora, ahora recurrente, ha hecho simple caso omiso de la sen-

tencia dictada en el anterior juicio interdictal y, lo que es más grave, caso omiso de los concretos términos del art. 1658.3 LEC, habiéndose sostenido por la mejor doctrina, en efecto, que «si la posesión [...] ha sido declarada por sentencia firme [y tal carácter tiene la anterior sentencia] en virtud de proceso de interdicto habido contra el titular registral, éste [los actores, en el caso enjuiciado] no podrá servirse del remedio del art. 41, siempre que quiera pretender contra el vencedor del pleito posesorio [en este caso, los demandados ahora recurridos]», en virtud de los efectos de la cosa juzgada y del art. 41.2. Y, ciertamente, comparte esta tesis este Tribunal, por cuanto es contrario a la naturaleza del procedimiento del artículo 41 LH el tratar de dispensar, a su través, al titular registral una protección que pudiera equivaler a hacer de él un poseedor incontrovertido. Por el contrario, la propia E. de M. de la Ley que introdujo la actual regulación del art. 41 se preocupó de señalar explícitamente que no se podía conferir al certificado que acredita la inscripción el valor de una prueba posesoria irrefutable ni, menos aún, los efectos de una sentencia interdictal, pues no lo permiten (*sic*) «ni los principios hipotecarios, ni las tendencias del moderno derecho de propiedad, ni los postulados de la acción social agraria». Como ya indicó D. Jerónimo, la reforma legal dejó bien claro «que la presunción de que la inscripción lleva consigo la posesión correlativa, es de las llamadas *iuris tantum*; ha encomendado a los Tribunales la misión de decidir ese problema en caso de oposición, determinando cuál sea el estado posesorio efectivo y ha señalado, dentro del derecho procesal

español, un procedimiento adecuado para salvar las diferencias técnicas entre el sistema hipotecario y el instituto de la posesión», de suerte que, en conclusión, declarado en virtud de sentencia firme dictada en un proceso de naturaleza sumaria cual sea el estado posesorio efectivo (y tal carácter tiene, sin duda, la sentencia dictada en el anterior juicio de interdicto), no tiene sentido pretender discutirlo e impugnarlo precisamente en un ulterior procedimiento de igual naturaleza sumaria (como el procedimiento del art. 41 LH), por cuanto en sus estrechos cauces, no cabe resolver la pretensión negatoria de la servidumbre ni, en el orden procesal, con todas las garantías propias del correspondiente juicio de clarativo ordinario (en el que no existe limitación de los motivos de oposición), ni con el carácter «definitivo» exigido por el párrafo último art. 1658 LEC, desde el momento en que, conforme al propio párrafo último art. 41 LH, la sentencia dictada en este juicio especial y sumario tampoco produce cosa juzgada material, quedando a salvo el derecho de las partes para promover el juicio declarativo sobre la misma cuestión. Así lo declaró también la Sala 1.^a de la AT Barcelona en una S 4 de marzo de 1967 (RJC, 1968, pág. 139), aunque en tal caso la primera sentencia fue dictada en un procedimiento del art. 41 LH y la parte entonces perdedora pretendió insistir en resolver la cuestión en un ulterior proceso también de naturaleza sumaria (concretamente en un juicio de desahucio por precario) en vez de seguir el camino que acertadamente enseña el precitado párrafo último art. 41 LH. Así pues, en suma, y sin entrar en el fondo del recurso planteado, debe desestimar-

se el recurso intentado y, con él, la pretensión actora, por inadecuación del cauce procesal utilizado, inadecuación apreciable de oficio por ser cuestión de orden público, sin hacer especial declaración en cuanto a las costas de esta alzada, por cuando, a

virtud del presente recurso, se ha hecho posible también una modificación de las bases y fundamentos de la sentencia recurrida, en los cuales, por lo dicho, cabe entrar a considerar.

TRADUCCIÓN DE OFICIO DE DOCUMENTOS REDACTADOS EN CATALÁN

STCT 9 de enero de 1987

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Según consta en las actuaciones, en el período de prueba se aportaron por ambas partes documentos redactados en catalán y no traducidos al castellano. Y si el art. 231.4 LPOJ —L 6/1985 de 1 de julio— concede plena validez y eficacia a las actuaciones judiciales realizadas y a los documentos presentados en el idioma oficial de una Comunidad Autónoma sin necesidad de traducción al castellano, el mismo precepto exige que de oficio se proceda a su traducción cuando deban surtir efectos fuera de la jurisdicción de los órganos judiciales sitos en la Comunidad Autónoma y tengan distinta lengua oficial. Supuesto que es el de autos por cuanto ahora corresponde examinar y valorar tales documentos a este Tribunal, órgano judicial asentado en la Comunidad con sólo el castellano como idioma oficial. En razón a ello, y a que la misma parte recurrente denuncia el ha-

berse omitido la traducción referida, exigencia legal que igualmente admite la demandada como no cumplida, procede la devolución de los autos a la MT de instancia al objeto de que acuerde se proceda a la traducción al castellano de todos los documentos y actuaciones redactados en catalán y, una vez ello cumplido, y sin ningún otro trámite, respecto a las partes, distinto al de notificación de los sucesivos acuerdos que se adopten, remita de nuevo los autos a este Tribunal. Encareciéndole la mayor diligencia en el cumplimiento de lo acordado para evitar mayores dilaciones.

La Sala resuelve que se devuelvan los autos a la MT Barcelona, núm. 19 seguidos a instancias de D.^a Montserrat contra X, Sociedad Cooperativa, y otro, para que se proceda a la traducción del castellano de los documentos aportados redactados en catalán, remitiéndoles de nuevo a este Tribunal, con dicha traducción, en forma expuesta en el cuerpo de la presente.

COMPETENCIA TERRITORIAL EN CASO DE COMPRAVENTA MERCANTIL. LUGAR QUE ESTÁ RADICADO EL ESTABLECIMIENTO MERCANTIL DEL VENDEDOR

SAT Bilbao 13 de enero de 1987

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero. Emplazada D.^a Encarnación, domiciliada en Baracaldo, vendedora ambulante, en el juicio declarativo de menor cuantía núm. 138/85 entablado en el JPI Vinaroz (Castellón) por D. Antonio, comerciante, vecino de Villasán del Cid, en reclamación del precio de mercaderías vendidas por la demandada se promovió cuestión de competencia por inhibitoria en el JPI Baracaldo, que por A 16 de octubre de 1985, declaró no haber lugar al requerimiento de inhibición, y que al haber sido recurrido en apelación queda planteada nuevamente en esta segunda instancia la cuestión de competencia.

Segundo. Evidentemente la acción ejercitada contra la recurrente en el Juzgado de Vinaroz es de carácter personal y derivada de un contrato de compraventa mercantil, por lo que la competencia viene determinada por el art. 62.1 LEC, que determina que en los juicios en que se ejerciten acciones personales será competente el Juez del lugar en que deba cumplirse la obligación, y a falta de éste, a elección del demandante, el del domicilio del demandado o el lugar del contrato, si, hallándose en él, aunque accidentalmente, pudiere hacerse el emplazamiento.

Tercero. Al no determinarse en la regulación del contrato de compraventa mercantil (art. 325 y ss. CCom.) el lugar del cumplimiento de

la obligación del pago del precio de las mercancías adquiridas, ha de acudirse, por imperativo de su art. 50, y con carácter subsidiario, a las normas del CC, y específicamente al art. 1500 (TS SS 30 de abril de 1959 y 8 de febrero de 1982) que establece que, en defecto de pacto expreso, deberá hacerse el pago en el lugar y tiempo en que se haga la entrega de de 1947 y 24 de septiembre de 1954 y 12 de enero de 1956), viniendo la doctrina jurisprudencial a aclarar, la cosa vendida (TS SS 19 de marzo por vía interpretativa, dicho precepto, diciendo que, salvo prueba en contrario, los géneros de comercio se entienden entregados en el establecimiento mercantil del vendedor (TS SS 8 y 15 de febrero, 30 de marzo y 2 de abril de 1962) y que si las mercancías vendidas fueren enviadas a otro lugar, domicilio o sede del adquirente, debe entenderse, si no constare lo contrario, que lo fueron a cuenta y riesgo del comprador o cargándole los portes (TS SS 7 de enero de 1947, 15 de febrero y 7 de marzo de 1962), por lo que el lugar de entrega de la mercancía y por ende el pago del precio será el del domicilio del vendedor, doctrina perfectamente aplicable al supuesto de autos en el que no queda acreditado, como alega la parte recurrente, el que las mercancías le fueran remitidas a portes pagados y de no admitirse el que lo fueran a portes debidos, criterio de la parte actora vendedora.

Cuarto. Los pagos efectuados me-

dianter transferencias, talones, giros, letras de cambio, salvo pacto en contrario, sólo representan meras facilidades de pago, que no alteran las normas de competencia, entendiéndose hecho el pago en el lugar de destino, donde se perciben efectivamente las cantidades abonadas (TS

SS 4 de diciembre de 1944, 2 de enero de 1946, 15 de marzo 1947).

Quinto. Por lo anteriormente expuesto, procediendo la confirmación de la resolución apelada, deben imponerse las costas a la parte apelante, de conformidad con el art. 896 LEC.

IMPOSICIÓN DE PENA SUPERIOR A LA SOLICITADA POR LA ACUSACIÓN SIN AGRAVAR LA CALIFICACIÓN DE LOS HECHOS PROPUESTA POR EL ACUSADOR

SAP Huelva, 22 de diciembre de 1986

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. No se aceptan los de la resolución criticada.

Segundo. Contra la misma se alzaron tanto el MF como el acusado, aunque ambos desde el respeto a su declaración de hechos probados: aquél, alegando infracción del art. 565 CP, por entender que los hechos no son constitutivos de falta sino de delito, y éste, por considerar improcedente la indemnización acordada a favor de Sebastián en concepto de lesiones y estimar en cambio procedente que se condene a la comisión liquidadora de su Compañía de seguros a pagar, con cargo al seguro voluntario, las indemnizaciones acordadas en lo que excedan de los límites del obligatorio.

Tercero. El recurso del MF debe prosperar por cuanto, como declara la propia sentencia impugnada, el acusado invadió la semicalzada izquierda, según su sentido de marcha, mientras circulaba al volante de una furgoneta por un tramo de curva cerrada a la izquierda en carretera es-

trecha de arceles impracticables, y ello fue causa de la colisión contra el turismo que circulaba correctamente en dirección contraria. Que la invasión fuese solamente «ligera» y no absoluta, en modo alguno elimina la infracción del art. 21 CCirc., cuyo párr. 3.º es terminante al exigir que toda la longitud de las curvas de visibilidad reducida se circule siempre dejando completamente libre la mitad de la zona pavimentada que corresponde a los vehículos que circulen en sentido contrario, aunque si excluye ciertamente la temeridad propuesta por el MF en sus conclusiones.

Ahora bien, aunque uno de los lesionados tardó en curar 158 días, esta Sala tiene que calificar los hechos como constitutivos de un delito de imprudencia simple antirreglamentaria del art. 565.2 CP en relación con el ya citado 21 CCirc., con resultado de lesiones del art. 420.4 y no del 420.3 de aquél, ya que el principio acusatorio, claramente recogido en el art. 851.4 LECrim., impide agravar la calificación propuesta por la acusación si en el acto del juicio oral el juzgador no hizo uso de la facul-

tad prevista en el art. 733 LECrim.; y lo cierto es que el MF, en sus conclusiones definitivas, ratificando en este aspecto concreto las provisionales, omitió cualquier referencia a las lesiones sufridas por Sebastián y, coherentemente con dicha omisión, encuadró el resultado más grave de lesiones corporales en el art. 420.4, por lo que a esta Sala le está vedado aplicar su núm. 3.

Sin embargo, y por paradójico que pueda parecer, la primera de las penas imponibles, dejando por tanto al margen la de privación del permiso de conducir, forzosamente ha de ser más grave que la de multa solicitada por el MF, pues éste incurrió en error al formular su petición de pena según la calificación por él mismo propuesta, incluso teniendo en cuenta que era de imprudencia temeraria y no de simple antirreglamentaria. En efecto, si el delito doloso de lesiones graves del repetido art. 420.4 se sanciona con arresto mayor y multa, es evidente que tal penalidad resulta más grave que la de arresto mayor establecida por el art. 565 para la imprudencia simple antirreglamentaria, de modo que esta pena, y no la de multa, será la procedente por no igualar ni superar a la del delito doloso y quedar por tanto fuera

del ámbito de aplicación del art. 565.4 y último, según criterio mantenido por el TS SS 3 de octubre de 1962, 8 de abril de 1969, 25 de abril de 1972, 23 de febrero 1977 y 9 marzo de 1984, que resuelven definitivamente el aspecto polémico de la cuestión, consistente en si debía o no computarse la pena de privación del permiso de conducir, afirmando que no debe entrar en el cómputo porque sólo está prevista para las infracciones cometidas con vehículo de motor y, por tanto, su cómputo a la hora de determinar la pena procedente entrañaría un agravio comparativo para los autores de delitos culposos ajenos al tráfico rodado.

Finalmente, por lo que se refiere a este apartado, conviene añadir que, como también ha declarado el TS SS 3 de abril de 1974, 30 de mayo de 1975, 9 de febrero de 1976, 3 de julio 1978, 16 de abril de 1979 y 29 de marzo y 4 y 8 de junio de 1984, la imposición de pena superior a la solicitada por la acusación no vulnera el principio acusatorio siempre que aquélla sea la procedente según la calificación de los hechos, que es la que verdaderamente no puede ser más grave que la propuesta por la acusación.

PROCEDE APLICAR LA LEY MÁS FAVORABLE AL INculpADO EN MATERIA DE PRISIÓN PROVISIONAL

STC 10 de marzo de 1987 y
STC 12 de marzo de 1987

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero. La única cuestión de relevancia constitucional que el presen-

te recurso de amparo plantea se refiere a la compatibilidad o no con el art. 17.1 y 4 CE de una decisión judicial denegatoria de la libertad provisional de un inculcado en la que se aplica la ley, en ese momento vigente, aunque dicha ley sea más restric-

tiva de la libertad o más onerosa para el reo que la que estaba en vigor cuando el Juez acordó su prisión cautelar. En el caso presente, en el momento de dictarse Auto de prisión (7 de diciembre de 1984), estaba en vigor la LO 7/1983, de 23 de abril, que rigió hasta su derogación el día 4 de enero de 1985 por la LO 10/1984 de 26 de diciembre.

De acuerdo con la LO 7/1983, el art. 504 LECrim, establecía que «la duración máxima de la prisión provisional será de 6 meses cuando la pena señalada para el delito imputado sea igual o inferior a la de prisión menor, y de 18 en los demás casos», sin perjuicio de que —añadía el precepto— pudiera ordenarse excepcionalmente «la prolongación de la prisión provisional hasta el límite de 30 meses, cuando el delito hubiere afectado gravemente a intereses colectivos, o cuando hubiere producido graves consecuencias en el ámbito nacional, o cuando se hubiere cometido fuera de éste, o bien la instrucción de la causa fuere de extraordinaria complejidad». No obstante, durante el cumplimiento de la prisión provisional decretada contra el recurrente, la citada LO 7/1983 fue derogada, como se ha dicho, por la LO 10/1984, de acuerdo con la cual «la situación de prisión provisional no durará más de 3 meses cuando se trate de causa por delito al que corresponda pena de arresto mayor, ni más de 1 año cuando la pena sea de prisión menor o de 2 años cuando la pena sea superior», añadiéndose asimismo que en los dos últimos casos, si concurren circunstancias que permitan prever que la causa no podrá ser juzgada en los plazos señalados, y que el inculcado pudiera sustraerse a la acción de la justicia, «la prisión podrá prolongarse hasta 2 y 4

años, respectivamente». Puesta esta última ley en relación con los Autos de prisión y de procesamiento que, como se ha señalado en los antecedentes, fueron dictados por los presuntos delitos de estafa agravada y falsificación de documentos oficiales o mercantiles (arts. 528, 529.2, 3, 7 y 8, 303 y 309 CP), resultaba que no correspondía autorizar la libertad provisional del inculcado en la fecha para la que aquélla fue solicitada, ni tampoco en las fechas posteriores en las que fueron resolviéndose sucesivamente los recursos promovidos por el interesado para lograr la satisfacción de su pretensión de libertad, ya que, conforme a la nueva Ley, cabía prolongar la prisión provisional hasta, al menos, una duración de 2 años. Por el contrario, y de no concurrir las circunstancias extraordinarias que autorizaban la ampliación del plazo máximo de prisión preventiva hasta 30 meses, la puesta en libertad del actor habría sido obligada, una vez transcurridos 18 meses de prisión provisional, si se hubiera aplicado la Ley vigente en el momento de acordarse la privación de libertad del inculcado. Pero con la decisión de la AP de aplicar la *lex posterior* menos favorable, el recurrente perdió virtualmente toda posibilidad de insistir en su solicitud de obtener la libertad por cumplimiento del referido plazo de prisión preventiva, previsto en la Ley anterior vigente en el momento en que esta prisión fue acordada por el Juez.

Segundo. Los órganos jurisdiccionales que han intervenido en el caso que ha dado origen a la presente queja de amparo han entendido que, por tratarse de normas de naturaleza meramente adjetiva o procesal las que fijan los plazos máximos de duración de la prisión provisional, la decisión

adoptada tenía forzosamente que regirse por la ley que, en desarrollo del art. 17.4 CE, estaba en vigor en esa fase del proceso, con independencia del mayor o menor alcance temporal que dicha ley diera, durante la tramitación de la causa, a la situación de privación de libertad del inculcado. La naturaleza procesal de la ley aplicada excluiría, por tanto, su consideración como una norma restrictiva de derechos individuales o más onerosa o desfavorable para el inculcado en situación de privación cautelar de libertad, ya que, como indica el MF al compartir esta tesis oponiéndose a la estimación del presente recurso de amparo, «cada decisión judicial resolviendo sobre la libertad provisional es autónoma como acto procesal del Juez y se gobierna por la norma vigente en el momento de ser dictada», lo que lleva a la conclusión, según el Fiscal, de que, una vez «establecida la ley aplicable, no resta más que verificar si en el caso concreto se respetaron los límites de duración máxima de la prisión provisional tal como los regula el párr. 4 art. 504 LECrim, en su actual redacción. Si así fuera, como así es, no se habría vulnerado el art. 17.4 CE.»

Frente a esta tesis, el actor sostiene que la ley aplicable a su petición de libertad provisional no puede ser otra que la vigente en el momento en que el Juez acordó su ingreso en prisión, afirmando en el mismo sentido que los arts. 503 y 504 LECrim, no pueden ser entendidos y aplicados como meras normas adjetivas «ya que en cuanto desarrollan un precepto constitucional, e inciden directamente sobre la duración máxima de la privación de un derecho fundamental de las personas, la libertad, fijando la duración máxima

de la privación de libertad en situación de provisionalidad, son más sustantivos que muchos artículos del CP y, por tanto, también habría que tener presente en este supuesto el principio general del Derecho de aplicación de la ley más favorable al reo».

Tercero. Planteada así la cuestión, su correcta resolución exige centrar el análisis, de un lado, en la naturaleza de las normas que regulan la prisión provisional del inculcado durante la tramitación del proceso penal, y, de otro, en el modo como deben ser interpretadas y aplicadas dichas normas con lo que los preceptos y principios constitucionales ordenan en esta materia.

Para ello, es menester recordar ante todo la doctrina de este Tribunal según la cual el art. 17.4 CE reconoce y consagra el derecho fundamental de toda persona a no ser privada preventivamente de su libertad más allá del plazo máximo señalado por la ley, o, dicho en términos positivos, a ser puesta en libertad una vez transcurrido dicho plazo; reconocimiento que especifica lo dispuesto por el art. 9.3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, según el cual «la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general», y asimismo por el art. 5.3 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, que garantiza el derecho de los detenidos preventivamente a ser juzgados en un plazo razonable o a ser puestos en libertad durante el procedimiento (ratificados ambos por España el día 13 de abril de 1977 y el día 26 de septiembre de 1979, respectivamente, y por lo mismo aplicables en los tér-

minos previstos por el art. 10.2 CE). Así, la S 127/1984, de 26 de diciembre, declara en términos generales que la infracción de la ley que regula la duración máxima de la prisión provisional «supondría una vulneración del derecho fundamental a la libertad y a la seguridad consagrado por el art. 17 CE». En la misma línea de razonamiento, y de un modo todavía más explícito, la S 85/1985, de 10 de julio, ha manifestado que «el TC, sin invadir la jurisdicción penal, puede revisar si en un determinado caso la excepcional prolongación del límite de la prisión provisional se hizo cumpliendo o no los requisitos de la Ley a la que se remite el art. 17.4 CE, pues el incumplimiento de tales exigencias legales implicaría la vulneración del derecho fundamental del art. 17.4 *in fine*».

En razón de ese carácter fundamental del derecho a la libertad personal que el ap. 1 art. 17 reconoce a toda persona y el ap. 4 singulariza en lo que concierne a quienes se hayan visto privados provisionalmente de aquélla por decisión judicial, este TC ha afirmado asimismo en la S 41/1982, de 2 de julio, que la institución de la prisión provisional, «situada entre el derecho estatal de perseguir eficazmente el delito, por un lado, y el deber estatal de asegurar el ámbito de la libertad del ciudadano, por otro», y habida cuenta de que aquélla consiste sustancialmente «en una privación de libertad», ha de regirse «por el principio de excepcionalidad, sin menoscabo de su configuración como medida cautelar».

Ciertamente, es necesario reiterar ahora que, aun reconocido su carácter de simple medida cautelar que, sin prejuzgarlo, tiende a asegurar el resultado final del proceso, la pri-

sión provisional es una decisión judicial de carácter excepcional que incide negativamente en el *estatus* de libertad personal del inculcado y, por lo mismo, es con toda evidencia restrictiva del derecho fundamental reconocido en los arts. 1 y 4 art. 17 CE, como restrictivas de este derecho son también con la misma evidencia las Leyes orgánicas que establecen las condiciones de aplicación y la duración máxima de aquella medida cautelar para los diferentes delitos, en función de las penas privativas de libertad previstas para los mismos y de las circunstancias que concurran en la causa. Dicho de otro modo, la predicada naturaleza procesal o adjetiva de tales normas y el alcance meramente preventivo o cautelar de la prisión provisional no pueden en modo alguno ocultar la efectiva limitación de la libertad procesal del inculcado en una causa penal. De ahí que este Tribunal no pueda compartir el modo de razonar de los órganos judiciales que aísla la decisión relativa a la prisión provisional como si se tratara únicamente de un acto procesal más, orientado sólo a la preparación y aseguramiento del buen fin de la causa criminal, sin reparar en la incidencia más o menos restrictiva que para la libertad del procesado o inculcado tenga la ley aplicada por el Juez al adoptar aquella decisión.

Esta conclusión inicial resulta corroborada, en lo que ahora importa, por una consideración no sólo formal, sino también sustancial del problema planteado. Desde este último punto de vista debe subrayarse, ante todo, la analogía que existe entre la privación provisional de la libertad, adoptada por el Juez como medida cautelar, y la que es producto de una sanción penal por Sentencia que

pone fin a un proceso. Se trata, en efecto, de situaciones que afectan de la misma manera, en sentido negativo, a la libertad del inculcado aunque difieran desde luego entre sí por el título jurídico que autoriza al Estado a establecer la privación de libertad, y el alcance de la misma, en uno y otro caso. La propia ley penal ha tenido en cuenta esta similitud de efectos que para el inculcado tienen unas y otras medidas de negación de su libertad, al disponer en el art. 33 CP que «el tiempo de prisión preventiva sufrido por el delincuente durante la tramitación de la causa se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la condena, cualquiera que sea la clase de pena impuesta». No es posible ignorar, por lo demás, que la exigencia constitucional de Ley orgánica tanto para establecer penas privativas de libertad como para fijar medidas cautelares que afectan el mismo bien jurídico es una manifestación adicional de la referida semejanza sustancial que para el reo tienen ambas determinaciones legales.

Descartada, por tanto, la línea de razonamiento seguida por las resoluciones judiciales impugnadas, y teniendo presentes las consideraciones que se acaban de hacer, habrá de admitirse sin dificultad que en la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de la prisión provisional debe tenerse en cuenta, ante todo, el carácter fundamental del derecho a la libertad que tales normas restringen y la situación excepcional en que la prisión provisional coloca al imputado en una causa penal. En esa dirección, este Tribunal ha venido reiterando en distintas ocasiones que «en materia de derechos fundamentales, la legalidad ordinaria ha de ser interpretada de la forma más favo-

rable para la efectividad de tales derechos» (S 34/1983, de 6 de mayo, en el mismo sentido, SS 17/1985, de 9 de febrero y 57/1985, de 29 de abril), doctrina que, por lo que al caso presente concierne, significa que las decisiones judiciales aquí cuestionadas, sin menoscabo de la ley, deberían haber optado por una interpretación más favorable a la libertad del inculcado. La pertinencia del *favor libertatis* resultaba tanto más obligada en un supuesto como el presente en el que, habiéndose planteado un problema de sucesión de leyes en el tiempo y careciendo la *lex posterior* de todo precepto transitorio que determinara su propia eficacia normativa en lo tocante a las situaciones de prisión provisional acordadas con anterioridad, los órganos judiciales, ante la duda razonable que esa circunstancia debía por fuerza suscitar acerca del alcance temporal *pro praeterito* o *pro futuro* que había de darse a una y a otra de las dos leyes en conflicto, debieron elegir y aplicar sin duda la menos restrictiva de la situación excepcional de prisión provisional o, lo que es igual, la más favorable a la libertad del recurrente en amparo.

Las conclusiones que acaban de alcanzarse obligan a resolver el presente recurso en un sentido favorable a la concesión del amparo. Pues, en efecto, dentro del procedimiento penal en el que se dictó el Auto de prisión provisional del inculcado, confirmada y consolidada en el posterior Auto de procesamiento, y ante la petición de libertad provisional formulada por el procesado, hoy recurrente en amparo, las resoluciones judiciales aquí combatidas han denegado dicha petición por aplicación de la Ley más restrictiva de la libertad personal de aquél, cuya entrada

en vigor tuvo lugar con posterioridad a la formalización procesal de la prisión preventiva acordada frente al mismo, lo que comporta *eo ipso* la lesión del derecho fundamental a la libertad personal que el art. 17 CE reconoce a todas las personas, incluidas las que se encuentren sujetas a un proceso penal.

Cuarto. Si examinamos, finalmente, la cuestión promovida por el recurrente desde el plano de la irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales que el art. 9.3 CE proclama, y cuya vulneración implicaría también la violación de su derecho fundamental a la libertad *ex art. 17.1* del propio Texto constitucional, el resultado a que habría de llegarse no podría ser distinto del alcanzado hasta aquí. Ello es efectivamente así porque, como hemos declarado en nuestra reciente S 140/1986, de 11 de noviembre, el derecho a la libertad y seguridad reconocido en el citado precepto constitucional «incluye todas sus garantías previstas en diversos preceptos constitucionales (el mismo art. 17, los arts. 25.1 y 2 y 81.1), cuya vulneración supone la del mismo derecho». Es evidente que la sola vulneración del mencionado principio de irretroactividad no es por sí sola susceptible de amparo constitucional. Pero no por ello cabe excluir que la prohibición de aplicaciones retroactivas de normas restrictivas de derechos individuales opere con carácter general como una garantía constitucional frente a limitaciones indebidas del derecho a la libertad personal, garantía que, en el caso de autos, habría sido asimismo desconocida o vulnerada por las resolu-

ciones judiciales impugnadas al aplicar indebidamente, como ya se ha visto, una ley posterior más restrictiva a un inculpado en situación de prisión preventiva acordada con arreglo a una ley anterior más benigna. Ello ha significado otorgar a la nueva ley una eficacia hacia el pasado que para el hoy recurrente ha comportado la prolongación de la situación excepcional de prisión, por encima del límite máximo establecido en la ley aplicable en el momento en que se acordó su privación de libertad, plazo máximo que representaba para el mismo la garantía constitucional del derecho fundamental a la libertad, de conformidad con lo dispuesto en el ap. 4, en relación con el ap. 1 art. 17 CE.

Quinto. El recurrente se extiende además en una serie de consideraciones sobre la calificación que, en su opinión, merecen los hechos presuntamente delictivos que se le imputan en el Auto de procesamiento. Pero es claro que tales alegaciones son extrañas a la cuestión central, ya encaminada, sobre el alcance lesivo que para la libertad personal del inculpado tienen las resoluciones judiciales recurridas, y no rebasan el umbral de la función jurisdiccional que, conforme a lo dispuesto en el art. 117.3 CE, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales. La calificación sumarial de los hechos imputados al actor no es asunto susceptible de revisión en esta vía de amparo y, en consecuencia, no cabe que la presente sentencia incluya pronunciamiento alguno acerca de los alegatos que sobre dicha cuestión aquél formula en apoyo de su pretensión.

Voto particular que formulan los Magistrados Sr. Díez-Picazo y Ponce de León y Sr. Rubio Llorente a la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 1220/1985.

Hemos disentido de la decisión de esta Sentencia y de la fundamentación que la acompaña porque creemos que era más exacta la tesis mantenida en numerosos Autos de este TC que ante problemas idénticos al actual no habían reconocido contenido constitucional a las pretensiones de amparo y habían aplicado lo dispuesto en el art. 50.2 b) LOTC. Puede citarse por todos ellos el A 933/1985, de 18 de diciembre, del cual pueden recogerse las siguientes concretas afirmaciones: a) Que el art. 17.4 CE garantiza que la prisión provisional tiene un plazo máximo fijado por ley, pero nada dice respecto de la ley aplicable al tiempo de dictar resolución; b) que el derecho que resulta de ese artículo queda salvaguardado cuando la ley aplicada establece dicho plazo máximo, como ocurre en el caso de la LO 10/1984, de 26 de diciembre, con base en la cual se denegó la libertad; c) que no puede pretenderse que las leyes procesales vigentes en el momento de iniciación del proceso o de la detención del acusado, determinen la adquisición irrevocable de un derecho a favor de éste último y que el artículo 9.3 CE, en lo que garantiza la irretroactividad de las disposiciones relativas a derechos individuales, no resulta vulnerado por las resoluciones judiciales que aplican al caso la LO 10/1984.

No dudamos que este Tribunal tiene la facultad de cambiar su propia doctrina, aunque en el caso presente, dada la situación del recurrente y la desaparición de las consecuencias

debidas a las dos modificaciones sucesivas del art. 504 LECrim., este cambio no puede proporcionar un remedio eficaz para esa situación ni fijar el criterio para la decisión de casos análogos. El cambio doctrinal, sin embargo, cuando se produce sin ser consecuencia de una modificación normativa, requiere una fundamentación sólidamente construida y no lo está, a nuestro juicio, la de la decisión de la que disintimos, por las razones siguientes:

a) El art. 17.4 CE garantiza efectivamente un plazo máximo de prisión provisional fijado por la ley, de suerte que si esta ley existe y resulta cumplida, ninguna queja constitucional puede plantearse. La sustitución de la LO 7/1983, de 23 de abril, por la LO 10/1984, de 23 de diciembre y el hecho de que esta última no contuviera normas especiales de Derecho transitorio, no impide a los Jueces ningún tipo de operaciones de interpretación o, si se prefiere, de integración, que vengan impuestas por el sistema constitucional y nada obliga a aplicar la ley más benigna. Se trata, por consiguiente, de una operación interpretativa o de aplicación del Derecho que los Jueces pueden llevar a cabo, sin restricción constitucional de ningún tipo, en el ejercicio de su función jurisdiccional.

En el razonamiento de la mayoría, esta conclusión se niega mediante una construcción en la que, a través del enlace de los arts. 1 y 4 art. 17, se llega a la conclusión de que, siéndole posible al Juez elegir entre dos leyes, debió aplicar la más beneficiosa para el detenido. Es claro, sin embargo, que no hay coexistencia de leyes en el caso de cambios sucesivos en el tenor de la misma ley y que, a falta de disposiciones transitorias

establecidas por el mismo legislador, o de previsiones generales como la contenida en el art. 24 CP, el Juez no puede dejar de aplicar la ley vigente sin colocarse con ello por encima del legislador, infringiendo el mandato de sumisión a la ley contenido en el art. 118.1 CE.

b) Para obviar este razonamiento, la decisión de la que disintimos sostiene que la denegación de la solicitud de libertad hecha por el recurrente supuso una aplicación retroactiva de la LO 9/1984, prohibida por el art. 9.3 CE de manera que en el fondo el amparo se otorga por infracción de este último precepto. Creemos, no obstante, que traer a colación en este caso el art. 9.3 CE es perturbador por varias razones. Ante todo, porque el art. 9.3 no es materia que sea objeto de amparo constitucional, según lo que resulta con nitidez del art. 53 CE. Además de ello, se mantiene en esta sentencia un concepto de la retroactividad divergente del que se ha mantenido en la jurisprudencia de este Tribunal, en muchas ocasiones anteriores, que no es necesario citar en detalle. A nuestro juicio no es retroactiva una ley porque determine los efectos *pro futuro* de situaciones que hubieran nacido con anterioridad. La Ley es retroactiva si pretende regular actos realizados con anterioridad a su entrada en vigor, pero no lo es cuando regula las consecuencias *a posteriori* de situaciones creadas con anterioridad. Y nada permite entender, por otra parte, como ya hemos dicho, que las decisiones que acuerdan la prisión preventiva determinen la adquisición irrevocable de un derecho a favor del sujeto pasivo sino, a lo sumo, de una simple expectativa, que en modo alguno impide que su solicitud de excarcelación sea

resuelta por la ley vigente en el momento en que se produce.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero. Se reducen básicamente a dos cuestiones planteadas en el presente recurso de amparo: Primero, a si las resoluciones judiciales impugnadas, denegatorias de la libertad provisional, habrían violado el derecho del art. 24.1 CE a una tutela judicial efectiva por no expresar razones de hecho y de Derecho que justifican la decisión, y carecer de la debida fundamentación, pues omiten pronunciarse sobre cuál sea el artículo 504 LECrim. aplicado, si el redactado según la L 7/1983, o el redactado tras la reforma operada por la LO 10/1984, de 26 de diciembre, que entró en vigor el 4 de enero de 1985, y, además, no mencionan las circunstancias excepcionales que, según tal precepto, permiten la prolongación de la prisión por encima del plazo máximo. Segundo, las resoluciones recurridas violarían, según el actor, el art. 17.1 y 4 CE, pues privan al actor de su libertad y mantienen su prisión provisional, infringiendo las normas legales aplicables sobre motivos y plazos máximos de duración, normas que, a su juicio, serían las contenidas en el art. 504 citado, según la redacción de la L 7/1983.

De acuerdo con el MF, el orden lógico del examen de ambas cuestiones debería ser el inverso del contenido en el escrito del recurso, habiendo de examinar primero si la denegación de la libertad provisional solicitada por el ahora recurrente en amparo tenía cobertura legal suficiente. Se sostiene en la demanda que tal base legal no existiría porque habría de ser aplicado al caso, dado el mo-

mento en que se inició la prisión provisional, el art. 504 LECrim. conforme a la redacción que le dio la L 7/1983, de 23 de abril, en cuyo caso el plazo máximo era el de 6 meses, la pena correspondiente al delito era la de prisión menor, y, aun en el caso de que fuera prisión mayor, el plazo máximo tampoco podría sobrepasar el de 18 meses, que ya los tenía cumplidos el actor cuando solicitó a la AN la libertad provisional, sin que, como se desprende claramente de las propias resoluciones impugnadas, se dieran los supuestos excepcionales que hubieran permitido la elevación de plazo hasta treinta meses.

Planteadas así la cuestión, ésta tendría una dimensión fundamentalmente de mera legalidad, pues corresponde en principio a los órganos judiciales penales interpretar y aplicar la legislación procesal y penal. Sin embargo, como dijera la S 127/1984, de 26 de diciembre, la libertad resulta conculcada, contra lo que dispone el art. 17 CE «cuando se actúa tanto bajo la cobertura improcedente de la Ley, como contra lo que la misma dispone». Por ello resulta preciso «examinar si las resoluciones judiciales impugnadas han infringido el art. 504 LECrim.» dada la clara «voluntad del constituyente y del legislador de fijar plazos efectivos a la prisión provisional, plazos cuyo incumplimiento, en tanto no sean modificados por el propio legislador, integran la garantía constitucional de la libertad consagrada en el art. 17 CE» (S 28/1985 de 27 de febrero.)

Segundo. En el presente caso tal examen requiere, como premisa previa, considerar, a la luz del mandato constitucional, cuál es la versión aplicable del art. 504 LECrim., si la dada al mismo por la LO 7/1983, o la

redacción introducida por la LO 10/1984, teniendo en cuenta que la segunda establece límites más estrictos que la primera para la duración máxima de la situación de prisión provisional.

El solicitante del amparo sostuvo ante el órgano judicial competente, y sostiene aquí ahora, que la Ley aplicable a su petición de libertad provisional tenía que ser la vigente no en el momento en que tal petición se hizo, sino la vigente en el momento anterior en que el Juez acordó su ingreso en prisión. El órgano judicial en su resolución ha aplicado, sin embargo, la L 10/1984. El MF nos solicita la inadmisión de este motivo del recurso de amparo, alegando para ello un Auto anterior de este Tribunal por estimar que la reforma del art. 504 LECrim. operada por la LO 10/1984 entró en vigor el 4 de enero, y lo estaba, por tanto, cuando se dictaron las resoluciones judiciales impugnadas, lo que permitía en los supuestos de delito cometido con pena de prisión mayor, como ocurría en el presente, una duración de prisión provisional hasta 2 años. La denegación de libertad provisional acordada por la AN tenía así cobertura legal suficiente.

No cabe duda, como afirma la S 28/1985, de 27 de febrero, que el legislador puede modificar los plazos máximos de la prisión provisional; el problema es si esta modificación puede ser aplicable a las situaciones en curso, y por tanto a los acusados presos bajo la vigencia de la Ley que establecía límites menos severos para la restricción de la libertad. Es cierto que el A 18 de diciembre de 1985 de este Tribunal ha negado la existencia de un derecho irrevocable del acusado a esa menor restricción de la libertad, pero el problema, tal y

como se plantea en el presente recurso, consiste en la falta de cobertura legal de la detención que exige el art. 17. Ello nos ha de llevar necesariamente a examinar el problema de la aplicación en el tiempo de los cambios de regulación de los límites legales de duración de la prisión provisional durante la tramitación del proceso penal.

Los órganos judiciales han partido del carácter procesal, y no sancionador de la prisión provisional, y de las decisiones judiciales relativas al mantenimiento de la misma, en cuanto que dirigidas tan sólo a la preparación y aseguramiento del buen fin de la causa criminal. Sin embargo, el que la prisión provisional no sea una sanción ni pueda utilizarse como tal, no significa que no suponga en sí misma una restricción de libertad, y que la decisión del Juez al respecto no incida sobre el estatuto de libertad del inculcado. Poniendo en conexión la presunción de inocencia y la inviolabilidad de la libertad personal, nuestra jurisprudencia ha señalado que «al consistir la libertad provisional en una privación de libertad, debe regirse por el principio de excepcionalidad» (S 41/1982 de 2 de julio). Este carácter excepcional exige la aplicación del criterio hermenéutico del *favor libertatis* lo que supone que la libertad del imputado en el curso del proceso debe ser respetada, salvo que se estime indispensable por razones de cautela o de prevención especial, la pérdida de libertad, y ello dentro de los límites legales establecidos al efecto; dicha excepcionalidad tiene también su reflejo, en caso de sucesión de normas, en la decisión de la Ley aplicable al adoptar el Juez una decisión de mantener la situación de prisión provisional, y la con-

siguiente denegación de la libertad.

Como ha dicho la S 10 de marzo de 1987 del Pleno de este Tribunal (Recurso de amparo 1280/1985) se desconocerían las garantías constitucionales frente a limitaciones indebidas del derecho a la libertad personal al aplicarse una Ley posterior más restrictiva a un inculcado en situación de prisión preventiva acordada con arreglo a una Ley anterior más benigna, pues ello podría suponer la prolongación de la situación excepcional de prisión más allá del límite máximo establecido en la Ley aplicable en el momento en que se acordó su privación de libertad, plazo máximo que representa para el afectado la garantía constitucional del derecho fundamental a la libertad, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado cuarto en relación con el apartado primero del art. 17 CE.

En consecuencia, a la solicitud de libertad del hoy solicitante de amparo, no le debió ser aplicada la reforma del art. 504 LECrim. operada por la LO 10/1984, de 26 de diciembre, sino que debería haberse examinado y decidido teniendo en cuenta los límites establecidos en la Ley vigente, más favorable, en el momento de perder la libertad e iniciarse su situación de prisión provisional, es decir, en este caso, de acuerdo con la redacción de dicho artículo contenida en la LO 7/1983. Al no haberlo hecho así los Autos impugnados, se ha desconocido el derecho del recurrente a la libertad reconocido en el art. 17.1 CE, por lo que procede otorgar el amparo solicitado en base a este precepto y anular los Autos de la AN aquí impugnados.

Tercero. La segunda cuestión que se plantea en el recurso es la de si las resoluciones judiciales impugnadas, a la luz del art. 24.1 CE, están o

no suficientemente motivadas, carecen o no de la debida fundamentación que justifique la denegación de libertad provisional. La alegación del art. 24 se realiza, sin embargo, en conexión con la justificación legal de la denegación de libertad, que acaba de ser examinada desde la perspectiva del art. 17 CE. Al haberse otorgado el amparo por violación

de este art. 17, precisamente por la base legal que sirvió de fundamento a los Autos impugnados, carecería de objeto entrar ahora en el análisis de la posible violación del art. 24.1 CE, por la motivación contenida en esos Autos, dado que la nulidad de los mismos hace innecesario examinar la suficiencia de su fundamentación o motivaciones.

VALOR PROBATORIO DE ACTUACIONES PRACTICADAS EN FASE SUMARIAL

STS (Sala 2.ª) 6 de enero de 1987 y
STS (Sala 2.ª) 11 de enero de 1987

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El coprocesado, condenado por el Tribunal Provincial *a quo*, combate la sentencia dictada por éste y condenatoria de aquél mediante dos motivos *in indicando*, formulados con apoyo en el art. 849 LECrim., que en realidad vienen a convertirse en una impugnación única —y por ello de obligado tratamiento unitario—, pues si a través del primero de dichos motivos impugnativos se denuncia, con cita del párr. 2.º de dicho precepto procesal, la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24.2, por reputar que la prueba de cargo practicada en la causa no es suficiente para fundar el pronunciamiento condenatorio impugnado a través del recurso, mediante el segundo, articulado con la veste formal del art. 849.1 LECrim., se postula una pretendida infracción por indebida aplicación de los preceptos penales constituidos por los arts. 500, 505.1, 2 y 3 y 505

(*sic*) CP; pero denunciándose ésta no por razones de dotadas de aseida, sino como mero corolario de la negación de autoría; de lo que se desprende que la desestimación del primero de los referidos motivos acarrearía *ex se ipsa* la innecesariedad de penetrar en el análisis de este segundo, únicamente pretendido fundar en la falta de participación de recurrente en los hechos delictivos declarados probados en la sentencia sometida a recurso y no en una subsunción legal inadecuada; y contrariamente, la estimación del primer motivo haría, por otra vía, también estéril el examen de este segundo motivo, resultando así que en cualquier caso la dependencia del mismo respecto al primero es en cualquier caso plena y absoluta, en tanto en cuanto este derecho fundamental, de cotidiana invocación en la «praxis», tiene naturaleza reaccional o pasiva, es decir, no precisa de un comportamiento activo de su titular, en cuanto contempla a la persona humana como sujeto del mismo en cuanto tal y no como miembro del cuerpo social, por lo que en definitiva no supone otra cosa que una verdad interina de

inculpabilidad, entendido este término de culpabilidad no como inserto en el sentido propio del vocablo en el área o ámbito jurídico-penal, sino —como recuerda la reciente S 12 de septiembre de 1986 de esta Sala—, como equivalente a participación: culpabilidad o inculpabilidad es en nuestro sistema, por lo demás, equívoco dada la polisemia de los vocablos en nuestra lengua castellana a diferencia de la inglesa, término no reconducible a la esfera psicológica o normativa, sino a la meramente participativa en el hecho. Y de ahí que cuando no se ataca la real existencia de éste, el motivo —seguramente innecesario en su articulación en nuestro sistema procesal penal— impugnativo propiamente *in iudicando* no haya de ser, como en este caso, el basado en la vulneración de los preceptos configuradores del tipo en abstracto, sino en su caso, la de los arts. 14 y ss. CP; aunque ello —se insiste— no resulte necesario, al estar cubierta la impugnación de modo global por una eventual estimación del motivo inspirado en el art. 24.2 CE, en relación con el art. 5.4 LO 6/1985, de 1 de julio.

Segundo. Señalado lo anterior y entrando ya en el examen de este motivo impugnativo realmente único, conviene, para una decisión correcta, partir de las premisas siguientes: a) Que en su desarrollo la parte recurrente no postula la inexistencia en la causa de una mínima o suficiente actividad probatoria de cargo apta como tal para fundar el pronunciamiento condenatorio dictado por el Tribunal Provincial de instancia, sino que lo vertebra sobre una base única: que según consta en el acta del juicio oral (folio 136 del rollo de Sala), los coprocesados Marino y Amador declararon que el re-

currente no participó ni siquiera se encontraba presente en los hechos relativos a los robos cometidos en el taller de D. Atilano y la tienda de D. Pedro ni tampoco en el de «Tinte T», objeto de los apartados F) y G) de la resultancia probatoria contenida en la sentencia sometida a recurso. b) Que esta misma articulación fundamentadora alude a que «se ha condenado sin pruebas, o al menos sin pruebas practicadas en el juicio oral», de forma que la impugnación se reconduce a este ámbito exclusivamente y no denuncia la inexistencia en la causa de otras pruebas de cargo obrantes en otra fase de la misma. c) Que en el motivo se postula, por aplicación del aludido derecho fundamental, la supresión en el relato fáctico de la participación del recurrente en los hechos señalados en la narración como F) y G), con lo cual resta inatacado en el *factum* el hecho E) que describe una conducta de robo con fuerza en las cosas con participación del coprocesado ahora recurrente; por lo que en cualquier caso la impugnación tendría que ceñirse al específico campo determinado por los propios términos expresados.

Tercero. La vertebración del motivo en los términos que se dejan expuestos en el fundamento que precede está deliberadamente silenciando una reiterada doctrina de esta Sala en orden al ámbito propio de la presunción de inocencia, cuales son: Primero: Que su consagración constitucional no determina la conversión de este recurso extraordinario ni, por ende, la de este TS, en una instancia revisora de la prueba, cuya valoración corresponde por aplicación de la norma contenida en el art. 741 LECrim., al órgano de instancia en uso de sus facultades ex-

clusivas con arreglo al art. 117 CE; pues la función propia de este órgano de casación —y en su caso del TC— se detiene en la comprobación de existencia en la causa de una prueba de cargo suficiente y obtenida en forma procesalmente regular (TC SS 17 de diciembre de 1985 y 20 de marzo de 1986, y TS 2.ª SS 24 de septiembre de 1985 y 25 de abril, 23 de junio y 8 de julio de 1986 entre otras muchas); sin que sea lícito, una vez comprobada la existencia de esta actividad, penetrar, disenter o pormenorizar las valoraciones del órgano jurisdiccional de instancia en orden a tal prueba regular y suficiente de cargo. Segundo: Que, ciertamente, cual se deduce del citado art. 741 LECrim., la prueba de cargo que ha de servir de base al pronunciamiento terminal de la fase plenaria debe ser en principio la practicada en dicha fase procesal, por cuanto la sumarial ostenta fundamentalmente una naturaleza preparatoria (art. 299 LECrim.); y así lo ha reafirmado esta Sala en forma muy rotunda en las muy recientes SS 14 de julio y 1 de octubre de 1986, al declarar, de cara al indicado derecho fundamental y la prueba hábil para desvirtuar la presunción que encierra, que en el sumario «las diligencias practicadas para la averiguación del delito y de sus circunstancias no tienen el carácter y rango de verdaderas pruebas, más que en el caso de que no puedan reproducirse en el acto del juicio oral y hayan sido llevadas a cabo con intervención y presencia de las partes, asistidas, las que lo necesitan, de su defensor» y que «el período trascendente y crucial del proceso penal es el plenario y que es, precisamente, durante esa fase donde deben preferentemente practicarse las pruebas, sin incurrir en

la corruptela de hipervalorar los atestados y el sumario, relegando y desdeñando a lugar secundario lo que es momento cumbre del referido proceso». Más esta doctrina tampoco debe hacer olvidar que esta precisión de regularidad de obtención de la prueba de cargo esterilice total y absolutamente la fase instructoria, ya que, de un lado, también esta Sala ha declarado en forma reiterada que el verdadero espacio de correlación entre los arts. 297, 730 y 741 LECrim., se halla no sólo en la nota de irrepugnabilidad en el plenario, sino en la constatación de datos objetivados de cargo que no sean simples manifestaciones, y de otro, que estos datos objetivos neutralizan desde su vertiente de cuasi flagrancia o testimonialidad (varias SS entre 20 de enero de 1986 y 10 de enero de 1987) la indicada verdad interina de inocencia que la presunción de tal carácter por propia naturaleza comporta.

Cuarto. Partiendo de tales premisas, la obtención de la prueba de cargo suficiente para fundar el pronunciamiento de condena deriva ya no sólo de la complicación correal —lo que en principio sería suficiente según reciente doctrina de esta Sala (SS 12 y 23 de mayo de 1986 entre varias)—, sino también del dato objetivo constatado en la fase instructoria del hallazgo en su domicilio de uno de los objetos sustraídos en uno de los establecimientos según fue reconocido por la titular del mismo, que identificó dicho objeto por lo que la comprobación de existencia de actividad probatoria de cargo resulta suficiente y, según lo expuesto, se cierra así el ámbito competencial de este Tribunal de casación; procediendo dictar consecuentemente el pronunciamiento de desestimación

prevenido en el art. 901.2 LECrim., con las ordinarias consecuencias que el mismo dispone.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Mediante un único motivo impugnativo, amparado en el art. 849.2 LECrim., el recurrente —procesado condenado por el Tribunal provincial de instancia— denuncia una pretendida vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia establecido en el art. 24.2 CE. Y lo hace desde los 2 ángulos que con arreglo a reiterada doctrina de esta Sala son precisos para que dicha presunción sea enervada: a) Suficiencia de las pruebas de cargo, es decir, que se trate de verdaderas pruebas de cargo y no de meras conjeturas, sospechas o deducciones desasistidas de corroboración objetiva; o sea, que la prueba sea apreciada con «cientificidad». b) Regularidad procesal de obtención. No sólo obviamente en la zona máxima constituida por la inflexión en los derechos fundamentales por aplicación de lo dispuesto en el art. 11.1 LOPJ 6/1985, de 1 de julio, sino también en la legalidad procesal ordinaria. Pruebas realmente de cargo son, así, sólo las que se produzcan dentro del proceso rodeadas de las oportunas formalidades necesarias para su eficacia, que no son formalismos, sino forma, y, como tal, garantía. El recurso impugna la resolución desde el prisma de la regularidad objetando a la prueba practicada de identificación que se practicó solamente en el atestado policial, que en su práctica se infringió el art. 370 LECrim., y que se verificó en forma conjunta por los sujetos reconocientes. En cuanto a la suficiencia de la prueba

la impugnación señala que su negación se basa en que fue practicada transcurridos 5 meses desde la fecha de comisión del hecho y de que los testigos manifestaron que el sujeto activo del delito usaba barba y la persona reconocida carecía de ella.

Segundo. Respecto al primer extremo —regularidad procesal de la prueba de identificación— se debe señalar que el tema ha sido abordado con amplitud en la reciente S 12 de septiembre de 1986, en cuya resolución se indicó que para su eficacia había que partir de las notas siguientes: a) Que se trata de una diligencia probatoria que, cuando menos en principio, es propia de la fase de instrucción o sumarial y, por ello, también por lo general, atípica e inidónea para ser practicada en el plenario o acto del juicio oral (SS 7 de diciembre de 1984 y 5 de marzo de 1986); lo que determina que pueda, si se practica regularmente en el sumario, producir efectos formativos de la convicción judicial, según lo establecido por el art. 741 LECrim. b) Este medio probatorio se caracteriza también por una nota singular. Es de carácter mixto: testifical a cargo del o los sujetos que reconocen e identifican y cuyo objeto es el propio imputado tomado no como fuente o medio de prueba (como sería su declaración), sino como objeto de la misma, pues es a través de sus «circunstancias exteriores» (art. 369 LECrim.) o «traje» como un tercero/s (generalmente la víctima del delito) realiza la identificación. c) Por último, ha de verificarse a través del procedimiento establecido en el capítulo III, título V, libro II LECrim.

En principio, pues, sólo si se producen estas circunstancias será eficaz tal prueba. Cierto es que en la presente causa no se ha practicado a

presencia judicial tal diligencia probatoria a través del referido procedimiento; pero no menos cierto es que en el sumario consta: a) Que policialmente consta que las distintas diligencias se practicaron en actas separadas, con intervención de otras 3 personas distintas al después procesado y con asistencia de Letrado designado por el imputado, que fue el mismo que lo defendió en el juicio oral. b) Que a presencia judicial los mismos sujetos reconocientes (folios 17, 18, 21 y 22 del sumario) ratificaron expresamente el reconocimiento o identificación verificada en el atestado. c) Que en el acto del plenario asimismo ratificaron dicho reconocimiento. No cabe por tanto estimar que en la causa no exista prueba de cargo suficiente y regularmente obtenida, ya que, aun no dando valor procesal a la diligencia policial, lo cierto es que sí se obtuvo regularmente la testifical; por lo que, al no haberse quebrantado en forma

alguna el derecho a la no indefensión establecido en el art. 24 CE, decae esta primera vertiente del motivo.

Tercero. Igual desestimación ha de tener la otra cara de la impugnación —insuficiencia de la prueba—, ya que la valoración crítica de la expresada prueba testifical de cargo pertenece a las facultades privativas del tribunal sentenciador de instancia con arreglo a la norma contenida en el art. 741 LECrim., según lo reiteradamente declarado por el TC y de esta misma Sala; ya que, si en la causa se comprueba la existencia de una actividad probatoria de cargo suficiente, no puede este órgano de casación penetrar, pormenorizar o criticar su valor probatorio, que excede del marco propio de este recurso, dictando el pronunciamiento desestimatorio del mismo con las ordinarias consecuencias que prevé el art. 901.2 LECrim.

VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA EFECTIVA POR INADMISIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN SIN JUSTIFICACIÓN MOTIVADA

STC 29 de enero de 1987

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero. Se basa el presente recurso de amparo, según los recurrentes, en un hecho que aparece acreditado en los autos y que no ha sido respetado por las resoluciones recurridas. El juicio ordinario declarativo de mayor cuantía seguido contra los demandados, actuales recurrentes en amparo, ante el JI Valencia, núm. 4, se tramitó con la confor-

midad de ambas partes como de cuantía indeterminada. Así lo hizo constar el actor en el hecho decimocuarto de su demanda y fue expresamente admitido por los demandados en el hecho correlativo de su contestación a la demanda. Sólo después de dictarse Sentencia en la apelación y al resolver sobre el escrito presentado por los apelantes, mediante el cual prepararon recurso de casación contra aquella Sentencia, se hizo constar sin explicación alguna en el A 18 de noviembre de 1985 de la AP

Valencia que «la cuantía litigiosa es de 600.000 ptas.» (hecho 2). El error se ha mantenido en el A 20 de diciembre de 1985 de la Sala 1.ª del TS «por no ser el momento procesal adecuado, y no constar, por otra parte, en lo actuado base alguna para disentir de la resolución de la Sala». Con base en ello se desestimó el recurso de queja y se confirmó el Auto denegatorio del recurso de casación.

Para resolver el amparo solicitado es, pues, necesario verificar lo que resulta de las actuaciones en orden a la cuantía por la que se tramitó el pleito, toda vez que si por error se atribuye al mismo una cuantía que con arreglo a la legalidad vigente no permite el acceso al recurso de casación, se privaría a los solicitantes de amparo de un recurso que, por estar comprendido en el derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el art. 24.1 CE, correspondería a este Tribunal restablecer.

Pues bien, de las actuaciones resulta que, como sostienen los recurrentes demandados en el pleito, en el hecho decimocuarto de la demanda el actor expuso: «Que a los efectos prevenidos en la Ley procesal aplicable, hay que hacer constar, dado que las reclamaciones que se realizan son de hacer y de cantidades líquidas, la cuantía de este procedimiento debe estimarse como indeterminada a los oportunos efectos...» A continuación y para justificar que en todo caso el procedimiento habría de ser el de mayor cuantía, hizo referencia a que el capital de la sociedad —uno de los temas litigiosos y no el único— era de 600.000 ptas. Y los demandados, en el hecho decimocuarto de su contestación a la demanda, afirmaron: «Por conformes con el hecho decimocuarto de la demanda en cuanto al procedimiento,

si bien rechazamos en congruencia con lo que venimos argumentando que el capital de la Sociedad sea de 600.000 ptas. Y así se sustanció el pleito como de cuantía indeterminada, según se recoge en el primer resultado de la Sentencia del Juzgado, en el que se dice: «Decimotercero: que la cuantía del pleito es indeterminada pero sí dentro del de mayor cuantía».

Al no ser contradichos en las actuaciones los hechos expuestos y no haber constancia en los autos de que se tramitara el incidente que previene el art. 492 LEC en el supuesto de que los demandados no se hubieran conformado con la cuantía señalada por el actor, hay que partir de los citados hechos para resolver este recurso de amparo y entender, conforme resulta de las actuaciones y dispone el art. 491 de la citada Ley, que el JPI tramitó los autos como de cuantía indeterminada conforme a lo solicitado por el actor. Sin embargo, las resoluciones recurridas en amparo sin razonamiento alguno que justifique la cuantía de 600.000 ptas. que atribuyen al pleito a partir de la fase de preparación del recurso de casación, niega a los recurrentes por esa sola razón el acceso al citado recurso, al que tendrían derecho, de respetarse la cuantía indeterminada por la que se sustanció el procedimiento.

Segundo. Es doctrina reiterada de este Tribunal que el derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el art. 24.1 CE comprende, en los casos y con los requisitos que la Ley establece, la utilización de los recursos legalmente previstos contra las resoluciones de los órganos judiciales, incluido el recurso de casación, y que, por tanto, infringe aquel derecho fundamental cual-

quier decisión de inadmisión de un recurso que no se funde en la aplicación razonada y razonable de una causa legal de inadmisibilidad, porque, si bien es cierto que corresponde a la Sala 1.ª del TS la última decisión sobre la admisión de los recursos de casación ante ella interpuestos y la verificación de la concurrencia de los requisitos materiales y procesales a que el mismo está sujeto, también lo es que si no está justificada o debidamente motivada la decisión, se funda en un error, en una causa inexistente o en un rigor excesivo en la interpretación de los requisitos formales, puede el TC, a través del recurso de amparo, restablecer el derecho vulnerado y hacer efectiva la tutela judicial que garantiza el art. 24.1 CE.

En el presente caso, conforme se ha razonado en el FJ 1.º el Auto recurrido dictado por la Sala de lo Civil de la AT Valencia, o ha incurrido en el error de señalar como cuantía litigiosa la de 600.000 ptas., pese a que el pleito se tramitó como de

cuantía indeterminada, o ha omitido la fundamentación jurídica que permita hacer dicha afirmación. Y como el Auto de la Sala 1.ª del TS, también recurrido en amparo no aclaró en queja la procedencia de ese motivo de inadmisión, limitándose a mantener una cuantía no justificada en las actuaciones «por no ser momento procesal adecuado» para atender «las razones que en pro de una cuantía superior alegan los recurrentes», es obvio que el recurso de casación preparado por los solicitantes de amparo, que resultaba procedente con arreglo al art. 1687.1 LEC, se les ha denegado sin justificación motivada de la causa de inadmisión apreciada por las resoluciones recurridas, por lo que procede otorgar el amparo para restablecer a los recurrentes el derecho que demandan de obtener la tutela judicial efectiva a través del recurso de casación oportunamente preparado y del que se les ha privado por una causa de inadmisión que no resulta de las actuaciones.

INDEFENSIÓN PROVOCADA POR LA DENEGACIÓN DE PRUEBA PERICIAL PERTINENTE. ANULACIÓN DEL JUICIO ORAL

STS (Sala 2.ª) 9 de octubre de 1986

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El *leitmotiv* de los supuestos casacionales por quebrantamiento de forma, como tantas veces ha declarado esta Sala, es el de evitar la indefensión de las partes implicadas en el debate judicial; principio implícito en la regulación proce-

sal, que ha sido declarado dogmáticamente en el art. 24.1 y 2 CE, sin perjuicio de obtener la tutela efectiva de los derechos e intereses de la persona en un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, y de utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa como declara igualmente dicho precepto constitucional, objetivos que es preciso coordinar tal como ha

puesto de relieve el Tribunal de dicho orden (SS 7 de diciembre de 1983 y 7 de febrero de 1984).

Segundo. Prosiguiendo en el orden de ideas expuesto, no es lo mismo la simple denegación de prueba, generadora de indefensión, que la denegación de una prueba por estimarla impertinente, pues tal declaración de impertinencia corresponde en exclusiva a los Tribunales penales en juicio de legalidad (TC SS 7 de diciembre de 1983, 7 de mayo de 1984 y A 11 de julio de 1984), en cuyo punto entra como sustancial la doctrina de esta Sala, según la cual, supuesto el cumplimiento de las formalidades legales en el tiempo y modo de proponer la prueba, así como la formulación de las protestas subsiguientes a la denegación de la misma, complemento exigido a la parte para llenar los requisitos de acceso a la casación (arts. 659, 799 y 850 LECrim.), debe distinguirse entre pertinencia y necesidad de la prueba, conceptos que implican una graduación de exigencia lógica, pues si *pertinente* es lo oportuno y adecuado, *necesario* quiere decir tanto como obligado y forzoso, debiendo, a su vez, tenerse en cuenta que ambas notas tienen un aspecto meramente objetivo que dice relación con el *thema decidendi* en toda su complejidad (calificación delictiva, grados de ejecución y participación, circunstancias modificativas y responsabilidad civil), y un aspecto funcional que implica que la prueba propuesta tenga relevancia en el resultado del juicio respecto de cada uno de los citados aspectos implicados en el mismo; doctrina ya sentada por la inicial S 14 de junio de 1962, seguida por otras muchas posteriores, entre otras, 23 de noviembre de 1981 y 25 de octubre de 1983.

Tercero. A la vista de la anterior doctrina es preciso examinar el motivo primero del recurso, en el que se denuncia, al amparo del art. 850.1.1 LECrim., haberse denegado en última instancia la prueba pericial propuesta por la parte recurrente e inicialmente admitida, proposición que —se alega— se hizo en tiempo y forma, y que, de otro lado, era relevante para el fallo en cuanto su ausencia provocó la no aplicación de la eximente incompleta de enajenación mental del art. 9.1 en relación con el 8.1 CP.

Cuarto. En el orden puramente formal a que alude con su primer argumento el recurrente es de ver que, en efecto, propuso en su escrito de calificación provisional en tiempo y forma la prueba pericial médica a la par que otra documental que hacía relación con el mismo aspecto médico-psiquiátrico, cuya prueba fue admitida, incorporándose la documental propuesta, pero sin que pudiera llevarse a cabo la práctica del peritaje ofrecido por haber renunciado al cargo el médico forense propuesto; por lo que la defensa propone al forense que ya reconoció en otro juicio anterior al procesado, pero, estando el nuevo perito ingresado enfermo en el hospital, solicita aquélla la suspensión del juicio oral hasta tanto se recupere, petición que no es atendida por el Tribunal de instancia, que señala fecha para dicho juicio (S 16 de enero de 1984); éste, no obstante, se suspende por otras causas, lo que permite al recurrente, por tratarse de procedimiento de urgencia, una tercera propuesta de la pericia solicitada a realizar por el médico forense que por turno corresponda en la clínica a que está adscrito, práctica que deniega la Audiencia sin razonamiento algu-

no, por lo que la defensa formula oportuna protesta a la vista de la inadmisión de la prueba, como antes la formulara por la no suspensión acordada: de todo lo cual se infiere que, si bien la defensa, en su segunda propuesta de prueba pericial, debió elegir perito que no condicionara con su enfermedad la celebración del juicio oral ya señalado, su tercera propuesta bien pudo ser admitida por el Tribunal *a quo* una vez que, para allanar los obstáculos anteriores, la defensa recurrió al forense que estuviera de turno para reconocer al procesado y proferir su dictamen en el acto del juicio oral; y si, por acaso, pudiera argüirse que el perito no fue designado *nominatim* (art. 656.2 LECrim.) en esta última ocasión válida para proponer prueba (art. 799.3 LECrim.), no es menos verdad que la especificación pretendida por el ordenamiento procesal quedaba asegurada al tratarse de perito incluido en determinada plantilla oficial (clínica forense) que ordena su actuación por turnos a los que se remitía la parte, precisamente para evitar nuevos fallos en la práctica de la prueba; por lo que, ciertamente, deben estimarse cumplidos los requisitos formales que gobiernan la admisión de la prueba de autos tanto para su práctica en la instancia como para acceder a la vía casacional.

Quinto. Entrando ahora en el aspecto de la relevancia de la prueba en debate, tanto en su aspecto objetivo como funcional no puede caber duda de que su práctica estaba íntimamente relacionada con aspecto tan importante para la responsabilidad penal como el de valorar la capacidad de imputación del procesado, lo que, asimismo, está mostrando su relevancia y necesidad para el

resultado del juicio, tanto más que de la prueba documental aportada resultan los siguientes datos y circunstancias: *a)* Que el recurrente Pedro tenía el significativo alias de Pedro *el Loco*, no obstante lo cual no se practicó en fase sumarial ningún reconocimiento psiquiátrico (art. 381 LECrim.); *b)* que obra sentencia de la AP Barcelona en su Secc. 2.ª en la que se aprecia la eximente incompleta de enajenación mental, sentencia dictada en 13 de febrero de 1982, es decir, 2 años antes de la dictada por la Secc. 4.ª de la misma AP que ahora se recurre; *c)* que la base para dicha estimación jurídico-penal lo fue un dictamen pericial emitido por el médico forense, que, como se ha dicho, es el mismo que se designó por la defensa del recurrente en su segunda propuesta de prueba y que por estar enfermo en aquel entonces no pudo llevar a cabo su cometido, y, finalmente, *d)* que igualmente obra documental de haber estado ingresado el procesado en su adolescencia, reiteradas veces, en un centro de asistencia psiquiátrica sito en Vilasar (Tarragona); por todo lo cual, sin entrar a valorar la entidad nosológica padecida por el recurrente, que ya es tema de fondo ajeno a este aspecto de la casación en que nos movemos, y agregando a lo ya dicho que el recurrente invojó como complemento de su recurso el art. 24.1 y 2 CE, invocación que, según el art. 54 LOPJ vigente, sirve ya para fundar este motivo del recurso, es de concluir que, denegada en último término la prueba propuesta por el recurrente sin afirmar la Sala de instancia si era o no pertinente, como asimismo al no dar respuesta alguna a la existencia o no de la eximente incompleta alegada por la defensa en su calificación provisional y defini-

tiva (lo que pudo y debió ser otro motivo de recurrir por incongruencia omisiva), todo ello, decimos, contribuye a encontrar la indefensión alegada, en definitiva, por el recurso, y nos lleva a estimar el mismo por su motivo primero de quebrantamiento de forma, lo que, por tanto, conduce a anular lo actuado en el plenario desde que se cometió la fal-

ta de admisión de la prueba propuesta por tercera vez por la defensa y a celebrar nuevo juicio oral, en el que la AP resuelva sobre la cuestión de fondo con entera libertad de criterio, sin que pueda sentirse vinculada por la anterior sentencia que estima la eximente incompleta de enajenación mental en el procesado recurrente.

NECESIDAD DE DAR AUDIENCIA AL CONDENADO, CON ASISTENCIA DEL LETRADO, EN EL PROCEDIMIENTO DE FIJACIÓN DEL LÍMITE DEL CUMPLIMIENTO DE LAS PENAS IMPUESTAS EN DISTINTOS PROCESOS

STC 30 de enero de 1987

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero. Aunque el recurrente solicita en el «suplico» de su demanda que este Tribunal acuerde lo necesario para que se produzca la refundición de ambas causas (es decir, de la núm. 155/1978, proveniente del JI Madrid núm. 3 y la 70/1979, JI Madrid núm. 20, procedente de la misma capital) y que se «declare la nulidad del acto mediante el cual se aprobaba el licenciamiento de la causa 155/1978», de la lectura del escrito resulta que impugna las RR de 7 y 13 de junio de 1983 del Magistrado de Ejecutorias de la AP de Madrid. Por la primera se aprobaba la «liquidación refundida» de condenas practicada al recurrente en el sentido de refundir las 5 penas de prisión impuestas en la causa 70/1979, limitando su cumplimiento al triple de la mayor, de acuerdo con el art. 70.2 CP, y de liquidar separadamente la condena infligida en la causa 155/

1978. El recurrente sostiene, y ésta es su pretensión fundamental, que las penas dictadas en ambas causas debieron refundirse conjuntamente, aplicando a todas ellas el citado artículo 70.2 CP y limitando, por tanto, el cumplimiento al triple de la pena mayor impuesta. Ello supondría que el total de la condena a cumplir por las dos causas sería de 18 años, ya que la pena mayor que se le impuso fue de 6 años de presidio (convertida después en prisión) menor en la causa 70/1979. Por el contrario, al no refundir las dos causas, el recurrente hubo de cumplir primero la pena acordada en la causa 155/1978 (4 años, 2 meses y 1 día de prisión menor, reducida a 3 años por aplicación de la L 8/1983, de 25 de junio, y art. 24 CP) para pasar seguidamente a iniciar el cumplimiento de la de 18 años resultante de la causa 70/1979. Para el recurrente esas resoluciones judiciales vulneran los arts. 24 y 25 CE.

Segundo. Respecto a la posible vulneración del art. 24, que consistiría en determinar si el interesado

tuvo o no las garantías que en defensa de sus derechos e intereses legítimos prevé ese precepto constitucional, conviene advertir, en primer término, que la posibilidad de que se aplique a las penas que le han sido infligidas en distintas causas la limitación del art. 70.2 CP, afecta a un derecho fundamental, cual es el de la libertad personal (art. 17 CE). Por esta razón procede examinar si en el presente caso se han observado esas garantías de defensa de sus intereses legítimos que reconoce el referido art. 24 CE. Incluso dadas las peculiaridades del presente caso, conviene llevar a cabo ese examen antes de analizar el motivo de inadmisión alegado por el Fiscal en sus primeras alegaciones (que en este momento procesal se convertiría en motivo de desestimación), consistente en no haber agotado el recurrente todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial (art. 44.1 a), en relación con el 50.1 b), ambos LOTC).

Tercero. La LECrim. ofrece un cauce procesal para examinar si procede o no la refundición conjunta de penas impuestas en causas distintas por razón de su posible conexión.

En efecto, el ya aludido art. 988 LECrim., dice en su ap. 3.º:

«Cuando el culpable de varias infracciones penales haya sido condenado en distintos procesos por hechos que pudieron ser objeto de uno solo, conforme a lo previsto en el art. 17 de esta Ley, el Juez o Tribunal que hubiera dictado la última Sentencia, de oficio, a instancia del MF o del condenado, procederá a fijar el límite del cumplimiento de las penas impuestas conforme a la regla segunda del art. 70 CP. Para ello reclamará la hoja histórico-penal

del Registro Central de Penados y Rebeldes y testimonio de las Sentencias condenatorias y previo dictamen del MF, cuando no sea el solicitante, dictará Auto en el que se relacionarán todas las penas impuestas al reo, determinando el máximo cumplimiento de las mismas. Contra tal Auto podrán el MF y el condenado interponer recurso de casación por infracción de Ley.»

Ciertamente este precepto se refiere de manera expresa a una resolución a adoptar por el órgano judicial sin audiencia del condenado, salvo que éste sea el solicitante. Sin embargo, la trascendencia de la resolución no se le ocultó al legislador, que incluso prevé la posibilidad de acudir al TS por medio del recurso de casación por infracción de Ley. Ello supone que no nos encontramos ante una decisión que tome automáticamente el órgano judicial, sino ante una cuestión que puede llegar a ser debatida ante el mismo TS. En esas circunstancias el precepto de la LECrim., ha de ser integrado para ajustarlo al derecho de defensa que consagra el art. 24.1 CE en el sentido de que, como dice el MF en sus últimas alegaciones, el interesado debe ser oído antes de dictarse la resolución judicial, y ha de serlo con asistencia de Letrado (art. 24.2 CE), y que ha de tramitarse el procedimiento indicado en el citado precepto de la LECrim., cuando el interesado lo pida, dándole la posibilidad, en la hipótesis de que la resolución judicial sea denegatoria, de acceder a la casación. Todo ello también es consecuencia del principio de igualdad de las partes en el proceso penal, como recuerda asimismo el MF en las mismas alegaciones. En el presen-

te caso ese principio exige que, interviniendo el Fiscal en el procedimiento de liquidación y refundición de penas, sea oído también el condenado con asistencia letrada.

Cuarto. De lo expuesto en los antecedentes, y especialmente del antecedente núm. 4, resulta que el recurrente dirigió al Tribunal numerosos escritos solicitando lo que él denominaba revisión de la causa y protestando por la aplicación sucesiva de las penas que le habían sido impuestas. Y, concretamente, en escrito de fecha 7 de enero de 1983, expone entre otros extremos «que se ha aplicado a este sumario el art. 70 CP sin haberlo solicitado, pues este artículo sólo se puede aplicar si el condenado está de acuerdo», que «no había podido recurrir ante el TS por no haber recibido ninguna notificación», y termina pidiendo la revisión de la aplicación del art. 70 CP y que se le envíe «el testimonio de la condena que en su día se le debió haber hecho». En este escrito, aunque con manifiestos errores jurídicos y expresiones sumamente confusas, explicables en quien es lego en Derecho y no tiene asistencia letrada, se expresa la voluntad de que se proceda a la refundición de las penas impuestas en las dos causas en las que fue condenado e incluso se alude, aunque en forma imprecisa, a una posible casación. La petición del recurrente, previo informe del MF, fue desestimada por el Magistrado de Ejecutorias en R 10 de marzo de 1983 no motivada. Ahora bien, solicitada por el recurrente la refundición de las penas de las causas (pues esto es evidentemente lo que pide) debió abrirse el trámite del art. 988 LECrim., con audiencia del interesado asistido de Letrado, y resolverse por Auto, contra el cual pudiera presentarse el

recurso de casación previsto en el citado art. 988 LECrim. Al no procederse así se han vulnerado los derechos de defensa del interesado reconocidos en el art. 24 CE, incidiéndose en el motivo de estimación del recurso cuya posible concurrencia fue puesta de manifiesto a las partes por la providencia 22 de diciembre de 1986 de este Tribunal. Por ello no procede pronunciamiento alguno respecto de la alegada vulneración del art. 25, ya que, dado el carácter subsidiario del recurso de amparo, este Tribunal no puede conocer de una cuestión que no ha sido previamente sometida a los Tribunales ordinarios.

Quinto. A esta conclusión no obstan las alegaciones del Fiscal en sus primeras alegaciones relativas a la supuesta existencia del motivo de inadmisión (que ahora lo sería de desestimación), consistente en no haber agotado el solicitante del amparo todos los recursos utilizables de la vía judicial, al que se ha aludido antes. En particular se refiere el fiscal al recurso de casación previsto en el art. 988 LECrim., pero, como ya se ha visto, el recurrente ni tuvo asistencia letrada que le permitiera conocer con la suficiente precisión la existencia de ese recurso, aunque a él parece aludir en su citado escrito de 7 de enero de 1983, ni se resolvieron las cuestiones referidas a la refundición de las penas por Auto, sino por resoluciones no motivadas, como lo fueron no sólo la ya mencionada de 10 de marzo de 1983, sino también las de 7 y 13 de junio. 1983, por las que se aprobaron las refundiciones separadas de las penas. En esas circunstancias, mal puede exigirse al recurrente que interpusiese un recurso de la complejidad técnica de la casación, previsto además en un caso ex-

cepcional, y de cuya procedencia en este supuesto podía tener a lo más una vaga idea.

Sexto. En cuanto al contenido del amparo a otorgar, es claro que ha de limitarse a reconocer y a hacer efectivo el derecho del recurrente a que se siga el procedimiento regulado en el art. 988 LECrim., con su audiencia, asistido de Letrado, lo que le permitirá, en su caso, interponer el recurso de casación previsto, sin que pro-

ceda a esta sede pronunciarse sobre la petición de refundición de las penas, pues el derecho constitucional vulnerado es el derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva, en el que se incluye el de la interposición de los recursos establecidos en las Leyes, es decir, el derecho consagrado en el art. 24 CE, cuya posible violación se sometió a la consideración de las partes por la citada providencia 22 de diciembre de 1986.

LA EXCLUSIÓN DEL ABOGADO DEFENSOR EN EL PROCESO PENAL ALEMÁN*

JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO:

I. Introducción. — II. Concepto y antecedentes. — III. Naturaleza jurídica. — IV. Presupuestos. — V. Procedimiento. — VI. Revocación de la exclusión. — VII. Otras medidas complementarias de la exclusión.

I. INTRODUCCIÓN

La institución de la exclusión del defensor es una de las medidas legales para la lucha antiterrorista, que pretende dar respuesta a la cuestión, muy compleja, de impedir la connivencia delictiva terrorista entre el abogado defensor y su cliente, no sólo por lo que a la comisión de tipos delictivos se refiere, sino más allá, evitando que con la utilización de los mecanismos legales puestos a su disposición, pueda el abogado obstaculizar la acción investigadora del órgano ju-

* Este artículo constituye la primera parte de nuestra monografía sobre *la exclusión del defensor de elección en el proceso penal*, que es una de las medidas legales que se pueden adoptar para luchar contra el terrorismo. Fue elaborada gracias a la concesión de una Beca de investigación del Consejo Superiores de Investigaciones Científicas/Max-Planck-Gesellschaft (junio de 1981 a enero de 1982), y otra de la Max-Planck-Gesellschaft (diciembre de 1983 y julio a octubre de 1984), disfrutadas en el Max-Planck-Institut für ausländisches und in-

risdiccional, de la Fiscalía o de la Policía, y el correcto desarrollo del proceso penal.

En virtud de la misma, con diferencias dentro de los esquemas del Derecho comparado, el abogado connivente en el anterior sentido viene excluido (separado o vetado) de la defensa, pero sin que este derecho se perjudique para el inculcado, pues entra un sustituto o defensor de oficio.

La exclusión así entendida aparece regulada por vez primera en el Derecho Procesal Penal de la República Federal de Alemania, que es el único país que la contiene expresamente con este nombre y la dota de una estructura procedimental a partir de unos presupuestos, dentro de la política legislativa en la lucha contra el terrorismo, y al lado de otras medidas graves.

En efecto, han sido los §§ 138a 138d de la StPO alemana los únicos que han regulado, dentro de los sistemas jurídicos de los países pertenecientes a nuestra área cultural, la exclusión del defensor (*Ausschluß des Strafverteidigers*), producto de una reforma de 1974, que pretendió dar respuesta legal a los innumerables problemas y abusos causados por los abogados defensores de los miembros del grupo terrorista Baader-Meinhof principalmente, bien por apoyar a este tipo de grupos, bien por ser simpatizantes o incluso miembros de ellos.

Entremos consiguientemente ya en materia, explicando el concepto, los antecedentes, la naturaleza jurídica, los presupuestos, el procedimiento para la imposición, los efectos y la revocación de esta medida, además de indicar otras medidas complementarias aprobadas por el legislador alemán.

ternacionales Strafrecht de Freiburg im Breisgau, en la República Federal de Alemania, bajo la dirección del Prof. Dr. h.c. Hans-Heinrich Jescheck y del Prof. Dr. Albin Eser, M.C.J. Anunciada hace tiempo ya la derogación de la legislación anti-terrorista (pero no la de institución española que se basa en la alemana aquí tratada), su publicación debe obviamente esperar a ver el resultado definitivo. Sin embargo, ello no afecta a esta parte, que se publica por entender que puede servir de ayuda en la comprensión de este punto particular, al exponerse la institución en el país que le dio origen y forma, Alemania Federal, muy preocupada por impedir la connivencia terrorista entre presunto miembro de banda terrorista imputado y su abogado defensor. Otra versión de este tema la hemos enviado a Colombia, para publicación en el libro-homenaje a Carrara, de difícil acceso, presumimos, en España. Una vez aprobada la reforma legal, parece que inminente ya, ofreceremos al lector especialista la monografía completa.

II. CONCEPTO Y ANTECEDENTES

Planteado, pues, el problema que hay que estudiar en la Introducción precedente, es imprescindible comenzar con el análisis de la exclusión del defensor en el proceso penal alemán, por dos razones fundamentales: En primer lugar, porque esta institución, como se ha apuntado, se ha regulado únicamente con carácter especial en la República Federal de Alemania, es decir, este país es el único de nuestra área cultural en el que se contempla, a través de una regulación legal expresa, la posibilidad de excluir al abogado defensor de un presunto terrorista, dándose los presupuestos que detalladamente se han establecido, y según el procedimiento también previsto; en segundo lugar, porque cuando se entre en la materia propia de nuestro Derecho Procesal Penal, estaremos en mejores condiciones de abarcar y captar las profundas diferencias existentes entre ambos sistemas de enjuiciamiento criminal, siendo ello igualmente extensivo a las consideraciones que se van a hacer sobre el Derecho italiano, empezando ya por el concepto, pues el Derecho alemán da base legal para ello, y el nuestro no.

En efecto, a través de la exclusión del defensor se pretende acordar una medida, dirigida fundamentalmente contra los abogados defensores, es decir, que no afecta en sí al derecho a la defensa técnica, sino al carácter personal del mismo, pero que tiene repercusiones negativas también sobre el inculcado, en virtud de la cual se da una imposibilidad para un abogado defensor concreto, por diversos motivos tasados legalmente, de defender en un proceso penal o en otros, a un imputado o imputados, igualmente determinados.

Aunque también en Alemania existen normas disciplinarias que pueden tener, hablando en términos generales, el mismo efecto, lo cierto es que estamos ante una institución autónoma que nada tiene que ver con las anteriores normas, con las que puede coexistir perfectamente, pues se refiere única y exclusivamente a la exclusión regulada en los §§ 138a a 138d de la StPO,¹ introducidos en la Ley Procesal Penal alemana por una Ley de 1974,² con el fin primordial de tener un arma

1. El texto de dichos artículos puede verse en nuestro libro *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1985, pp. 322 a 325. Un breve comentario a esta institución, en la Introducción de dicho libro, pp. 82 y 83.

2. Ley Complementaria de la Primera Ley de Reforma del Derecho Procesal Penal (1. StVRGErgG), de 20 de diciembre de 1974 (BGBl. I, p. 3686). Posterior-

adecuada para la lucha antiterrorista (la última Ley Antiterrorista, de 19 de diciembre de 1986, no ha tenido consecuencias procesales directas sobre aquellos parágrafos), y cuyo contenido se puede entender más fácilmente tras una breve consideración histórica.

En este sentido, dentro de esa reacción estatal al ataque que supone contra las normas democráticas de convivencia el terrorismo, el legislador alemán ha procedido en primer lugar a modificar el Código Penal, introduciendo en él fundamentalmente el § 129a, que regula la formación de asociaciones terroristas, y que ha sido últimamente modificado por la Ley de 1986, citada anteriormente. Procesalmente, de entre las diversas posibilidades existentes, ha desechado crear un proceso penal especial para el enjuiciamiento de tales delitos, optando por modificar determinadas normas importantes de la StPO, entre otras Leyes, que pudieran asegurar al Estado un proceder mejor y más conveniente contra los miembros de aquellas asociaciones, y especialmente contra los abogados que, siendo simpatizantes, les defiendan.

Puede decirse, a este respecto, por la propia experiencia histórica alemana en cuanto a los innumerables problemas causados por los defensores de los miembros de los grupos terroristas, principalmente de la denominada banda Baader-Meinhof, que la modificación afectó casi exclusivamente al derecho de defensa, regulándose, entre otras limitaciones y por vez primera, la exclusión del abogado sospechoso de connivencia con su mandante en un proceso penal contra éste por delito de terrorismo.³

Ya con anterioridad a aquella Ley de 1974, el abogado defensor estaba excluido del ejercicio de la defensa en la República Federal de Alemania, no en base a un precepto concreto, sino, conforme a entender de la Jurisprudencia, que se basaba en un derecho consuetu-

mente, la Ley Antiterrorista, de 14 de abril de 1978 (BGBl. I, p. 497), volvió a redactar de nuevo el § 138a, el § 138b, frase 2.ª, y el § 138c, ap. (3), frase 1.ª, inciso 2.º, ampliando y agravando los supuestos. La Ley de 18 de agosto de 1976 (BGBl. I, p. 2181), redactó de nuevo el § 138c, ap. (2), frase 1.ª, modificó el ap. (3), frase 2.ª, de este precepto, y añadió al mismo el ap. (5). Un comentario al respecto puede verse en KNAPP, AnwBl. 1975, pp. 373 y ss.; así como la crítica general de SCHMIDT-LEICH, NJW 1975, pp. 417 y ss.

3. El entorno del momento era claramente de desconfianza hacia el abogado defensor, por parte de las autoridades de Justicia, véase HAMM, *Festschrift für Sarstedt*, p. 50. Véase también CROISSANT, en «Politische Prozesse...», páginas 19 y ss.

dinario,⁴ en caso, y sólo en él, de abuso de su papel de órgano colaborador de la Administración de Justicia, generalmente por conspiración con su cliente.⁵

Para comprender el sentido de tal medida, hay que tener en cuenta que en Alemania el abogado no es exclusivamente un representante subjetivo de los intereses del inculcado, sino ante todo un órgano independiente de la Administración de Justicia, que está a su lado como ayudante. Esta declaración, que se recoge asimismo en el § 1 BRAO,⁶ ha sido apoyada por la Jurisprudencia,⁷ aunque, sin embargo, como es fácilmente comprensible, también ha sido fuertemente criticada, en tanto en cuanto es una definición difícil de explicar, olvida que el defensor defiende los intereses del inculcado, representándole,⁸ y que, por tanto, depende en su actuación de sus instrucciones.⁹ De la propia StPO, ello no obstante, se deducen normas que confirman la declaración del § 1 BRAO,¹⁰ lo cual hace mantener a un sector de la doctrina alemana una posición alejada de la de ser mero defensor de derechos e intereses del inculcado.¹¹

4. Este fundamento fue negado por el auto, muy importante, del BVerfG, que citamos en nota 12 y concordantes (BVerfGE, t. 34, p. 303).

5. Véase ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, p. 106. También JESCHECK, *Festschrift für Dreher*, p. 783. Entre la jurisprudencia, puede verse la que cita SEELMANN, NJW 1979, p. 1128. Los Tribunales alemanes han considerado la exclusión del defensor como un instrumento procesal ya desde la República de Weimar. Un breve comentario sobre la evolución histórica en ULSENHEIMER, GA 1975, páginas 103 y ss.

6. El § 1 BRAO dice literalmente que: «Der Rechtsanwalt ist ein unabhängiges Organ der Rechtspflege» (El abogado es un órgano independiente de la Administración de Justicia). Véase un comentario sobre este precepto en ISELE, *Bundesrechtsanwaltsordnung*, pp. 2 y ss. También, el auto del BGH de 30 de enero de 1959 (BGHSt, t. 12, p. 369); y las explicaciones de ESCHEN, *Strafverteidiger* 1981, pp. 363 y ss.; BEULKE, *Der Verteidiger...*, pp. 185 y ss.; DAHS, *Handbuch...*, pp. 11 y ss., y BOTKE, ZStW 96 (1984), pp. 739 y ss.

7. Véase, por ejemplo, el auto del BGH de 30 de enero de 1959, cit. en nota anterior, p. 369.

8. Téngase en cuenta que en la República Federal de Alemania no existe la figura del Procurador.

9. Véanse HOLTFORT, *Vorgänge*, p. 81, y *Strafverteidigung und Anwaltsorganisation*, p. 78; WELP, ZStW 90 (1978), p. 101; VARIOS, *Arbeitskreis Strafprozeßreform*, § 1, I, E; HENKEL, *Strafverfahrensrecht*, pp. 150 a 153; KNAPP, AnwBl. 1975, pp. 373 y ss.; KRAMER, NJW 1975, p. 850. Especialmente crítico es DAHS, NJW 1975, p. 1388, y NJW 1976, pp. 2149 a 2151.

10. Por ejemplo, el defensor puede pedir prueba contra la voluntad del inculcado, concretamente, que se le examine psíquicamente (§ 81 StPO).

11. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, pp. 97 a 99, da los siguientes argumentos: a) El defensor no se halla en lugar del inculcado, pues éste tiene obligación de estar presente (§ 230 StPO), defenderse a sí mismo, formular preguntas (§ 240,

Esta polémica, oscilante entre la declaración legal y lo que realmente ocurre en la práctica, llevó a plantear la grave cuestión de la exclusión del defensor ante el Tribunal Constitucional Federal, que, en el denominado caso Schily,¹² entendió que la exclusión del defensor violaba el art. 12, ap. (1) de la Ley Fundamental de Bonn.¹³ En el auto de 1973 citado, el BVerfG declaró que faltando una regulación legal expresa para dicha exclusión, se violaba el derecho al libre ejercicio de la profesión, aunque fuera sospechoso de participación en el hecho imputado al inculpado.¹⁴

Sólo un año después, al hacerse imprescindible, pues, una normativa *ad hoc*, el legislador procedió a regular extensamente la exclusión del defensor, introduciendo los parágrafos antedichos en la StPO, en los que se prevén los presupuestos, procedimiento, efectos y revocación, por medio de la Ley Complementaria a la Primera Ley de Reforma del Derecho Procesal Penal, ampliándose los presupuestos posteriormente por la Ley Antiterrorista de 1978. El legislador quiso excluir al defensor, y así se recoge en la Ley, en todas las causas penales, y siempre que fuera defensor de confianza (de elección), es decir, no designado de oficio, aunque también cabe la posibilidad de excluir a éste, como veremos, dándose el presupuesto general de colaboración delictiva con el inculpado en un hecho punible de terrorismo o que

ap. (2) StPO], dar explicaciones (§ 257), y derecho a la última palabra (§ 258 StPO); b) El defensor está obligado a la verdad y justicia (§ 258 StGB), consecuencia de ser un órgano de la Administración de Justicia; c) El defensor está obligado a hacer valer lo que favorezca al inculpado, ayudándole en la defensa general de sus derechos procesales, teniendo tres obligaciones concretas: decir verdad, asistir y callar, y d) Nada impide éticamente que el defensor pueda solicitar la absolución de su representado aunque sepa que es culpable, pues la propia Ley exige también la absolución del culpable cuando no ha podido ser hallado como tal por los medios procesalmente ordenados. Véanse también HENKEL, *Strafverfahrensrech.*, pp. 153 y 154; SCHMIDT, Eb., *Deutsches Strafprozessrecht. Ein Kolleg.*, pp. 51 a 93; SCHÄFER, *Strafprozessrecht. Eine Einführung*, Einl. Kap. 9, Nr. m. 7; ZIPP, *Strafprozessrecht*, pp. 48 y 49, y VON WINTERFELD, *Festschrift für Schmidt-Leichner*, p. 226.

12. Auto del BVerfG de 14 de febrero de 1973 (BVerfGE, t. 34, p. 293). Véanse las consideraciones de WALLER, *DRiZ* 1974, pp. 177 y ss.

13. Dicho apartado dispone que «todos los alemanes tienen derecho a elegir libremente su profesión, su lugar de trabajo y el de formación profesional. El ejercicio profesional podrá regularse por Ley o en virtud de una Ley».

14. Véanse JESCHECK, *Festschrift für Dreher*, p. 783; KNAPP, *JuS* 1974, p. 21.

pusiera en peligro la seguridad del Estado.¹⁵ Esta legislación fue inmediatamente declarada constitucional por el BVerfG.¹⁶

Por tanto, y retomando las palabras iniciales, la exclusión del defensor se ha regulado en Alemania con el fin de tener un arma legal, no la única, pero quizás la más importante por su gravedad, para luchar contra los abogados que participaban de las mismas ideas que sus clientes sospechosos de haber cometido un delito de terrorismo o contra la seguridad del Estado, o incluso que habían cometido el mismo tipo de hechos punibles. Ciertamente, es el único país de nuestro entorno cultural que ha regulado expresamente la exclusiva del defensor.¹⁷

Aparece, así pues, el primer dato importante a retener. En Alemania se entendió rápidamente que lo primero que había que reformar para luchar contra el terrorismo era el Código Penal, y después limitar, incluso restringir absolutamente, el derecho de defensa técnica. La razón, que en algunos procesos contra las bandas terroristas determinados abogados abusaban de los poderes que legalmente tenían y de la confianza que la Administración de Justicia deposita en ellos, con el fin de apoyar a dichas bandas, bien por ser simpatizantes, bien por pertenecer a ellas.¹⁸

15. La relación terrorismo - limitación del derecho de defensa es puesta de manifiesto por prácticamente toda la doctrina; véanse, p. ej., HOLTFORT, *Vorgänge* 1977, p. 78; JUNG, 1975, *JuS* 1975, p. 264; KNAPP, *AnwBl.* 1975, p. 373; SCHMIDT-LEICHNER, *NJW* 1975, p. 420. Los Tribunales son también conscientes de la gravedad de la medida. Un dato estadístico lo prueba: Entre 1975 y 1980 se han producido de 2 a 3 exclusiones anuales, según atestigua DAHS, *Handbuch...*, p. 27, nota 29. El OLG de Colonia, en su Auto de 5 de febrero de 1975, que se puede consultar en *NJW* 1975, p. 459, declaró expresamente que la exclusión del defensor no era un correctivo que se pueda utilizar en cualquier momento contra defensores incómodos y obstinados. Datos estadísticos más completos pueden verse en *RiBz*, *NStZ* 1981, pp. 328 y 329.

16. Véase el Auto del BVerfG de 4 de julio de 1975, que se puede consultar en *NJW* 1975, p. 2341, y el comentario de DÜNNEBIER, en *Löwe/Rosenberg*, § 138a, Nr. m. 14.

17. Así, expresamente, JESCHECK, *Festschrift für Dreher*, p. 783, y MOLINARI, *Studio Legale*, Nr. 10.

18. SEELMANN, *NJW* 1979, pp. 1130 a 1132, recoge como motivos para tal regulación: a) La protección de los intereses del inculpado, en el sentido de que estando el defensor vinculado con el hecho imputado a su cliente, se provoca el peligro de que aquél se defienda interesadamente a costa de éste, colisionando intereses; b) La necesidad de asegurar el desarrollo normal del procedimiento, lo cual es ciertamente problemático, pues por encima se encuentran el principio del proceso debido y las garantías formales con relación a los participantes en el proceso; c) Proteger a la Administración de Justicia, la cual, utilizando la, hasta entonces, desconocida vía del proceso penal, reprime a los defensores que

La reacción del legislador alemán puede considerarse, ello no obstante, y, puesto que en la utilización del método propio del Derecho comparado jamás debe olvidarse este aspecto, siempre desde el punto de vista español, como extraordinariamente dura. Esta opinión tan personal también se ha defendido en la propia Alemania.¹⁹

Otro ulterior dato antes de entrar en el análisis particularizado de la institución, necesario a nuestro entender para una mejor comprensión: En el sistema procesal penal alemán, el ejercicio del derecho de defensa es admisible en cada fase del proceso (§ 137, ap. (1) StPO), precisándose cuándo, además, la defensa es obligatoria (necesaria) en el § 140 StPO, de forma tal que legalmente cabe distinguir entre defensa voluntaria y defensa necesaria.²⁰ De otro lado, el defensor puede ser nombrado libremente por el inculpado, hablándose entonces de defensor de elección (§ 138 StPO), o de oficio por el órgano jurisdiccional (§ 141 StPO).

Pues bien, el instituto de la exclusión del defensor, tal y como se regula en los §§ 138a a 138d, únicamente se aplica al defensor de elección o de confianza, aunque ello no quiere decir que el defensor de oficio no pueda ser excluido, puesto que si se dan los presupuestos contenidos en dichos párrafos, el Presidente del Tribunal siempre puede revocar el nombramiento.²¹ De la medida de exclusión puede

ponen en peligro la autoridad estatal; d) Prevención policial general, que es también problemática por no dirigirse la exclusión contra un inculpado, y e) Seguridad del establecimiento penitenciario, aunque existen otras medidas menos graves que la exclusión para garantizarla.

19. Véanse SEELMANN, NJW 1979, p. 1128; BEULKE, *Der Verteidiger...*, p. 224. No obstante, véase el artículo del entonces Ministro de Justicia VOGEL, NJW 1980, pp. 1217 y ss., en donde hace balanza de la normativa procesal penal contra el terrorismo. Consúltese también GRÜNWALD, *Vorgänge* 1975, p. 39, quien se refiere expresivamente a la atmósfera reinante previamente a la aprobación de estas disposiciones.

20. GÓMEZ COLOMER, *El proceso penal alemán...*, cit., pp. 80 y 81. Véase también PRIETO-CASTRO, *La defensa*, pp. 130 y 131, que muestra una actitud muy benevolente para con las normas alemanas sobre la defensa.

21. Auto del BVerfG de 8 de abril de 1975 (BVerfGE, t. 39, p. 238). Véanse LAUFHÜTTE, en *Karlsruher Kommentar*, § 138a, Nr. m. 2; KLEINKNECHT/MEYER, § 138a, Nr. m. 3; DÜNNEBIER, en Löwe/Rosenberg, § 138a, Nr. m. 1 a 5; así como el Auto del OLG de Koblenza de 6 de junio de 1978, que viene recogido en NJW 1978, p. 2521, y en JR 1979, p. 36, con anotación en RIEß, Es, sin embargo, criticado por ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, p. 108; RIEß, JR 1979, p. 36, y DENCKER, NJW 1979, p. 2176, en base a que el defensor de oficio no está sujeto en la realización de su labor a las mismas limitaciones que el defensor de elección. Véase también la crítica de BEULKE, *Der Verteidiger...*, p. 226, que se basa fundamentalmente en la discriminación que ello supone.

hacerse uso en cualquier proceso penal,²² así como igualmente en cualquier fase del proceso penal,²³ por tanto, también durante la vista principal.

Finalmente, también en Alemania la exclusión del defensor debe distinguirse de otras medidas, como la retirada de la palabra al defensor o la expulsión de la Sala, que tienen carácter meramente disciplinario. La primera es admitida por la Jurisprudencia,²⁴ en base al § 238, ap. (1) StPO, en tanto en cuanto corresponde al Presidente dirigir la vista y, en consecuencia, ejercer las correspondientes facultades disciplinarias. Ello puede ocurrir cuando, por ejemplo, el defensor insulta a un testigo o argumenta sin ninguna conexión con el objeto de la defensa concreta; en cambio, y precisamente por el § 1 BRAO, es decir, por ser órgano de la Administración de Justicia, no se debe admitir, aunque mediara, v.gr., desobediencia, conforme a la opinión dominante, la medida de expulsión, bastando las sanciones previstas en los §§ 177 y 178 GVG.²⁵

III. NATURALEZA JURÍDICA

Cuando el BVerfG, en el auto citado, rechazó la posibilidad de exclusión, lo hizo pensando en dos graves inconvenientes existentes.²⁶ En primer lugar, partiendo de la cuestión general de que ello no era posible, aun existiendo un fundamento material suficiente, en tanto no existiera formalmente una Ley que expresamente legitimara la exclusión, que no estaba determinado, en consecuencia, qué grado de certidumbre era exigible; y, en segundo lugar, quién debía ser competente para la decisión.²⁷

22. KLEINKNECHT/MEYER, § 138a, Nr. m. 1.

23. LAUFHÜTTE, en *Karlsruher Kommentar...*, § 138a, Nr. m. 4; KLEINKNECHT/MEYER, § 138a, Nr. m. 4. El apoyo legal de esta afirmación se encuentra en el § 138c, ap. (3), frase 2.ª, StPO.

24. Sentencia del BGH de 24 de septiembre de 1963, que se puede ver en MDR 1964, p. 72.

25. Véase ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, p. 109, y KÜHN, *Strafprozeßlehre...*, Nr. m. 102.

26. JESCHECK, *Festschrift für Dreher*, pp. 783 a 785.

27. Auto del BVerfG de 14 de febrero de 1973, cit. (BVerfGE, t. 34, p. 301). La argumentación es, en resumen, la siguiente: La exclusión del defensor no está prevista legalmente de forma expresa; el abogado, órgano de la Administración de Justicia (§ 1 BRAO), tiene derecho a ejercer su actividad profesional [art. 12, ap. (1) CG], también en el proceso penal [§ 3 BRAO, y § 138, ap. (1) StPO], y úni-

Ya el Tribunal Supremo Federal, en la decisión que revocó el BVerfG,²⁸ había exigido una sospecha muy fundada de participación o connivencia, que es el grado más fuerte de los posibles. Como veremos inmediatamente al considerar los presupuestos, no siempre exige la legislación dicho requisito.

El segundo inconveniente plantea de lleno el tema de la naturaleza jurídica de la medida de exclusión del defensor, pues el BGH sostuvo, y fue aceptado por el BVerfG, que aquí no se trata sólo de una cuestión que afecte al derecho profesional de los abogados, sino también de una materia propia del Derecho Procesal Penal.²⁹ Si, como se verá, el legislador optó más tarde por la atribución del asunto a los más Altos Tribunales del Estado, no queda sin embargo claro, desde nuestra perspectiva, el tema de la naturaleza después, ni en la Ley, ni en la doctrina, a pesar de haber sido exigida la introducción de la exclusión por diversos autores unos años antes.³⁰

En efecto, para el BVerfG, la exclusión del defensor es la medida más fuerte que en un proceso penal puede adoptarse frente al abogado del inculcado.³¹ Sin embargo, no se plantea qué naturaleza tiene esta medida, al igual que tampoco la generalidad de la doctrina. En realidad, es un problema muy difícil de resolver en un trabajo de Derecho Comparado, porque las grandes categorías aquí aplicables no son exactamente iguales a las nuestras.³² Considerando, pues, únicamente el punto de vista alemán, sería un craso error intentar catalogar a este

camente puede ser limitado este derecho por medio de una Ley federal [§ 3, ap. (2) BRAO], inexistente en el momento de producirse los hechos que motivaron la queja constitucional; por ello únicamente puede procederse a la exclusión si una Ley así lo prevé expresamente; de lo contrario se viola el derecho constitucional al libre ejercicio de la profesión del art. 12, ap. (1) GG, y se ataca con ello al Estado de Derecho.

28. Auto del BGH de 25 de agosto de 1972, que se puede consultar en NJW 1972, p. 2140. La fundamentación se recoge en el Auto del BVerfG de 14 de febrero de 1973, cit. (BVerfGE, t. 34, p. 295).

29. Auto del BVerfG de 14 de febrero de 1973, cit. (BVerfGE, t. 34, p. 306).

30. Véanse HANACK, JZ 1971, p. 219; WUTTKE, NJW 1972; p. 1887; SEEBODE, NJW 1972, pp. 2257 y ss., y SCHMIDT-LEICHNER, NJW 1973, p. 972. Consúltense asimismo, HAMANN, AdWBl. 1963, p. 285; HOLTZ, JR 1973, p. 362; VON SCANZONI, JW 1932, p. 3583; y VON WINTERFELD, NJW 1961, pp. 902 y ss., así como BENDIX, LZ 1927, p. 511; BELING, LZ 1927, p. 518, y KALSBACH, JZ 1961, p. 593.

31. Auto de 14 de febrero de 1973, cit. (BVerfGE, t. 34, p. 302).

32. Una panorámica general sobre la distinción entre pena y otras medidas sancionadoras que se asemejan, en MAURACH/ZIPF, *Strafrecht*, pp. 6 a 21. Véase también JESCHECK, *Lehrbuch...*, pp. 11 y 12. Los arts. 5 y 6 EGStGB (Ley de Introducción al Código Penal), de 2 de marzo de 1974 (BGBl. I, p. 469), proporcionan una base legal para las necesarias distinciones.

instituto exclusivamente como una pena, pues, y se habla muy resumidamente, no es la consecuencia jurídica de ningún delito; como una medida de seguridad, pues no tiene como fin directo prevenir delitos; como una corrección, pues no ha quedado afectada la autoridad estatal; como una medida preventiva que ayude al cumplimiento de la coerción estatal; como una medida disciplinaria, castigo por una infracción de obligaciones profesionales o funcionariales; o, finalmente, como una medida cautelar, pues no se dirige a asegurar la ejecución. Pero, obsérvese, no es tampoco nada fácil separar absolutamente las características de estas instituciones de las de la exclusión, pues, piénsese, fundamentalmente, que la conducta que ha motivado la exclusión puede significar igualmente una sanción penal y una sanción disciplinaria, o en la multiplicidad y coincidencia de funciones.

Parece que para la doctrina alemana la exclusión del defensor es una medida que asegura el correcto desarrollo y eficacia del proceso penal, es decir, que, al ser el abogado un órgano independiente de la Administración de Justicia, y estar obligado en consecuencia a la Verdad y Justicia, la infracción motivadora de exclusión es un ataque a esas obligaciones que garantizan un desarrollo ordenado del proceso penal.³³

Desde un punto de vista, de forma consciente, moderadamente crítico, pensamos que esta afirmación implica en el fondo y pone de manifiesto la gran dificultad que existe para hallar la naturaleza jurídica de esta institución, pues es una catalogación tan amplia que podría servir siempre y para todo. Quizás podría pensarse en una infracción del principio del *fair-trial* (*fares Verfahren*), es decir, en una consecuencia jurídica especial de la infracción del principio concreto del juicio limpio.³⁴

En cualquier caso, y puesto que la doctrina alemana no da mayor importancia a este problema, la exclusión del defensor no puede catalogarse en dicho país dentro de una de las instituciones propias conocidas por su proceso penal, sirviendo al fin general del desarrollo nor-

33. Véanse MÜLLER, *Rechtsstaat...*, p. 162; GROß, NJW 1974, p. 26; HAMM, *Festschrift für Sarstedt*, p. 51, y también la explicación parlamentaria en BT-Drucks, 7/1226, p. 20. En palabras de PRIETO-CASTRO, *La defensa*, p. 131, estas disposiciones se han establecido sin duda «para garantizar la pureza, la independencia política y la objetividad de la función».

34. GROß, NJW 1975, p. 425, entiende que es penal procesal, pero esta institución no es conocida por el Derecho alemán; véase DÜNNBIBER, en Löwe/Rosenberg, § 138a, Nr. m. 39, nota 26.

mal del proceso, y significando una prohibición concreta de ejercicio profesional de la defensa técnica.

Esta falta de precisión tiene, naturalmente, sus consecuencias, pues ante las lagunas legales, por ejemplo, el problema de la sospecha exigida, que estudiaremos más adelante, se acude en unas ocasiones a la regulación básica de las medidas cautelares, y en otras a supuestos previstos para justificar la apertura del juicio oral. Ante lagunas procedimentales, por otra parte, se tiene la duda de si hay que aplicar supletoriamente la normativa de la StPO, o acudir a otras normas que restringen todavía más las posibilidades, por ejemplo, ante el problema de si debe existir vista oral pública en el procedimiento de exclusión o no debe ser pública.

IV. PRESUPUESTOS

La exclusión del defensor alemán puede ser ordenada si concurre alguno o algunos de los presupuestos siguientes:

1. *Por sospecha de cooperación punible:* Conforme al § 138a, ap. (1), Nr. 1 y 3 StPO, cuando sea muy fundadamente sospechoso, o en grado justificativo de la apertura del procedimiento principal, de haber participado en el hecho que forma el objeto de la investigación, o de haber cometido un hecho que, en caso de condena del inculcado, sería encubrimiento real, encubrimiento personal o receptación, es decir, en suma, de haber cooperado con el inculcado de manera punible en el hecho enjuiciado.

De la norma indicada se destacan inmediatamente las condiciones exigidas:³⁵ a) Que la sospecha sea muy fundada;³⁶ b) Que esté basada en hechos determinados;³⁷ y c) Que se haya participado en los mismos hechos objeto del proceso.³⁸

35. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, p. 107. Véase también, ampliamente, DÜNNEBIER, en Löwe/Rosenberg, § 138a, Nr. m. 15 a 19. Sobre los inconvenientes constitucionales que plantea este precepto, v. DAHS, NJW 1976, p. 2149.

36. Una sospecha suficiente basta sólo cuando puede procederse penalmente contra el defensor (compárese con el § 203 StPO); véanse las sentencias recogidas por HOLTZ, MDR 1979, pp. 985 y ss., esp. p. 989; DÜNNEBIER, en Löwe/Rosenberg, § 138a, Nr. m. 13, y KLEINKNECHT/MEYER, § 138a, Nr. m. 8.

37. Véanse ULSENHEIMER, GA 1975, p. 103, y BAUMANN, *Grundbegriffe...*, p. 42.

38. El concepto de participación se interpreta aquí en sentido lato; véanse ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, p. 107, y GÜSSEL, *Verteidigersbeschränkungen...*, t. 7, p. 29.

El grado de sospecha debe ser completado, para su determinación exacta, con otras normas de la StPO. En efecto, cuando el § 138a, ap. (1) StPO, exige que la sospecha sea muy fundada, está reconociendo el grado más fuerte de sospecha, con relación al hecho punible que es objeto del proceso penal en que se está defendiendo al inculcado. El concepto significa la gran probabilidad de que haya cometido o esté cometiendo los delitos o actos allí mencionados. Ahora bien, la StPO solamente se refiere a este grado de sospecha para decretar la prisión provisional (§ 112, ap. (1), frase 1.^a), por lo que la doctrina entiende paralelamente que para poderse decretar en estos casos la exclusión, se tiene que dar la misma sospecha que se exigiría, de ser inculcado, para decretar su prisión provisional.³⁹

2. *Por abuso de comunicación con el fin de delinquir:* Conforme al § 138a, ap. (1), Nr. 2, frase 1.^a StPO, cuando en el mismo grado de sospecha o condiciones de apertura del procedimiento principal que en el caso anterior, abuse de la comunicación con el inculcado detenido, con el fin de delinquir.

La doctrina critica esta disposición, porque no limita el número y calidad de posibles hechos delictivos, sino que lo extiende a todos los tipos regulados en el Código Penal alemán, cuando se debería haber circunscrito a los dos grupos tutelados en estas disposiciones: Delitos de terrorismo y delitos contra la seguridad del Estado.⁴⁰

Su fin es tutelar que la Verdad pueda ser investigada y hallada, pero al mismo tiempo impedir que el inculcado pueda cometer nuevos hechos delictivos con ayuda de su abogado.⁴¹

3. *Por abuso de comunicación con el fin de atentar contra el establecimiento penitenciario:* Cuando el defensor, en iguales presupuestos que los citados para los dos casos anteriores, sea muy fundadamente sospechoso de abusar de la comunicación con el inculcado detenido, con el fin de poner en peligro relevantemente la seguridad del establecimiento penitenciario (§ 138a, ap. (1), Nr. 2, frase 2.^a StPO).

39. Véase, por ejemplo, ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, pp. 228 y 229, y también HERRMANN, en «Rechtsstaat...», pp. 48 y 49, así como la crítica de ULSENHEIMER, GA 1975, pp. 110 y 111.

40. Así, ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, p. 107, y GÜSSEL, *Verteidigersbeschränkungen...*, t. 7, p. 30.

41. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, p. 107.

La doctrina entiende que únicamente debe procederse a la exclusión cuando el peligro no pueda ser evitado de otra manera.⁴²

4. *Por puesta en peligro de la seguridad del Estado:* El defensor puede ser excluido también cuando estuviera fundamentada la suposición de que su participación significaría un peligro para la seguridad del Estado, al ser enjuiciado en el proceso uno de los hechos punibles enumerados en el § 138b StPO.⁴³

Aquí se exige una sospecha concreta de participación, apoyada naturalmente en hechos determinados.

5. *Por cooperación en delito de terrorismo:* También se excluirá al defensor de su participación en el proceso, si éste tuviera como objeto uno de los delitos del § 129a StGB, que regula la formación de asociaciones terroristas, y que ha sido últimamente modificado por la Ley para la Lucha contra el Terrorismo, de 19 de diciembre de 1986 (DGBI. I, p. 2.566), ampliándose los supuestos fácticos que se consideran de terrorismo, siempre que determinados hechos funden la sospecha de que ha cometido o está cometiendo alguno de los actos expresados en el ap. (1), Nr. 1 y 2 de este precepto (§ 138a, ap. (2) StPO).

Nótese que aquí no se dice nada acerca del grado de sospecha, a diferencia de los presupuestos primero, segundo y tercero, en los que se exige en grado de muy fundada, y del cuarto, en el que viene exigida una sospecha concreta.⁴⁴ La Ley habla sólo de que determinados hechos «funden la sospecha...», lo cual debe interpretarse, según la doctrina, en el sentido mínimo de que dicha sospecha pueda significar no sólo la incoación, sino también la realización de un procedimiento de averiguación.⁴⁵

La regulación de los presupuestos antedichos es taxativa, de modo

que únicamente procede la exclusión cuando se da alguno de ellos, y sólo por causa prevista legalmente en esos párrafos de la StPO, por lo que una defensa «poco limpia», sin incurrir en ellos, no legitima en absoluto para la exclusión.⁴⁶

Aunque el legislador ha pretendido afirmar unos presupuestos teniendo en cuenta la jurisprudencia anterior existente, y los posibles casos que se podían dar, se observa que en realidad la Ley quiere excluir al defensor, a pesar de la formulación abstracta, por ejemplo, del § 138a, no cuando se dé el caso de encubrimiento real, personal o receptación, sino cuando se esté ante una «defensa política».⁴⁷

Por otra parte, la exigencia de sospecha, en diversos grados como se ha visto, se hace necesaria porque el procedimiento de exclusión nada tiene que ver con el proceso penal que se incoe contra el defensor, en el que, para ser condenado, vendrá exigida la prueba de la culpabilidad, pero quizás por ello mismo presenta graves inconvenientes, y probablemente significa una quiebra del Estado de Derecho y de sus garantías, en tanto en cuanto, y la experiencia alemana así lo ha constatado, es muy fácil «sospechar» la connivencia política, y de ahí a la exclusión sólo hay un corto paso.⁴⁸ Conjugado con el principio de la presunción de inocencia del art. 6.2 CEDH, puede resultar francamente difícil, sin duda, pues la exclusión se adopta en definitiva sólo en base a una sospecha.⁴⁹

Pero no solamente queda afectado este principio, puesto que, y la doctrina se refiere a ello especialmente, también roza el principio de la audiencia judicial (art. 103, ap. (1) GG), y el principio de libre elección del defensor (art. 12 GG; art. 6.3, c) CEDH; y § 137 StPO), aunque, como sabemos, esta normativa haya sido declarada constitucional.⁵⁰

42. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, p. 107, y ULSENHEIMER, GA 1975, p. 114; de otra opinión es, sin embargo, GROß, NJW 1975, p. 424. Véase también MÜLLER, *Rechtsstaat...*, pp. 170 a 172.

43. Véanse KLEINKNECHT/MEYER, § 138b; DÜNNEBIER, en Löwe/Rosenberg, § 138b, y LAUFHÜTTE, en *Karlsruher Kommentar...*, § 138b. Importante crítica en MÜLLER, *Rechtsstaat...*, pp. 169 y 170, quien considera superfluo este presupuesto.

44. KLEINKNECHT/MEYER, § 138b, Nr. m. 2; véase un comentario general en PRIETO-CASTRO, *La defensa*, pp. 131 a 135.

45. Véanse ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, p. 108; KLEINKNECHT/MEYER, § 138a, Nr. m. 17, y LAUFHÜTTE, en *Karlsruher Kommentar...*, § 138a, Nr. m. 14. Rechaza la opinión del texto, KREKELLER, AnwBl. 1979, p. 212; MÜLLER/SAX/PAULUS, *KMR-Kommentar...*, § 138a, Nr. m. 14 y 15.

46. Así, expresamente, PETERS, *Strafprozeß*, p. 226. Tampoco son causas de exclusión la deslealtad con la parte (v. el § 356 StGB), su interrogatorio como testigo en el proceso, o el sabotaje procesal, véase SCHÄFER, *Strafprozeßrecht. Eine Einführung*, Einl. Kap. 5, Nr. m. 100. BAUMANN, ZRP 1975, p. 41, celebra especialmente que no se haya incluido el sabotaje procesal, porque significaría en definitiva la introducción de una cláusula general de exclusión. Véanse también ULSENHEIMER, GA 1975, pp. 115 a 118, y WEISS, AnwBl. 198, pp. 32 y ss.

47. Véase la convincente explicación de MÜLLER, *Rechtsstaat...*, p. 64. También critican la regulación, por atacar al Estado de Derecho, HASSEMER, ZRP 1980, p. 330, y SEELMAN, NJW 1979, p. 1128.

48. MÜLLER, *Rechtsstaat...*, pp. 164 a 169, recoge varios ilustrativos ejemplos históricos. Es esclarecedor el caso «Braun», que cita en las pp. 164 y 165.

49. Véase DAHS, NJW 1976, p. 2146.

50. Véanse MÜLLER, *Rechtsstaat...*, p. 162; DAHS, NJW 1975, p. 1387, y NJW

V. PROCEDIMIENTO

A diferencia de la normativa sobre los presupuestos, la relativa al procedimiento es más parca. La Ley se refiere en concreto a las siguientes cuestiones:

1. *Competencia*: La decisión sobre la exclusión no se deja en manos de un Tribunal de Honor Profesional, ni del mismo Tribunal que estuviera conociendo de la causa penal contra el inculcado, cuyo abogado defensor puede incurrir en alguno de los presupuestos antedichos, sino que, en aras de la neutralidad,⁵¹ la StPO ha determinado la competencia, respectivamente, del Tribunal Superior del Land o del Tribunal Supremo Federal.

En efecto, es competente en primer lugar, y generalmente, el Tribunal Superior del Land, pero si las investigaciones fueron llevadas por el Fiscal General Federal, o el proceso estuviera pendiente ante el Tribunal Supremo Federal, decide éste. En caso de que el proceso estuviera ya pendiente ante una Sala de esos Tribunales, decide otra de sus Salas (§ 138c, ap. (1) StPO).

Queda por tanto establecida una competencia específica y para ante las máximas autoridades judiciales de la República Federal, dada la gravedad de la sanción, con el fin, según se desprende del iter legislativo de la reforma, de dotar al procedimiento de mayores garantías.⁵²

2. *Actos de iniciación*: El procedimiento de exclusión no tiene lugar, no se inicia nunca de oficio, puesto que se requiere una solicitud o presentación ante el Tribunal competente para conocer de aquélla. La StPO distingue:

a) El Tribunal que conozca de la causa penal en la que se haya dado el motivo de exclusión, presentará la propuesta de exclusión, fundamentada, al Tribunal competente, siempre que se haya ejercido ya

1976, pp. 2146 a 2149; GRÜNWALD, Vorgänge 175, p. 41; GROß, NJW 1975, pp. 426 a 428; DONUS, *Ausschließung...*, pp. 31 y ss., y GUSY, AnwBl. 184, pp. 231 a 233. Los necesarios equilibrios entre este instinto y los bienes jurídicos a proteger son analizados por GROß, ZRP 1974, pp. 26 y ss. Fuertemente crítico es KREKELLER, AnwBl. 1979, pp. 212 y s., esp. p. 214.

51. JESCHECK, *Festschrift für Dreher*, p. 786.

52. BT-Drucks. 7/2526, p. 22.

en aquél la acción pública y antes de la terminación del proceso con efectos de cosa juzgada (§ 138c, ap. (2), frase 1.ª).

La propuesta puede formularla el Tribunal que esté conociendo de la causa en la que se haya dado el motivo de exclusión, a instancias del Fiscal, o de oficio por mediación de la Fiscalía (§ 138c, ap. (2), frase 2.ª).

Obsérvese, consecuentemente, que la Fiscalía nunca puede presentar ante el Tribunal competente para conocer del procedimiento de exclusión la solicitud, ni directa ni indirectamente, sino sólo ante el Tribunal que esté conociendo de la causa, siempre que se haya ejercido la acción pública en ésta.⁵³

b) Si la acción pública todavía no hubiera sido ejercida, o ya se hubiera terminado el proceso con efectos de cosa juzgada, entonces el Tribunal competente decidirá sobre la exclusión del defensor a instancias de la Fiscalía (§ 138c, ap. (2), frase 1.ª, *in fine*).⁵⁴

En el primer caso, estará legitimado el Fiscal que haya llevado las investigaciones; en el segundo (terminación del proceso), el Fiscal que se esté ocupando de la causa, el que lleve la ejecución de la pena o el que sea parte en el Tribunal que conozca del proceso de revisión.⁵⁵

3. *Principios del procedimiento*: Debe remarcarse especialmente, sin perjuicio de otras puntualizaciones que se hagan aquí, relativas a los principios, que está prevista legalmente, como se verá, una vista oral para conocer de la exclusión, no siempre necesaria,⁵⁶ pero que no es sin embargo pública, en base al argumento de que vistas públicas son sólo aquéllas que tienen lugar ante el Tribunal competente para decidir una causa, es decir, ante el Tribunal sentenciador (§ 169 GVG).

Ello ha sido justificado por parte de la doctrina,⁵⁷ y de la jurisprudencia.

53. LAUFHÜTTE, en *Karlsruher Kommentar...*, § 138c, Nr. m. 3 a 6.

54. DÜNNEBIER, en Löwe/Rosenberg, § 138c, Nr. m. 11; KLEINKNECHT/MEYER, § 138c, Nr. m. 6; LAUFHÜTTE, en *Karlsruher Kommentar...*, § 138c, Nr. m. 9.

55. Véase LAUFHÜTTE, en *Karlsruher Kommentar...*, § 138c, Nr. m. 10 y 11.

56. No es necesaria la vista oral cuando la solicitud de exclusión no viene fundamentada, en cuyo caso se rechaza directamente, o el Tribunal no considera en principio procedente la exclusión; véanse LAUFHÜTTE, en *Karlsruher Kommentar...*, § 138d, Nr. m. 1; KLEINKNECHT/MEYER, § 138d, Nr. m. 1, y ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, p. 108; así como la jurisprudencia citada en estos lugares.

57. Véase LAUFHÜTTE, en *Karlsruher Kommentar...*, § 138d, Nr. m. 3.

dencia,⁵⁸ pero se critica esta opinión, porque si el legislador ha querido sacar el procedimiento de exclusión de la vista principal de la causa penal que se está desarrollando, es para dotarle de mayores garantías, con lo que la vista oral debe ser pública.⁵⁹

4. *Medidas cautelares:* Dos tipos de medidas cautelares o coercitivas, por emplear la terminología alemana, pueden ordenarse en relación con el ejercicio de la actividad profesional del abogado sometido al procedimiento de exclusión:

a) En primer lugar, se le pueden suspender provisionalmente los derechos, en la causa penal en la que estaba defendiendo al inculpado, a que se refieren los §§ 147 (examen de la causa) y 148 (comunicación con el inculpado) StPO (§ 138c, ap. (3), frase 1.ª, inciso primero StPO).

Competente para la adopción de esta medida es, si ya se ha ejercido la acción pública o no ha terminado el proceso todavía con efectos de cosa juzgada, el mismo Tribunal que esté conociendo de la causa (§ 138c, ap. (3), frase 1.ª, inciso primero StPO); si todavía no se ha ejercido la acción, o ya hay resolución firme, el Tribunal competente para conocer del procedimiento de exclusión (§ 138c, ap. (3), frase 2.ª StPO).

El auto en el que se acuerde tal medida es, además, irrecurrible (§ 138c, ap. (3), frase 3.ª StPO). Ello no obstante, al ser una disposición limitadora de derechos, debe ser fundado.⁶⁰

Una consecuencia fundamental tiene esta medida coercitiva para el derecho de defensa del inculpado, y es que, puesto que su defensor no puede ejercer los derechos de los §§ 147 y 148 StPO, el Tribunal viene obligado, mientras permanezcan sus efectos, a designar de oficio otro defensor para el inculpado (§ 138c, ap. (3), frase 4.ª StPO), quien no goza, obviamente, en tanto no se vea sometido él mismo a otro procedimiento de exclusión, de tal restricción.⁶¹ Se aplica aquí análogamente el § 142 (§ 138c, ap. (3), frase 5.ª StPO).

58. Véase el auto del OLG Stuttgart de 9 de abril de 1975, que se puede consultar en MDR 1975, p. 600.

59. La frase es de ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, p. 108.

60. Véase LAUFHÜTTE, en *Karlsruher Kommentar...*, § 138c, Nr. m. 19; también DÜNNEBIER, en Löwe/Rosenberg, § 138c, Nr. m. 20 a 22.

61. Las funciones de este defensor de oficio se limitan a ejercer los derechos contenidos en los §§ 147 y 148, por lo que no entra en colisión con otros defensores que ya pueda tener el inculpado, véase KLEINKNECHT/MEYER, § 138c, Nr. m. 13.

b) En segundo lugar, se le pueden suspender provisionalmente sus derechos en otros procesos, conforme al § 138c, ap. (3), frase 1.ª, inciso segundo StPO, que se remite al § 138a, ap. (4) y (5), lo cual ha sido criticado, por su falta de claridad, por la doctrina práctica.⁶² La Ley no dice expresamente en este caso si también debe designarse un defensor de oficio al inculpado, pero la opinión mayoritaria se muestra favorable a ello.⁶³

5. *Vista oral, citaciones y prueba:* De acuerdo con el § 138d, ap. (1) StPO, la exclusión debe decidirse en vista oral. A dicha vista debe ser citado el defensor. Los demás participantes en el proceso penal, es decir, el Fiscal y el inculpado, así como la Junta Directiva del Colegio de Abogados, no son citados, pero se les informa de la fecha en que tendrá lugar la vista (§ 138d, ap. (2) StPO).

Ello no obstante, la vista oral puede celebrarse sin la presencia del defensor, siempre y cuando hubiera sido citado en forma y se hubiera hecho constar en la citación que la vista podrá tener lugar igualmente en su ausencia (§ 138d, ap. (3) StPO).

No viene resuelto en la Ley si el defensor puede ser representado por otro abogado, es decir, si a su vez goza del derecho a la defensa técnica. En contra se aduce la opinión de que él no es ningún inculpado, con lo que no puede tener aplicación el § 137 StPO.⁶⁴ Este es otro de los ejemplos que muestran las grandes diferencias existentes entre las regulaciones del derecho de defensa en la República Federal de Alemania y en España, puesto que probablemente no sea inculpado en sentido técnico estricto, ya que la naturaleza del proceso que contra él se dirige no es penal, no tiene por objeto el procedimiento de exclusión enjuiciar un delito, pero, de acuerdo con nuestra concepción, en el procedimiento de exclusión parece ocupar la posición de inculpado. Esta fundamentación, seguramente válida para nuestro país, ha sido aducida también para Alemania, aunque no es ciertamente la mayoritaria.⁶⁵

En la vista oral es donde debe practicarse la prueba. La particularidad aquí es que, según la jurisprudencia,⁶⁶ el procedimiento proba-

62. Así, LAUFHÜTTE, en *Karlsruher Kommentar...*, § 138c, Nr. m. 20.

63. LAUFHÜTTE, en *Karlsruher Kommentar...*, § 138c, Nr. m. 20.

64. Véase LAUFHÜTTE, en *Karlsruher Kommentar...*, § 138d, Nr. m. 6.

65. Véase DÜNNEBIER, en Löwe/Rosenberg, § 138d, Nr. m. 6.

66. Auto del BGH de 24 de agosto de 1978 (BGHSt, t. 28, p. 116).

torio no queda sometido a las pruebas reguladas por la StPO (§§ 244 y ss.), sino que está sujeto al denominado procedimiento de la prueba libremente admisible,⁶⁷ opinión que no siempre es admitida por la doctrina.⁶⁸ La StPO se limita a decir que «el Tribunal determinará la extensión de la práctica de la prueba según su debido poder discrecional» (§ 138d, ap. (4), frase 2.^a). Ello es importante, porque para rechazar solicitudes de prueba el Tribunal no viene limitado por las estrictas y taxativas causas del § 244, ap. (3) a (6) StPO, aunque el defensor puede presentar las que considere convenientes para su defensa, incluida la testifical.⁶⁹

6. *Resolución y recursos*: La resolución sobre la exclusión reviste forma de auto, a publicar en la medida de lo posible al final de la vista oral, o lo más tarde dentro del plazo de una semana (§ 138d, ap. (5) StPO), lo cual suele ocurrir cuando el Tribunal, ante la dificultad del asunto, necesita más tiempo para deliberar.⁷⁰ En dicho auto se deben imponer asimismo las costas al defensor si es excluido, conforme al principio general del § 464 StPO, en relación con el § 465, ap. (1); imponiéndose de oficio en caso contrario.⁷¹

El auto del Tribunal es impugnabile en queja inmediata, si acuerda la exclusión del defensor en base a los §§ 138a o 138b (§ 138d, ap. (6), frase 1.^a StPO). Aunque haya comparecido la Junta Directiva del Colegio de Abogados, no está legitimada para recurrir, sea cual fuere el contenido de la resolución (§ 138d, ap. (6), frase 2.^a StPO). Por contra, negándose la exclusión, el auto es irrecurrible (§ 138d, ap. (6), frase 3.^a StPO).⁷² En cualquier caso, queda excluido el recurso de casación.⁷³ La queja inmediata se regula en los §§ 311 y 311a StPO. Al respecto hay que decir que el Tribunal que conozca de la queja decide el recurso sin vista oral (§ 309, ap. (1) StPO).

7. *Cese voluntario en la defensa*: El abogado defensor que cese voluntariamente en el ejercicio de la defensa, o por así quererlo el

67. Véase una explicación sobre ello en GÓMEZ COLOMER, *El proceso penal alemán...*, pp. 129 y 130.

68. Véase DÜNNEBIER, en Löwe/Rosenberg, § 138d, Nr. m. 8.

69. Véanse KLEINKNECHT/MEYER, § 138d, Nr. m. 10; LAUFHÜTTE, en *Karlsruher Kommentar...*, § 138d, Nr. m. 7, y DÜNNEBIER, en Löwe/Rosenberg, § 138d, Nr. m. 8.

70. LAUFHÜTTE, en *Karlsruher Kommentar...*, § 138d, Nr. m. 9.

71. Véase KLEINKNECHT/MEYER, § 138d, Nr. m. 11, con cita de jurisprudencia.

72. El auto goza de efectos de cosa juzgada limitada, véase, sobre ello, KLEINKNECHT/MEYER, § 138d, Nr. m. 16.

73. Véase DÜNNEBIER, NJW 1976, p. 4.

inculcado, una vez se le ha incoado procedimiento de exclusión en su contra, no se ve sin embargo, libre de las posibles sanciones, puesto que conforme al § 138c, ap. (5) StPO, el Tribunal puede ello no obstante continuar con el procedimiento de exclusión, a efectos de constatar si la participación del defensor que ya no interviene en el proceso es admisible, de forma tal que, constatándose, viene igualmente excluido.

Se trata, por tanto, de un procedimiento de constatación, cuyos efectos son idénticos, si se acuerda, a los del procedimiento de exclusión que ya se había iniciado, de forma tal que se impide legalmente que el defensor pueda acudir a subterfugio de la renuncia voluntaria para poder seguir actuando en otras causas.⁷⁴

8. *Efectos*: La exclusión del defensor tiene varias consecuencias, en cuanto significa una prohibición concreta de ejercicio de la defensa técnica, en cuanto a la responsabilidad, en cuanto a la suspensión e interrupción del proceso penal «principal», y en cuanto a las costas ocasionadas por la suspensión:

a) *Prohibición de ejercicio del derecho de defensa*: Acordándose la exclusión por el Tribunal, se impone al defensor una prohibición concreta de ejercicio de la defensa técnica, no sólo en el proceso en que surgió incidentalmente el procedimiento de exclusión, respecto a un inculcado particular, sino también en otros procesos penales, en un triple sentido:

1. El defensor no puede defender al inculcado en otro proceso penal incoado en su contra, ni siquiera visitarle si se encuentra en prisión (§ 138a, ap. (4) StPO);⁷⁵
2. El defensor tampoco puede defender a otros inculcados en la misma causa mientras esté excluido (§ 138a, ap. (5), frase 1.^a, inciso primero StPO);⁷⁶ y
3. El defensor no puede defender a otros inculcados ni en la misma causa ni en otras distintas, cuando el objeto de todas ellas fuera el delito del § 129a StGB (formación de asociaciones te-

74. Véase la discusión parlamentaria en BT-Drucks. 7/5401, p. 7 del Nr. 3; DÜNNEBIER, en Löwe/Rosenberg, § 138c, Nr. m. 35, y ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, página 108.

75. Véase LAUFHÜTTE, en *Karlsruher Kommentar...*, § 138a, Nr. m. 23.

76. Véase el auto del BGH de 22 de octubre de 1975 (BGHSt., t. 26, p. 221).

roristas), y la exclusión hubiera tenido lugar en un proceso cuyo objeto sea un delito semejante (§ 138a, ap. (5), frase 1.ª, inciso segundo StPO),⁷⁷ rigiendo análogamente el § 138a, ap. (4) StPO, en este caso (§ 138a, ap. (5), frase 2.ª StPO), lo cual, dada la amplitud de la extensión de los efectos, ha sido criticado duramente por la doctrina.⁷⁸

La prohibición de defensa afecta a causas penales, no a procesos civiles o de otra naturaleza,⁷⁹ extendiéndose sus efectos mientras se mantenga la exclusión.⁸⁰ De otro lado, en tanto no sea revocada la exclusión, ésta se extiende por todo el tiempo que dure la relación de defensa,⁸¹ es decir, dado que el § 138a, ap. (1) StPO, se refiere a «un» proceso, se mantiene la exclusión hasta que finalice «ese» proceso concreto, teniendo en cuenta la prohibición del § 146 StPO,⁸² con efectos de cosa juzgada.

Pero como la prohibición afecta no sólo al proceso concreto en que surgió incidentalmente, sino también a los casos de los ap. (4) y (5) del § 138a StPO, es decir, a otro proceso del mismo inculpado, y a otros procesos que tengan por objeto el delito del § 129a StGB, la exclusión puede durar bastante tiempo, pues hasta que no finalicen éstos no puede volver a defender, por razones subjetivas y objetivas, al estarle prohibida concretamente la defensa.

b) *Apertura de proceso penal*: Dado que los presupuestos para la exclusión significan una sospecha de participación en determinados delitos, se abre contra el defensor la correspondiente causa penal. La base legal para ello se encuentra en el § 183, frase 1.ª GVG, conforme a la cual «si se cometiera un delito en la audiencia, constatará el Tribunal los hechos y comunicará a la autoridad competente el acta levantada sobre ello», es decir, presentará el asunto al órgano jurisdiccional penal, o a la jurisdicción de honor.⁸³

77. La prohibición se limita a procesos ya incoados, cuando la exclusión del defensor, conforme al § 138a, ap. (2) StPO, goce ya de los efectos de cosa juzgada; véase DÜNNEBIER, en Löwe/Rosenberg, § 138a, Nr. m. 27.

78. Así, LAUFHÜTTE, en *Karlsruher Kommentar...*, § 138a, Nr. m. 27.

79. LAUFHÜTTE, en *Karlsruher Kommentar...*, § 138a, Nr. m. 23. Plantea problemas la expresión «en otro proceso legalmente ordenado», puesto que no se hace referencia exacta a un proceso penal.

80. Véase DÜNNEBIER, NJW 1976, p. 5.

81. LAUFHÜTTE, en *Karlsruher Kommentar...*, § 138a, Nr. m. 17.

82. Véase RÖHMEL, JA 1976, p. 114.

83. Véase PETERS, *Strafprozeß*, p. 226.

1. La relación entre el proceso penal y el procedimiento de exclusión presenta ciertas dificultades. Como sabemos, la exclusión del defensor es para la doctrina alemana una prohibición de defensa, es decir, una medida para asegurar el correcto desarrollo del proceso penal. Pues bien, siendo la sospecha contra el defensor que ha motivado la exclusión muy fundada o fundada, el defensor va a ser encausado, una vez terminado el procedimiento de exclusión, bien por haber participado en el mismo hecho que su mandante, bien por haber cometido delitos, ser encubridor o receptor, o bien por haber formado una asociación terrorista.

Si, por tomar el ejemplo más claro, el defensor es acusado de cometer el delito del § 129a StGB, y resulta condenado, se le impondrá la pena privativa de libertad fijada en ese precepto,⁸⁴ y, si el Tribunal considera que se dan los presupuestos, también la medida de seguridad de prohibición de ejercicio de la profesión (§ 70 StGB), que cautelarmente puede haber sufrido ya durante el desarrollo de la causa (§ 132a StPO).⁸⁵

Pues bien, la exclusión y la pena, más, en su caso, medida de seguridad, se aplican de forma completamente independiente, porque su naturaleza es totalmente distinta. En el primer caso el defensor ha atacado los principios que aseguran el desarrollo normal ordenado del proceso penal; en el segundo, sufre el ejercicio del *ius puniendi* estatal.

Es muy claro en los §§ 138a y ss. StPO que el legislador ha querido «sancionar» por esas dos vías al abogado defensor en connivencia delictiva con su mandante. De ahí que establezca como causa de revocación de la exclusión la absolución del abogado en el proceso penal (§ 138a, ap. (3), Nr. 2 StPO). Pero la regulación es en la práctica más negativa para el abogado de lo que parece a simple vista, puesto que dado que el procedimiento de exclusión es muy rápido (del § 138c, ap. (4), frase 2.ª StPO, podría deducirse la intención del legislador de que no dure más de un mes), si luego el abogado viene absuelto en el proceso penal, habría que revocar la exclusión ciertamente, pero con toda seguridad habrá terminado ya el proceso penal para el que fue

83. De 6 meses a 5 años, o de 1 a 10 años, según los casos, más la pena del delito que además hubiera podido cometer.

84. De 6 meses a 5 años, o de 1 año a 10 años, más la pena del delito que hubiera podido cometer.

85. Para imponer esta medida de seguridad no tiene ninguna importancia la pena que se haya podido imponer; véase STREE, en Schönke/Schröder, § 70, Nr. m. 8; y el comentario de MEYER, en Löwe/Rosenberg, § 132a, Nr. m. 4.

excluido, sobre el que no va a tener además ningún efecto anulador, con lo que, obsérvese, habrá operado de facto como si fuera conforme a Derecho.⁸⁶

2. Estas dos vías no excluyen tampoco una tercera, la disciplinaria. En efecto, de acuerdo con el § 114, ap. (1), Nr. 5 BRAO, el Tribunal de Honor puede imponer la medida de exclusión de la abogacía, cuyos efectos se prevén en el § 114a BRAO, y según el § 114, ap. (1), Nr. 4 BRAO, la prohibición de representar en determinada especialidad jurídica durante un período de uno a cinco años. Pues bien, sólo esta medida es la que podría tener aplicación en caso de exclusión del defensor, pudiéndose imponer también provisionalmente durante el desarrollo del procedimiento ante el Tribunal de Honor (§ 161a BRAO). Según la doctrina y jurisprudencia, ambas medidas, la prevista en el § 138a StPO, y ésta, pueden apoyarse en los mismos hechos y aplicarse conjuntamente,⁸⁷ sin que ello suponga en absoluto una violación del principio *ne bis in idem*.⁸⁸

Con lo cual, obsérvese la gravedad de la situación, el abogado excluido de su participación en un proceso penal concreto, puede además ser condenado en el proceso penal abierto en su contra, y también quedar sometido a la medida disciplinaria de prohibición de representación.

c) *Suspensión e interrupción*: La apertura del procedimiento de exclusión implica una suspensión o interrupción⁸⁹ del proceso penal «principal» en el que estaba defendiendo el abogado afectado. Conforme al § 138c, ap. (4) StPO, dicha suspensión o interrupción debe durar hasta que se decida sobre la exclusión, pudiendo interrumpirse hasta 30 días. Este precepto se refiere sólo a la vista principal, es decir, a

86. Véase la problemática que plantea Groß, NJW 1975, pp. 425 y 426.

87. Véase JESCHECK, *Festschrift für Dreher*, p. 788.

88. Véase la sentencia del BGH de 12 de mayo de 1975, que se puede consultar en NJW 1975, p. 1712, en la que se dice expresamente que si el legislador hubiera querido que ambas medidas se excluyeran entre sí, lo habría dicho claramente. Sobre la conformidad con el art. 103, ap. (2) GG, véase el Auto del BVerG de 29 de octubre de 1969 (BVerGE, t. 27, p. 180), con anotación de KREKLER, NJW 1970, p. 507.

89. Los conceptos de suspensión e interrupción no tienen siempre en el Derecho Procesal alemán los mismos efectos que en el nuestro; véanse los §§ 228 y 229 StPO. Inicialmente, la suspensión implica repetición, y la interrupción no; véase KLEINKNECHT/MEYER, § 228, Nr. m. 2. El Tribunal decide, pues, la elección, en base a sí considera que debe repetirse la vista o no; generalmente escogerá la interrupción cuando la vista sea muy larga y ya se haya realizado una parte, véase KLEINKNECHT/MEYER, § 138c, Nr. m. 14.

cuando el procedimiento de exclusión se abre estando ya la causa en fase de procedimiento principal, subfase de vista principal, por lo que una apertura anterior de aquél, por ejemplo, durante el procedimiento de investigación, no suspende éste, y si ocurre durante la fase intermedia, no es necesario un auto de suspensión o interrupción, por cuanto el proceso queda detenido por sí mismo.⁹⁰

La suspensión o interrupción afecta por completo a la vista de la causa principal, de forma tal que aunque el acusado tenga otros defensores, no puede seguirse procediendo.⁹¹

90. Véase DÜNNEBIER, en Löwe/Rosenberg, § 138c, Nr. m. 15.

91. Véase DÜNNEBIER, en Löwe/Rosenberg, § 138c, Nr. m. 16. Sin embargo, la afirmación del texto, que refleja la postura correcta sustentada en Alemania en base al mandato legal, no apunta más que una solución meramente teórica, pues en la práctica se suele proceder de forma bien distinta. En efecto, con carácter general, es decir, no referido exclusivamente a los procesos penales en los que se enjuicia a presuntos terroristas, los Tribunales alemanes, y en base al argumento de no estar ello expresamente prohibido por la StPO, cuando prevén una defensa difícil para los intereses de la Justicia, quieren cumplir escrupulosamente con su obligación de protección del acusado, o incluso temen que el defensor pueda ser excluido de su participación en ese proceso penal, tratándose de causas extensas o especialmente difíciles, nombran a otro abogado, esta vez de oficio, que está presente durante toda la vista principal, de forma tal que si el acusado, con el fin de dilatar el proceso, retira la confianza a su abogado de libre designación, o éste rechaza durante ella sus obligaciones de defensa, o, por último, es excluido de su participación en el proceso conforme a las normas aquí estudiadas, queda impedida la suspensión o interrupción de la vista principal, ordenándose la entrada en funciones automática de aquel abogado de oficio designado inicialmente. Al lado, pues, del fin general de realizar el proceso con la mayor rapidez posible, también preocupa en esta materia y en esta práctica el velar por la seguridad de defensa del acusado.

La doctrina (véase ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, pp. 105 y 106, duda que dicha práctica se acomode al tenor literal del § 143 StPO, pero lo cierto es que ha sido admitida por la Jurisprudencia (véase, por todas, la sentencia del BGH de 24 de enero de 1961: BGHSt, t. 15, p. 309). Particularmente, por lo que se refiere al tema de la exclusión del defensor, esta práctica es adoptada con carácter general, obteniéndose siempre en consecuencia que no se pueda producir la suspensión o interrupción de la vista principal, es decir, que se pueda seguir procediendo siempre.

Con el fin de obviar estos problemas, tema siempre muy difícil, aunque tampoco ello sea una solución absolutamente satisfactoria, se han propuesto otras medidas menos graves que protejan iguales intereses, como la limitación de determinados derechos del defensor, por ejemplo los recogidos en los §§ 147 y 148 StPO, o prever, de forma más concreta respecto al problema que ahora nos preocupa, un defensor sustituto en general, ya que en particular está previsto en el § 138c, ap. (3), frase 4.ª StPO. Véase, sobre esta interesante cuestión, la opinión de SEELMAN, NJW 1979, pp. 1132 y 1133, y después la fundamentada crítica de ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, p. 106.

d) *Costas ocasionadas por la suspensión*: Por último, en cuanto a las costas, según el § 138c, ap. (6) StPO, pueden imponérsele las costas ocasionadas por la suspensión de la vista al defensor, si resulta excluido de su participación en el proceso, siendo competente para ello el Tribunal que conozca de la causa principal. Obsérvese que la norma recoge una facultad discrecional del órgano jurisdiccional, pero no fija una norma general sobre costas, sino particular, en tanto en cuanto, si se le condena a ello, debe correr sólo con las costas ocasionadas por la suspensión del proceso principal (véase también el § 145, ap. (4) StPO).

Según la doctrina, esta norma es especialmente importante, porque no tiene aplicación cuando se ha interrumpido el proceso, o cuando se ha acudido al procedimiento de constatación establecido en el ap. (5) del mismo § 138c StPO.⁹²

VI. REVOCACIÓN DE LA EXCLUSIÓN

El ap. (3) del § 138a StPO determina los tres casos en los que la exclusión debe ser revocada:

1. Por haber dejado de existir los presupuestos que la fundamentaron (§ 138a, ap. (3), Nr. 1, inciso primero). La Ley se refiere a «tan pronto como dejen de existir los presupuestos», lo que significa, de un lado, que los presupuestos han tenido que existir con anterioridad; de otro, que tanto el Tribunal como la Fiscalía deben de examinar, en cualquier fase del procedimiento, si nuevos hechos o medios de prueba pueden llevar a la revocación de la exclusión.⁹³

Los presupuestos son, naturalmente, los regulados en el § 138a, ap. (1) y (2) StPO. También el caso previsto en el § 138b StPO, pero en éste la Ley opera una restricción importante, puesto que de todas las causas posibles de revocación, solamente se aplica la prevista en el Nr. 1 del ap. (3) del § 138a StPO, cuando la exclusión se hubiera efectuado en base al § 138b (§ 138b, frase 2.ª StPO).

En consecuencia, si el inculpado cuyo defensor ha sido excluido es absuelto, se rechaza la apertura del procedimiento principal en su contra, o se archiva definitivamente la causa, ello implica la necesidad

92. KLEINKNECHT/MEYER, § 138c, Nr. m. 19; LAUFHÜTTE, en *Karlsruher Kommentar...*, § 138c, Nr. m. 33.

93. Véase DÜNNEBIER, en Löwe/Rosenberg, § 138a, Nr. m. 51 y 52.

de revocar la exclusión.⁹⁴ No obstante, la propia Ley deja muy claro en el § 138a, ap. (3), Nr. 1, inciso segundo, que no es motivo suficiente para la revocación el que el inculpado haya sido puesto en libertad.⁹⁵

2. Por absolución del defensor en la causa penal que se ha abierto en su contra una vez dados los presupuestos de la exclusión, o, respectivamente, no se hubiera constatado en la sentencia del Tribunal de Honor o Tribunal Profesional la transgresión culpable de las obligaciones profesionales (§ 138a, ap. (3), Nr. 2 StPO).

Dado que, como sabemos, cuando la sospecha ha sido muy fundada o fundada, se incoa inmediatamente después de la exclusión y en contra del defensor un proceso penal, a causa de coparticipación en el hecho, o de comisión de uno de los delitos previstos en el § 138a, ap. (1), Nr. 2 y 3 StPO, si el defensor en dicho proceso es absuelto, hay que revocar la exclusión, pues no ha quedado probada aquella sospecha. A la absolución debe equipararse la negación de apertura del procedimiento principal o el archivo definitivo de la causa, por lo que al proceso penal se refiere,⁹⁶ y según la misma Ley, la no imposición de medida disciplinaria por el Tribunal de Honor o Profesional, al no haberse probado una trasgresión culpable de las obligaciones profesionales.

3. En base al principio de proporcionalidad,⁹⁷ la exclusión debe revocarse también cuando exista retraso en la incoación del proceso penal, o ante el Tribunal de Honor o Profesional, contra el abogado, de forma tal que si el auto de apertura del procedimiento principal no es decretado antes de un año, empezando a contarse el plazo con la entrada en vigor de la exclusión,⁹⁸ hay que proceder a la revocación (§ 138a, ap. (3), Nr. 3 StPO). La Ley prevé ello no obstante una excepción en el § 138a, ap. (3), Nr. 3, frase 2.ª, puesto que la exclusión puede mantenerse hasta el plazo máximo de un año más si la causa es especialmente difícil o extensa, u otro motivo importante impidiera aún dictar el auto de apertura del procedimiento principal.

La revocación, a acordar mediante auto conforme a las disposiciones del § 138c StPO, permite al defensor volver a ejercer plenamente

94. DÜNNEBIER, en Löwe/Rosenberg, § 138a, Nr. m. 54.

95. Con ello quiere impedir la Ley que el cambio entre encarcelamiento y puesta en libertad fuerce a nuevas resoluciones (BT-Drucks, 8/976, p. 38).

96. DÜNNEBIER, en Löwe/Rosenberg, § 138a, Nr. m. 57.

97. BT-Drucks. 8/976, p. 38.

98. KLEINKNECHT/MEYER, § 138a, Nr. m. 23.

sus derechos. No queda claro, sin embargo, aunque pueda resultar probablemente algo teórico, qué ocurre si el defensor ve revocada su exclusión, pero ha sido condenado, o es condenado luego en el proceso penal abierto en su contra, en el que se le ha impuesto una pena privativa de libertad, y supongamos, también la medida de seguridad de prohibición de ejercicio de la profesión. A este respecto habría que decir lo siguiente: Dado que la revocación de la exclusión, para que surja este problema, únicamente habrá tenido lugar por haber dejado de existir los presupuestos que la fundamentaron (§ 138a, ap. (3), Nr. 1 StPO), y ello ocurre por constatación de nuevos hechos o aparición de nuevos medios de prueba, el defensor condenado siempre tendría a su favor la vía del proceso de revisión (§ 359, Nr. 5 StPO).⁹⁹

VII. OTRAS MEDIDAS COMPLEMENTARIAS DE LA EXCLUSIÓN

La lucha contra el terrorismo desde el punto de vista legal no la centró el legislador exclusivamente en la reforma de los tipos penales y en la exclusión del defensor estudiada hasta aquí, sino que introdujo otras medidas en la legislación, tan importantes desde el punto de vista práctico como las anteriores:¹⁰⁰

a) En primer lugar, el inculcado únicamente puede designar como máximo en su causa a tres defensores (§ 137, ap. (1) StPO). Esta limitación respecto a los defensores de elección fue establecida por una Ley de 1974,¹⁰¹ con el fin concreto de evitar que la facultad del inculcado de designar a varios defensores no tuviera como fin dilatar el proceso.¹⁰² Aunque es consecuencia de los procesos contra la banda terrorista Baader-Meinhof, tiene aplicación, sin embargo, en todos los procesos penales;¹⁰³

b) En segundo lugar, queda prohibido que un solo defensor pueda representar a varios inculcados (§ 146 StPO). Esta segunda limitación se introdujo en la StPO en 1974 también,¹⁰⁴ con el fin de evitar el

99. Véase GÖSSEL, en Löwe/Rosenberg, § 359, Nr. m. 79 y ss.

100. Véase, sobre estas cuestiones, JESCHECK, *Festschrift für Dreher*, pp. 786 y siguientes.

101. Art. 1, Nr. 5 de la 1. StVRGErgF (Ley complementaria de la Primera Ley de Reforma del Derecho Procesal Penal), cit. en nota 2.

102. Así se dice en la explicación parlamentaria, véase BT-Drucks. 7/2526, pp. 29 y 30. Ha sido declarada constitucional por el BVerfG en su auto de 11 de marzo de 1975 (BVerfGE, t. 39, p. 156).

103. Véase LAUFHÜTTE, en *Karlsruher Kommentar...*, § 137, Nr. m. 2.

104. Es la misma Ley citada en notas 2 y 101.

peligro de colisión de intereses, siempre existente en estos casos;¹⁰⁵

c) En tercer lugar, el nuevo § 148, ap. (2) StPO, añadido por una Ley de 1976,¹⁰⁶ significa otra posibilidad de lucha legal contra el terrorismo, en tanto en cuanto se fija un control de la comunicación entre el defensor y el inculcado preso, sospechoso de haber cometido el delito del § 129a StGB (formación de asociaciones terroristas). Conforme a este apartado, se deben rechazar los escritos y otros objetos enviados al inculcado, salvo que el remitente esté de acuerdo en presentarlos primero al juez; y

d) En cuarto, la Ley Antiterrorista de 1976,¹⁰⁷ introdujo en el § 114, ap. (1), Nr. 4 BRAO, entre las medidas o sanciones disciplinarias que el Tribunal de Honor podía imponer a los abogados la prohibición de representar y ayudar en determinadas especialidades jurídicas entre uno y cinco años. Como especialidad o campo jurídico se incluye naturalmente el Derecho Penal. Esta medida es distinta a la de exclusión, prevista en el propio § 114, ap. (1), Nr. 5 BRAO, y puede aplicarse provisionalmente en tanto el Tribunal de Honor resuelva la cuestión planteada (§ 161a BRAO, introducido por la Ley de 1976 citada). A esta cuestión hemos hecho referencia ya.

e) Por último, y puede ser considerada como la más dura de estas medidas complementarias que aquí se están enunciando, se introdujo en 1977¹⁰⁸ en la Ley de Introducción a la Ley Orgánica de los Tribunales (EGGVG), la denominada prohibición de comunicaciones (§§ 31 a 38), conforme a la cual, dándose los presupuestos del § 31 EGGVG, queda absolutamente prohibido para el preso sospechoso de haber cometido un delito de terrorismo el comunicarse con su abogado defensor, con los graves efectos previstos en el § 34 EGGVG y por el tiempo máximo limitado en el § 36 de dicha Ley.¹⁰⁹

105. Véase BT-Drucks. 7/2526, pp. 24 y 25. El BVerfG, en su Auto de 11 de marzo de 1975, cit. (BVerfGE, t. 39, p. 156), ha declarado también constitucional este precepto.

106. Véanse BOROWSKY, 5. *Verteidigertag*, p. 69; KRÄMER, NJW 1976, pp. 1664 y ss.; KREKELER, AnwBl. 1981, pp. 5 y ss.; REBMANN, NStZ 1981, pp. 41 y 42, y UEBERSCHÄR, 5. *Verteidigertag*, pp. 57 y s.

107. Ley de 18 de agosto de 1976 (BGBl. I, p. 2181), sobre modificación del Código Penal, de la Ley Procesal Penal, de la Ley Orgánica de los Tribunales, de la Ley Federal sobre la Abogacía y de la Ley de Ejecución de Penas Privativas de Libertad; reformada por la Ley de 14 de abril de 1978 (BGBl. I, p. 497).

108. Ley de 30 de septiembre de 1977, de Modificación de la Ley de Introducción a la Ley Orgánica de los Tribunales (BGBl. I, p. 1877).

109. Un breve comentario, pero claro, a estas disposiciones, puede verse en KLEINKNECHT/MEYER, §§ 31 y ss. EGGVG, pp. 1444 y ss.

PARA MEJOR PROVEER

¿PRESUPUESTO EXTRAORDINARIO PARA LA JUSTICIA?

JAIME ALONSO-CUEVILLAS
Universidad de Barcelona

Por fin alguien se dio cuenta de que la Administración de Justicia no funciona. Y aunque consciente de que «tan grave cuestión no se resuelve sólo con mayores medios materiales y personales» proponen un «tratamiento de choque»: destinar 500.000 millones a fin de intentar enmendar la caótica situación reinante. Tememos que la iniciativa esté condenada al fracaso. De todas maneras reproducimos el texto de lo que quizá, desgraciadamente, no haya sido más que el sueño de una noche de verano.

Proposición de Ley de dotaciones presupuestarias para actualización y modernización de la Administración de Justicia (Grupo Parlamentario Mixto - Agrupación IU-EC)

A la Mesa del Congreso de los Diputados

Al amparo de lo establecido en el artículo 124 y siguientes del Reglamento de la Cámara, vengo en solicitar de esa Mesa la tramitación de la siguiente proposición de Ley sobre dotaciones presupuestarias para actualización y modernización de la Administración de Justicia.

Exposición de motivos

La Constitución de 1978 define al Estado como social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

Izquierda Unida entiende que con el fin de hacer realidad dicha definición constitutiva es imprescindible que la nación española cuente con un eficaz servicio público de la Justicia, porque si el ciudadano no encuentra una pronta, barata, segura y justa respuesta a sus demandas de amparo en los diversos Juzgados y Tribunales que componen el Poder Judicial, el Estado de Derecho se convierte en una entelequia cuando no en una caricatura de sí mismo. Esta es la situación hoy.

Distintas y prestigiosas voces se alzan con reiteración desde la propia Magistratura, la Abogacía y, lo que es más significativo, desde el conjunto de la sociedad, señalando el grave deterioro en que se encuentra la Justicia en España; y si bien es cierto que se ha realizado un esfuerzo en los últimos años, no lo es menos que las exigencias propias de un Estado Democrático, los nuevos y graves problemas de una sociedad en crisis, han crecido mucho más rápido que los medios que se han dispuesto para encauzarlos.

Izquierda Unida considera que la situación es realmente grave y excepcionales las medidas necesarias para empezar a resolver, con rigor y eficacia, el problema de dotar a España de un servicio público de la Justicia acorde con lo que los tiempos y la sociedad demandan.

Izquierda Unida es consciente de que tan grave cuestión no se resuelve sólo con mayores medios materiales y personales. Hemos insistido múltiples veces en la necesaria reforma de las leyes procesales; en una organización diferente de la oficina judicial y del papel del juez en ella; en una atención especial a la formación de nuevos jueces e, incluso, una modificación de la enseñanza del Derecho que facilite esta tarea cara al futuro. De todo ello somos conscientes, mas no es menos cierto que cualquier proyecto de reforma profunda de un servicio público del Estado exige, inexcusablemente, medios económicos cuantiosos que es conveniente recabar para que las buenas intenciones no se queden en un papel.

Izquierda Unida ha venido reiterando, en el pleno de la Cámara, en la Comisión de Justicia e Interior y muy especialmente ante la comparecencia del propio Consejo General del Poder Judicial, con su Presidente a la cabeza, que *para empezar a mejorar en serio el funcionamiento de la Justicia en España era necesario un tratamiento de choque* que, de entrada, y por lo que respecta a la función propia del Parlamento, debería consistir en la aprobación de la Cámara de una Ley de Dotación para la Reforma del Servicio Público de la Justicia, que sirviera de soporte material al conjunto de las medidas que es necesario ir adoptando, algunas de las cuales contempladas en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En este sentido y siguiendo la pauta de lo que se realizó con la Ley para la modernización de las FF. AA., Izquierda Unida entiende que *en los próximos cuatro años es necesario invertir en este servicio y sólo para lo que es administración de justicia la cantidad aproximada de 500.000 millones de pesetas*, ampliables a otro período cuatrienal. Cifra que supone un aumento acumulativo anual del 30 por ciento en términos reales; esfuerzo sin duda no desdeñable pero que resiste con ventaja la comparación con lo que gasta el Estado español en el déficit de no pocas operaciones de dudosa eficacia y rendimiento.

Antecedentes

- Ley 11/1977, de 4 de enero, General Presupuestaria.
- Ley 44/1983, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1984.
- Ley 50/1984, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1985.
- Ley 46/1985, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1986.
- Ley 21/1986, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1987.

PROPOSICIÓN DE LEY SOBRE DOTACIONES PRESUPUESTARIAS PARA ACTUALIZACIÓN Y MODERNIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Artículo 1

Se autoriza al Gobierno, previo informe del Consejo General del Poder Judicial, para la elaboración con carácter de urgencia, de un programa dirigido a actualizar y modernizar la Administración de Justicia en el período 1988 a 1991, ambos inclusive, encomendándose al Ministerio de Justicia su desarrollo y ejecución.

Artículo 2

Para su materialización efectiva, el citado programa se verá reflejado en los créditos de los actuales programas presupuestarios 142-A y 142-B gestionados por la Dirección General de Relaciones con la Administración de justicia, o cualesquiera otros que atiendan al mismo fin, por los capítulos que a continuación se expresan:

Programa 142-A:

- Capítulo I, «Gastos de Personal».
- Capítulo II, «Gastos en Bienes Corrientes y Servicios».
- Capítulo IV, «Transferencias Corrientes».
- Capítulo VI, «Inversiones reales».

Programa 142-B:

- Capítulo I, «Gastos de Personal».
- Capítulo II, «Gastos en Bienes Corrientes y Servicios».

Artículo 3

1. Los créditos contemplados en el artículo anterior experimentarán un incremento anual acumulativo en su importe del 30 por ciento en términos reales respecto al año anterior, teniendo como base los créditos consignados por este concepto en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1987.

La traducción a términos monetarios en el Presupuesto de cada ejercicio se efectuará mediante la aplicación de métodos de previsión objetivos que contemple la tasa media anual de inflación. Asimismo, se procederá a los ajustes que sean necesarios en las consignaciones presupuestarias de cada año a fin de corregir las diferencias entre las previsiones y los datos reales, para lo cual se autorizan las oportunas ampliaciones de los créditos correspondientes.

2. Lo anterior se realizará sin perjuicio de las normas generales vigentes en cada momento referidas a las retribuciones de personal o las específicas para el personal al servicio de la Administración de Justicia.

Artículo 4

Previo cumplimiento de los requisitos establecidos en la vigente Legislación sobre contratación administrativa, podrán contratarse la totalidad de las obras, suministros, adquisiciones o servicios incluidos en el programa, aun cuando su ejecución deba tener lugar en varias anualidades, y excedan del número de ejercicios y de los porcentajes señalados en el número 3 del artículo 61 de la Ley General Presupuestaria, sin que los compromisos totales anticipados para cada año superen el 80 por ciento de los créditos previstos en la presente Ley para cada uno de dichos años de ejecución del programa.

Artículo 5

En el caso de que los recursos necesarios para el correcto desempeño de las funciones que la Constitución y las leyes asignan al Poder Judicial exijan, en algún ejercicio, contraer obligaciones por importe superior a los créditos habilitados según lo dispuesto en artículos anteriores, el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Hacienda e iniciativa del de Justicia, procederá a conceder las ampliaciones de crédito necesarias, sin que ello suponga la compensación de la cantidad ampliada mediante reducción en otros ejercicios del período citado para la ejecución del programa.

Artículo 6

El Gobierno remitirá a las Cortes Generales, antes del 1 de marzo de 1991, un informe sobre el desarrollo del programa y, dependiendo del grado de cumplimiento de los cometidos constitucionales encomendados a la Administración de Justicia, un proyecto de Ley que amplíe la vigencia de la presente Ley por otros cuatro años, y en su caso, modifique las consignaciones presupuestarias en el nuevo período.

DISPOSICIÓN FINAL

El Gobierno, a efectos de dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 1, procederá a adoptar las medidas precisas para la inclusión de la primera anualidad del programa en los Presupuestos Generales del Estado para 1988.

Palacio del Congreso de los Diputados, 23 de junio de 1987.

EXEQUATUR DE TITULOS PUBLICADOS

PERROT, Roger, *Le constat d'huissier de justice*, Chambre Nationale des Huissiers de Justice, París, 1985, 91 páginas.

Se estudia en este libro el régimen jurídico de la institución del Derecho francés indicada en el título de la obra. Esto exige algunas aclaraciones. Por lo pronto, los *huissiers de justice* constituyen una figura del sistema jurídico francés sin equivalente exacto en el Derecho español. Son funcionarios públicos que actúan como auxiliares de la justicia y que tienen encomendadas importantes funciones, tales como la de practicar las notificaciones judiciales y extrajudiciales y la de llevar a cabo la ejecución forzosa de las sentencias y de los títulos extrajudiciales dotados de fuerza ejecutiva. Otro cometido del *huissier de justice* consiste en realizar *constats*. El término «*constat*» viene a ser una abreviatura de la expresión «*procès-verbal de constatation*». Tampoco hay en el ordenamiento español una institución idéntica a la del *constat d'huissier de justice*. Se puede dar una idea aproximada de dicha institución diciendo que se trata de una especie de acta o atestado que extiende el funcionario público mencionado, a fin de hacer constar algún hecho susceptible de producir consecuencias jurídicas relevantes para la resolución de un determinado proceso. Pero el *constat d'huissier de justice* puede obedecer a una petición de un particular o a un mandato judicial. La función de ese acto estriba, en algunos casos, en preconstituir y conservar una fuente de prueba que puede acceder posteriormente al proceso si éste se llega a incoar. En otros supuestos, el *constat* se practica en el curso de un proceso, como medida de instrucción dirigida a verificar un hecho del que puede depender la solución del litigio. En lo que se refiere al valor probatorio del *constat d'huissier*, rige el sistema de libre apreciación judicial. Éste es, en síntesis, el tema sobre el que versa la presente obra.

M. CACHÓN

BOUTIN I., Gilberto, *La quiebra en el derecho internacional privado panameño y comparado*, Panamá, 1984, 226 páginas.

Comprende esta obra cuatro capítulos. El primero está dedicado al tema de la naturaleza jurídica de la quiebra en el Derecho internacional privado, y en él se examinan las diversas tesis que ha propuesto la doctrina en torno

a la cuestión mencionada. En el segundo capítulo, el autor pone de relieve la influencia que tienen en la concreta configuración de la problemática de la quiebra las singularidades que presenta cada uno de los distintos sistemas jurídicos nacionales. El tercer capítulo se centra en el estudio de la quiebra desde el punto de vista de los Convenios internacionales bilaterales y multilaterales. El libro se cierra con un capítulo en el que se analiza la institución de la quiebra desde la perspectiva del Derecho internacional privado panameño.

M. CACHÓN

VERDE, Giovanni, *Profili del processo civile. Parte general*, Jovene Editore, Napoli, 1984, 293 páginas.

Se trata de una obra de carácter didáctico. Contiene una exposición de los conceptos básicos del Derecho procesal civil con referencia al ordenamiento italiano. El aludido de los caracteres fundamentales del proceso desde el punto de vista de la Constitución y de la jurisprudencia constitucional italiana se antepone al análisis de los temas clásicos, tales como los relativos a la jurisdicción, la competencia, los principios del proceso civil, la acción, las partes y los actos procesales. La validez del estudio de estas cuestiones tradicionales viene justificada por el autor en la Introducción del libro, allí donde dice «los estudiantes, para poder ejercitar su capacidad crítica, deben conocer antes el fenómeno procesal» (p. 9). El tratamiento de las diversas materias responde a un enfoque que pretende ser esencialmente problemático.

M. CACHÓN

MORELLO, Augusto M., *Cuestiones procesales de Derecho comparado español-argentino*, Librería Editora Platense, 1987, 116 páginas.

Se reúnen en este volumen tres estudios que tienen su origen en diversas conferencias pronunciadas en España durante el año 1986 por el autor, que es profesor de Derecho procesal en Argentina.

En el primer trabajo, se lleva a cabo un estudio comparativo y de síntesis de la casación española y la casación de la Provincia de Buenos Aires. El autor presta especial atención a las innovaciones introducidas por la LRULEC en la regulación del recurso de casación civil español.

El segundo estudio se abre con una breve exposición de los resultados a los que se ha llegado, en el Derecho argentino, con relación a la doctrina del exceso ritual manifiesto y respecto del tema concerniente a la sentencia arbitraria o absurda. Pasa después el autor a ocuparse de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español relativa a la exigencia de moti-

vación de las sentencias y a la adecuada interpretación desde la óptica del Derecho a la tutela judicial efectiva, de las normas procesales que regulan los requisitos de admisibilidad del recurso de casación. Destaca el profesor Morello las analogías existentes entre las soluciones que, ante problemas similares, ofrecen dos ordenamientos jurídicos distintos, cuales son el español y el argentino.

En el último trabajo, se estudia sucintamente el recurso de amparo español con referencia a aquellos supuestos en los que la vulneración de los derechos o libertades fundamentales ha sido producida por un acto u omisión de un órgano judicial. Asimismo, se alude al problema de la protección jurisdiccional de aquellos derechos y libertades en el ámbito del Derecho argentino.

M. CACHÓN

GRIVART DE KERSTRAT, Françoise, *Le rôle du Master dans l'instruction du procès civil en Angleterre*, Ed. Giuffrè, Milán, 1981, 440 páginas.

Este libro forma parte de la colección de *Estudios de Derecho comparado* que, bajo la dirección del profesor Mauro Cappelletti, publica la editorial Giuffrè. Y, en efecto, se trata de una obra verdaderamente internacional: aunque ha sido publicada en Italia, su autora es francesa, y tiene por objeto un tema concerniente al Derecho inglés.

En el proceso civil inglés, lo que podríamos denominar, con las debidas reservas, fase de plenario o juicio en sentido estricto (*trial*) viene precedido por otra fase procesal de carácter preparatorio (*pre-trial*). Pues bien, el *Master* es el magistrado encargado de velar por el correcto desarrollo del procedimiento civil durante ese período de instrucción o preparación del proceso. La presente obra analiza detalladamente las concretas funciones encomendadas al *Master* con relación a la fase procesal mencionada. Es una materia esencial para el estudio del Derecho procesal civil inglés. Como indica la autora, la inmensa mayoría de los litigios civiles no llega a la fase de *trial*, sino que concluye, de una u otra forma, en la etapa de *pre-trial* (p. 20).

El tema elegido sirve a la autora para adentrarse en el examen de diversas instituciones del proceso civil inglés, a fin de delimitar el cometido asignado al *Master* con relación a cada una de dichas instituciones. De esta forma, se ofrece una panorámica global de aquel proceso.

M. CACHÓN

ARROYO, I., y GISPERT, M. T., *Código de legislación bancaria*, Barcelona, Librería Bosch, 1987, 2.^a ed., 948 páginas.

Llama la atención la publicación de la segunda edición, renovando y actualizando la primera, en una obra de tamaño envergadura. La circunstancia pone de manifiesto la buena acogida dispensada por el público, justificando así la decisión editorial porque grande es el riesgo económico en obra tan densa y voluminosa.

Los autores, catedráticos de Derecho mercantil en la Universidad de Barcelona, han respetado el sistema anterior, estructurando la legislación bancaria en cinco libros: disposiciones fundamentales, aspectos institucionales de la banca, actividad bancaria y crediticia, título de créditos y banca extranjera, repartidos a su vez en veinticinco capítulos. Además del índice sistemático, la obra contiene completos índices analítico o de materias y cronológico, que facilitan enormemente la consulta.

Las reseñas publicadas al momento de la primera edición ya ponían de manifiesto que el adjetivo bancaria había que entenderlo en su más amplia acepción porque la obra incluye, en efecto, la legislación sobre cajas de ahorro y demás entidades de crédito e instituciones financieras. Quizás hubiera sido más acertado denominarla «legislación financiera», ya que da cobertura a todo el ordenamiento jurídico financiero español, excluyendo el mercado bursátil. Desde esa perspectiva nada sorprende la inclusión de disposiciones recientemente aprobadas tales como la Ley de 26 de diciembre de 1985 reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva, la Ley cambiaria y del cheque de 16 de julio de 1985, la Ley de 2 de agosto de 1985 sobre órganos rectores de las Cajas de Ahorro, el Real Decreto 1.723/1985 que simplifica y unifica el sistema de cuentas extranjeras en pesetas o, en fin, el Real Decreto legislativo 1.298/1986, de 28 de junio, por el que se adaptan las normas legales en materia de establecimientos de crédito al ordenamiento jurídico de la Comunidad Económica Europea, por citar sólo alguna de las más significativas.

En conclusión, la obra sigue vigente y deseamos que los autores no abandonen el criterio de la actualización.

JOSEP QUEROLT I BENET

DAMIÁN MORENO, Juan, *Los Jueces de Paz. Antecedentes históricos y perspectivas actuales*, UNED, Madrid, 1987, 241 páginas.

La reciente Ley Orgánica del Poder Judicial mantiene presentes a los Juzgados de Paz en la organización judicial de nuestro país, mientras que suprime los otros Juzgados propios del ámbito municipal: los Juzgados de Distrito. Este hecho impone preguntarse la razón de la subsistencia de tales juzgados y, aparte de otras razones, justifica, por sí mismo, el estudio de estos órganos judiciales. Para comprender la función que hoy en día

desempeñan los Juzgados de Paz y, sobre todo, la que son llamados a desempeñar en un próximo futuro, cuando entre plenamente en vigor la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Dr. Damián se remonta a sus orígenes y analiza, paso a paso, su evolución y los problemas que surgen alrededor de esta institución. La conclusión final a que llega no es muy alentadora, la esta institución. La conclusión final a que llega no es muy alentadora; la rarlo como una regresión en el devenir de nuestra organización judicial que carece aún de menor justificación en cuanto se suprimen los Juzados de Distrito.

DE CASTRO FERNÁNDEZ, Jaime Manuel, *La protección interdictal: Amplitud*, COLEX, Madrid, 1986, 405 páginas.

Los interdictos de retener y recobrar plantean no pocos problemas al jurista y, con relativa frecuencia, son resueltos por los Juzgados y Audiencias con discrepante criterio. Pese a todo, de la «pequeña jurisprudencia» o «jurisprudencia menor» pueden extraerse unas pautas uniformes de decisión de los principales problemas que nacen de los interdictos. Consciente el Dr. De Castro de esta circunstancia, utiliza como método de trabajo el análisis de la jurisprudencia (según nos dice en la introducción, ha analizado más de dos mil sentencias a fin de llegar a seleccionar las ochocientas que se transcriben) al examinar los grandes temas que plantea el proceso interdictal de retener y recobrar.

GARCÍA DE LA PUERTA LÓPEZ, M.^a Isabel, *La suspensión del proceso penal por información suplementaria*, Ediciones El Almendro, Córdoba, 1987.

Dos elementos interrelacionados entre sí son los que, fundamentalmente, componen el objeto del presente estudio: la suspensión del juicio oral en el proceso penal español y la denominada «información suplementaria» o «sumaria instrucción suplementaria», regulada en el punto 6.º del artículo 746 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Suspensión es sinónimo de dilación, entrando en pugna con la celeridad; el trasfondo es claro: una justicia rápida. Por otro lado, cabe preguntarse acerca de la información suplementaria como mecanismo encaminado hacia el hallazgo de la verdad material, o bien entenderla como un abuso que tiende a retrasar la resolución definitiva, tendiéndose a configurar como una corruptela más.

En el ámbito de esta coyuntura la autora estudia dos figuras singulares de contenido sustantivo que se incardinan en el proceso, cuales son las revelaciones y las retractaciones inesperadas, ambos presupuestos básicos para acordar que se realice una información complementaria integradora del juicio oral o una información suplementaria, ampliadora del sumario,

mediante la aportación, en ambos casos, de nuevos hechos o elementos de prueba. El tratamiento legal aplicable a las revelaciones y retracciones inesperadas es el específico probatorio; su contenido u objeto son los hechos enlazados con las pretensiones punitivas deducidas en la causa; su procedimiento y enjuiciamiento no está regulado de forma concreta en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, planteándose importantes cuestiones procesales como lo son su posible actuación de oficio, las resoluciones que las acuerdan, recursos y efectos que produce su admisibilidad. También destacar los posibles sujetos intervinientes: el procesado, testigos, peritos.

El análisis de todos estos temas, junto con una acurada casuística jurisprudencial que le confiere un gran interés práctico, conforman un trabajo muy interesante sobre una materia dinámica y actual.

J. SOLÉ

GIL SÁEZ, Benjamín, y GÓMEZ DE LIAÑO Y COBALEDA, Mariano, *Jurisdicción y competencia en materia penal*, COLEX, Madrid, 1983, 71 páginas.

La finalidad de esta obra es ofrecer, en forma extractada y sistematizada por razón del delito, una recopilación de las cuestiones de competencia resueltas por la Sala 2.^a del Tribunal Supremo durante los años 1980, 1981 y 1982; así como de los conflictos de jurisdicción entre la jurisdicción ordinaria y la militar sobre los que se pronunció dicha Sala 2.^a, durante el mismo período, cuando actuaba con carácter especial, integrada por el Presidente y un Magistrado de ella y un Consejero togado designado por el Consejo Supremo de Justicia Militar, de acuerdo con lo que disponía el art. 2.^o de la Ley de 17 de julio de 1948.

LOZANO-HIGUERO PINTO, Manuel, *Constitución y proceso: El principio de imposición de costas*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de León, 1987, 212 páginas.

Las instituciones jurídicas han de interpretarse actualmente de acuerdo con la Constitución y las instituciones procesales no son una excepción; por lo tanto, no cabe sino calificar de acertado todo estudio procesal que no pierda de vista nuestra norma fundamental. En el caso que nos ocupa, sin embargo, no sólo es oportuno tener siempre presente la Constitución sino que es imprescindible por la estrecha relación que existe entre los costes procesales y el derecho a la tutela judicial efectiva.

Tras un riguroso estudio histórico, doctrinal y legal, en primer lugar, se replantea el autor la ubicación adecuada de las costas del proceso que se ha venido situando tradicionalmente entre los efectos del proceso; después se ocupa de diferenciar las nociones de costos, costas y gastos, para centrarse inmediatamente en el estudio de las costas, como institución nuclear

del coste de la justicia, y particularmente de las costas en el proceso civil. Su conclusión es que el legislador no ha introducido un sistema objetivo; el del vencimiento como regla rectora en el proceso civil español. Estima que operan combinada y escalonadamente para regular la imputación o imposición de costas los criterios siguientes: 1.^o) y como índice preponderante, pues su concurrencia excluye a los demás, «el de la razonabilidad ético-subjetiva» que tiende a reprimir la conducta socialmente antijurídica o socialmente reprochable (art. 11 LOPJ y 523-II y III LEC); 2.^o) y subsidiario respecto al anterior, «el de razonabilidad técnico-objetiva», cifrado en el «estándar» del vencimiento, previsto para hipótesis normales (artículo 523-I, primer inciso, LEC); y 3.^o) «el de razonabilidad socio-volitivo», que atempera el anterior atendiendo a las circunstancias del caso concreto (art. 523-I in fine LEC).

ORDOÑO ARTÉS, Carmen, *La prueba de reconocimiento judicial*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1987.

De todos los medios probatorios admitidos en nuestro Ordenamiento, sólo es el de reconocimiento judicial el que no está integrado por una declaración expresa, oral o escrita, tendente a servir para acreditar el hecho que se quiere probar. En el reconocimiento judicial es una realidad exteriorizable y exteriorizada la que aporta los elementos relacionados con el hecho a probar.

Mediante el análisis pormenorizado de todas las distintas partes que intervienen, directa o indirectamente, en la actuación del reconocimiento judicial, la autora nos descubre un medio de prueba quizá no aprovechado en la práctica en toda la amplitud de sus posibilidades.

Cabe destacar entre los puntos de que se trata la obra lo relativo a la figura del Juez, como sujeto activo principal del reconocimiento, su idoneidad física sensorial, el reconocimiento practicado en función del auxilio judicial, por Juez sustituto, o bien, en la Sala, el que practica un Magistrado en relación con los demás que resuelven. Junto al Juez se analiza la intervención de las partes procesales, peritos y testigos, todos posibles colaboradores del Juez en el reconocimiento.

Se estudia después el objeto del reconocimiento, entendido en sentido amplio como una variedad de realidades, cosas, fenómenos, circunstancias, incluso la persona humana, etc. La autora sostiene la tesis de que no existen limitaciones en torno a la clase o al tipo de objeto reconocible en esta prueba, excepto la exigencia impuesta por la Ley de que se trate de un objeto susceptible de apreciación sensorial, no pudiendo realizarse, por lo tanto, cuando se trata de cosas imperceptibles o sin exterioridades. La última parte de la obra está dedicada a los aspectos procedimentales (proposición, admisión, práctica) del reconocimiento como medio de prueba, así como al contenido, valoración y control del acta de reconocimiento.

J. SOLÉ

ROMERO COLOMA, Aurelia María, *Estudios de la prueba procesal penal y su valoración psicológica*, COLEX, 1986, 79 páginas.

La prueba y su valoración son temas sin duda trascendentales en el proceso y en los que se entremezclan los aspectos jurídicos y psicológicos. Este trabajo da un repaso a la prueba en el proceso penal (historia, concepto, objeto e instrumentos probatorios) aportando su granito de arena a la investigación de los múltiples problemas que surgen en la prueba.

ROMERO COLOMA, Aurelia María, *Derecho a la intimidad, a la información y proceso penal*, COLEX, Madrid, 1987, 109 páginas.

Definir los límites de los derechos fundamentales es tarea ardua y de un indudable interés y actualidad; más aún en aquellos casos en que la definición de dos derechos fundamentales distintos requiere que se haga de forma conexa por cuanto se trata de derechos en cierta medida contrapuestos. Este es el caso con que se enfrenta la autora de este libro, que sin amedrentarse por las dificultades que una tarea de esta índole conlleva, investiga sobre el derecho a la intimidad y el derecho a la información al objeto de ofrecer respuesta a los múltiples problemas que se plantean al observar conjuntamente ambos derechos. También se ocupa de la forma como debe quedar protegido el derecho a la intimidad en el proceso penal y hasta dónde puede llegar el ejercicio del derecho a la información en este mismo tipo de procesos.

ROYO JARA, José, *La protección del Derecho a la propia imagen*, COLEX, Madrid, 1987, 208 páginas.

El Derecho a la propia imagen es un derecho fundamental de la persona reconocido en la Constitución española. Pero, por otra parte, la imagen de las personas constituye el objeto de un tráfico patrimonial cada día más creciente. Ambas circunstancias determinan el interés de esta obra que pretende estudiar desde una perspectiva actual los aspectos sociológicos, éticos y jurídicos de este derecho fundamental. En la exposición ocupa un lugar predominante el problema del Derecho a la propia imagen de los intérpretes cinematográficos (a esta cuestión se dedica una de las tres partes en que se divide el libro), así como el estudio de la Ley Orgánica de protección civil del Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen de 5 de mayo de 1982, al que se destinan más de cien páginas.

SAAVEDRA GALLO, Pablo, *La duda de inconstitucionalidad. Soluciones procesales para la aplicación de la Ley Constitucional al caso concreto*, Editorial El Almendro, Córdoba, 1985.

El núcleo esencial de la obra lo constituye el conjunto de problemas que genera en un proceso ordinario, con independencia del orden jurisdiccional (civil, penal, contencioso administrativo, etc.) al que pertenezca, la sujeción a los principios y valores constitucionales de las leyes directamente aplicables en el mismo.

Así, al hablar de «cuestión de inconstitucionalidad» o «duda de inconstitucionalidad», como prefiere denominarlo el autor, aparece aquel instituto procesal en función del cual todo órgano jurisdiccional deberá remitir al Tribunal Constitucional aquella norma legal de dudosa adecuación constitucional, previa suspensión del proceso en curso, para que dicho Tribunal resuelva en concreto, aunque luego esa resolución produzca efectos *erga omnes*.

Este interesante estudio aparece dividido en tres capítulos. El primero de ellos, dedicado a la construcción dogmática, analiza el concepto, naturaleza y objeto de la duda de inconstitucionalidad. El segundo capítulo consta de dos partes: 1) En la primera, se estudia la preparación, formalización y sustanciación de la duda de inconstitucionalidad ante el órgano jurisdiccional *a quo*; cabe destacar la exclusión legal de las partes del proceso *a quo* como sujetos legitimados para el planteamiento de dicha cuestión, con lo cual se veta al ciudadano la posibilidad de exigir directamente la aplicación al caso concreto de unas normas legales ajustadas a las disposiciones de la Norma Fundamental. 2) En la segunda parte se examina la fase procesal que se desarrolla ante el Tribunal Constitucional, analizando las partes (con la dificultad que entraña su determinación, capacidad legitimación) y lo relativo a la sustanciación del procedimiento.

El capítulo tercero está dedicado a la eficacia de las sentencias resolutorias de las dudas de inconstitucionalidad, destacando, sobre todo, el valor de la cosa juzgada y el efecto vinculador sobre el órgano jurisdiccional *a quo*.

J. SOLÉ

VARIOS (Coordinador: Eduardo GUTIÉRREZ DE CABIEDES), *Legislación, jurisprudencia y concordancias*, EDILEX, Madrid, 1987, tomo I, 1.681 páginas

Se trata de una recopilación de los principales Cuerpos legales que afectan a la jurisdicción civil: Código civil, Código de comercio, Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley y Reglamento Hipotecarios, Ley de Sociedades Anónimas, Ley de Sociedades de Responsabilidad limitada, y Reglamento del Registro Mercantil. En nota al pie a cada precepto se establecen las remisiones oportunas a las restantes normas conexas con la que se anota, así como la principal jurisprudencia que se refiere al artículo en cuestión.

TERMINOS PERENTORIOS

1988 RÍO DE JANEIRO. 22-27 MAYO



XI JORNADAS IBEROAMERICANAS DE DERECHO PROCESAL

**22 a 27 de mayo de 1988 - Rio de Janeiro - Brasil
RIO PALACE HOTEL**

- Promoción:** INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL
Organización: CEPAD - Centro de Estudos, Pesquisa e Atualização em Direito S/C
Participación: AJES - Associação Jacarepaguá de Ensino Superior
Colaboración: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Ordem dos Advogados do Brasil
Instituto Brasileiro de Direito Processual

Estimados Colegas,

Nos complace informarles que durante las XI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal se estudiarán temas actuales de vuestro interés, por medio de informes, debates y conferencias, con el objetivo de identificar y educar los problemas relacionados a la actividad jurisdiccional, y con la finalidad de señalar las soluciones que puedan asegurar su eficacia.

El mencionado evento brindará innumerables oportunidades para que se realicen extensos y profundos intercambios de ideas y experiencias entre los profesores y abogados de los distintos países iberoamericanos participantes, referentes a aquellos asuntos que son de la mayor importancia para la vida jurídica contemporánea.

Contamos desde ya con vuestra oportuna adhesión a esta iniciativa, basándonos para ello en nuestra seguridad de que este evento servirá para el enriquecimiento profesional y personal de todos los participantes.

PROGRAMA

Dia 22 de Mayo – Domingo

- 15: 00hrs – Entrega de Credenciales
- 18: 00hrs – Sesión Inaugural
- 20: 00hrs – Cocktail de Apertura

Dia 23 de Mayo – Lunes

- 09: 00hrs – 1º TEMA
"MEDIOS PARA INCREMENTAR LA EFICIENCIA DE LOS SERVICIOS PRESTADOS POR LA JUSTICIA"
- Ponentes: Prof. Roberto Berizonce (Argentina)
Prof. Sérgio Bermudes (Brasil)
- 11: 00hrs – Intervalo
- 11: 20hrs – Debates
- 16: 00hrs – CONFERENCIA
"LA REFORMA DEL PROCESO CIVIL ESPAÑOL"
Prof. José Almagro Nosete (España)

Dia 24 de Mayo – Martes

- 09: 00hrs – 2º TEMA
"PROTECCION PROCESAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES"
- Ponentes: Prof. Cipriano Gómez Lara (México)
Prof. Celso Agrícola Barbi (Brasil)
- 11: 00hrs – Intervalo
- 11: 20hrs – Debates
- 16: 00hrs – CONFERENCIA
"EL TRIBUNAL FEDERAL SUPREMO"
- Ponentes: Prof. Alfredo Buzaid (Brasil)

Dia 25 de Mayo – Miércoles

- 09: 00hrs – Reunión de la Dirección del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.
– Entrega del Proyecto del Código de Proceso Civil tipo para América Latina.
- 10: 00hrs – Mesa Redonda: "Redaccion del Código de Proceso Penal Tipo América Latina"

Dia 26 de Mayo – Jueves

- 09: 00hrs – 3º TEMA
"INTERCEPTACIONES TELEFÓNICAS Y GRABACIONES CLANDESTINAS EN EL PROCESO PENAL"
- Ponentes: Prof. Jaime Bernal Cuellar (Colombia)
Profª Ada Pellegrini Grinover (Brasil)
- 11: 00hrs – Intervalo
- 11: 20hrs – Debates
- 16: 00hrs – CONFERENCIA
"ORIENTACIÓN GENERAL DEL ANTE-PROYECTO DEL CÓDIGO DE PROCESO CIVIL TIPO PARA AMÉRICA LATINA"
Prof. Luis Torello Giordano (Uruguay)

Dia 27 de Mayo – Viernes

- 09: 00hrs – 4º TEMA
"MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS"
- Ponentes: Prof. Arístides Rengel Romberg (Venezuela)
Prof. Egas Dirceu Moniz de Aragão (Brasil)
- 11: 00hrs – Intervalo
- 11: 20hrs – Debates
- 16: 00hrs – CONFERENCIA
"ALGUNOS PROBLEMAS ACTUALES DE LA PRUEBA CIVIL"
Prof. José Carlos Barbosa Moreira (Brasil)
- 18: 00hrs – Sesión de Clausura
- 20: 30hrs – Cena de despedida

CONFERENCISTAS

Prof. Alfredo Buzaid (Brasil)
 Prof. José Almagro Nosete (Espanha)
 Prof. José Carlos Barbosa Moreira (Brasil)
 Prof. Luis Torello Giordano (Uruguai)

PONENTES

Prof^a Ada Pellegrini Grinover (Brasil)
 Prof. Aristides Rengel Romberg (Venezuela)
 Prof. Celso Agrícola Barbi (Brasil)
 Prof. Cipriano Gómez Lara (México)
 Prof. Egas Moniz de Aragão (Brasil)
 Prof. Jaime Bernal Cuellar (Colombia)
 Prof. Roberto Berizonce (Argentina)
 Prof. Sérgio Bermudes (Brasil)

Comisión Organizadora

Prof^a Ada Pellegrini Grinover
 Prof^a Heloisa Helena de Araujo Fabião
 Prof. José Carlos Barbosa Moreira
 Prof. Onurb Couto Bruno
 Prof. Sérgio Bermudes

1988 BOLONIA 22-24 SEPTIEMBRE**Congreso Internacional extraordinario de Derecho procesal en ocasión del noveno centenario de la Universidad de Bolonia**

L'ASSOCIAZIONE INTERNAZIONALE
 DI DIRITTO PROCESSUALE
 LA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
 DELL'UNIVERSITÀ DI BOLOGNA
 annunciano il

Il bureau dell'Associazione internazionale di diritto processuale

Prof. Mauro Cappelletti, Firenze e Stanford
 Prof. Vittorio Denti, Pavia
 Prof. Marcel Storme, Gent
 Prof. Walther J. Habscheid, Zürich

**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. Redenti»
 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

Dritti europei latini
Prof. LOUIS FAVOREU
ordinario dell'Università di Aix-en-Provence

Dritti europei germanici
Prof. HELMUT STEINBERGER
Juristische Fakultät, Mannheim, Giudice del
Bundesverfassungsgericht

Paesi di Common Law
Prof. BRIAN GARTH
Università dell'Indiana, Bloomington, School of Law

Paesi scandinavi
Prof. JACOB SUNDBERG
ordinario dell'Università di Stockholm

Paesi socialisti
Prof. Dr. PAVLE NIKOLIC
ordinario dell'Università di Beograd

America latina
Prof. HÉCTOR FIX ZAMUDIO
ordinario dell'Università autonoma del Messico, giudice
della Corte interamericana per i diritti dell'uomo

Estremo oriente
Prof. TAKESHI KOJIMA
Chu University, Tokio

c) Il livello internazionale

Corte europea dei diritti dell'uomo
Prof. JUAN ANTONIO CARILLO
giudice della Corte europea dei diritti dell'uomo,
ordinario dell'Università di Siviglia

Corte Interamericana per i diritti dell'uomo
Prof. HÉCTOR FIX ZAMUDIO

Corte di giustizia delle Comunità europee
Prof. G. FEDERICO MANCINI
Avvocato generale della Corte di giustizia,
ordinario dell'Università di Bologna

Nazioni unite
Prof. JOSEPH WILER
University of Michigan

Sono previste comunicazioni programmate ed interventi.
Chiunque abbia interesse, potrà inviare comunicazioni
scritte al relatore generale o ai relatori nazionali, nei
rispettivi settori, in francese, inglese o italiano.
Le relazioni e le comunicazioni che perverranno entro il 30
Aprile 1988 saranno pubblicate in una edizione provvisoria
degli atti da distribuirsi ai partecipanti al congresso.

Informazioni generali**Sede**

Il congresso si terrà nei giorni 22, 23 e 24 Settembre 1988 a
Bologna presso la Facoltà di giurisprudenza,
Palazzo Malvezzi - via Zamboni, 22
Tel. 051/23 31 37 - 23 71 84

Quota di iscrizione

Dollari USA 80.-

La quota comprende:

- il materiale congressuale
- gli atti provvisori
- i ricevimenti ufficiali
- il post congress tour

Lingue ufficiali

Le lingue ufficiali del congresso sono il francese, l'inglese e
l'italiano. Verrà effettuato il servizio di traduzione
simultanea.

Prenotazione alberghiera

La segreteria organizzativa effettuerà le prenotazioni sulla
base dei dati forniti con la scheda alberghiera allegata al
programma preliminare che verrà inviato in data successiva
solo a coloro che ritorneranno la scheda di adesione.

Segreteria scientifica

Prof. Federico Carpi
Istituto di Applicazione Forense «E. Redenti»
Via G. Petroni, 33 - I - 40126 Bologna, Italy
Tel. 051/27 69 23 - 22 76 52

Indirizzo privato:

Via G. Reni, 7
I - 40125 Bologna, Italy
Tel. 051/23 39 14 - 23 43 90

Segreteria organizzativa

O.S.C. Bologna
Via S. Stefano, 30
I - 40125 Bologna, Italy
Tel. 051/27 32 32 - 27 55 68
Telex 213479-511321 Balreit - Attn. OSC