

# JUSTICIA 95

NUMERO I-II

Director:

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

Consejo de Redacción:

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



1995

---

JOSÉ MARÍA BOSCH EDITOR, S. A. – BARCELONA

«JUSTICIA 95»

ADMINISTRACION (suscripciones). José M.<sup>a</sup> Bosch, editor, S. A., Rosselló, 22  
08029 Barcelona, Tel. (93) 419 7 50.DIRECCION (originales, libros para reseñaciones). Dr. Francisco Ramos Méndez,  
Paseo de Gracia 92, 08008 Barcelona. Tel. (93) 48 11 12. Tx 59398 FRM.  
Fax (93) 487 35 62.

## INDICE

## 1. EN ESTRADOS

*Meditación en la hora nona sobre las reformas procesales*  
por Ramos Méndez F. .... 3

## 2. DACIONES DE CUENTA

*CGPJ y Tribunales de Menores* por Martín Ostos J. .... 33  
*El derecho del imputado al silencio* por Velayos Martínez, I. 59  
*Algunas consideraciones críticas relativas a la comparecencia*  
*obligatoria en el juicio de menor cuantía*  
por Madiedo Hontañón T. y Fernández Teruelo J. .... 95  
*Medidas provisionales, medidas cautelares y medidas*  
*caucionales en el proceso matrimonial*  
por Pereda Gamez J. .... 105

## 3. DESPACHO ORDINARIO

*Los Tribunales han dicho* por Navarro, C. .... 135

## 4. COMISIONES ROGATORIAS

*El Tribunal internacional de Yugoslavia*  
por Sáez González J. .... 207

5. EXEQUATUR DE TÍTULOS PUBLICADOS ..... 243

6. TERMINOS PERENTORIOS ..... 257

*Taormina 1995*

© 1995. José M.<sup>a</sup> Bosch, editor, S. A.  
Rosselló, 22 - 08029 Barcelona

Depósito legal: B. 43.931-95  
ISSN: 0211-7754

Printed in Spain/Impreso en España por  
COMGRAFIC / EDIM

EN ESTRADOS

## MEDITACIÓN EN LA HORA NONA SOBRE LAS REFORMAS PROCESALES(\*)

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ  
CATEDRÁTICO DE DERECHO PROCESAL

### I. LA HISTORIA INTERMINABLE DE LA REFORMA PROCESAL

Por razones de oportunidad me ha parecido que mi intervención de esta tarde debería referirse a las líneas generales de la reforma procesal, sin referencia particular a cada uno de los diferentes tipos de procesos. Quiere decirse que he optado en esta ocasión por transmitirles algunas inquietudes sobre cómo hacer la reforma, sobre el método a seguir en dicha tarea, que no tienen más valor que el ser una reflexión personal, que no pretenden convencer absolutamente a nadie y que nadie se las tiene que tomar ni en serio ni en broma.

Para que sea más soportable mi ocasional protagonismo, dada la hora en que esto se produce, me voy a ayudar de unos sencillos soportes gráficos, que nos permitirán seguir la historia de estas reformas.

---

(\*) Transcripción de mi intervención en el Seminario organizado por la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo sobre «Administración de justicia y reformas procesales» el 8 de agosto de 1994, en Santander.

Aquí tienen el primer punto de reflexión:

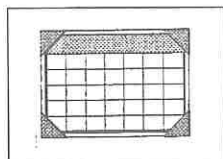
Si se examina la historia reciente, habrá que convenir que cada cuatro años, como si fueran los juegos olímpicos, como si fuera un campeonato mundial de fútbol, tocamos a una reforma procesal «urgente». Ahí sólo están las reformas «urgentes», y sólo están las reformas «significativas». No creo haber olvidado

conscientemente ninguna de las que han sido significativas, pero repaso: en el 84, en el 88 y en el 92. La excepción cronológica del 85 era obvia, ya que era una ley de organización exigida por la carta fundamental.

Cuando uno se da cuenta de que casi cada cuatro años hemos padecido una reforma urgente, uno tiene derecho a preguntarse con qué criterio se legisla. Porque, si la urgencia ha sido, por ejemplo, cambiar los rótulos y donde ponía «*escribanía*», que era una palabra obsoleta pero de rancia tradición, ahora pone «*secretaría*», o donde se rotulaba «*Juzgado de Distrito*» o «*Juzgado Municipal*» y ahora se lee «*Juzgado de primera instancia*», —y en eso consiste una gran parte de las reformas habidas con el carácter de urgentes—, uno empieza a dudar si seguimos algún orden, si sabemos exactamente qué es lo que estamos buscando. El resultado de todo ello es que, desde el punto de vista estrictamente legislativo, es decir, desde la perspectiva de las herramientas que maneja el jurista, nos encontramos en una situación de caos, trabajando con utensilios de otras épocas, que redundan, cómo no, en el descrédito de los cultivadores de la ciencia procesal y del propio sistema de tutela jurídica.

Las lacras son conocidas y por ello no voy a insistir en el detalle. Sería para mí cómodo en este momento, pero pretencioso tal vez, venir a caer en la misma dialéctica de la reforma procesal, venir a venderles aquí las aspirinas, es decir, venir a indicar punto por punto qué

#### La historia interminable de la reforma procesal



- 1984: Ley 34/84, de reforma urgente LEC
- 1985: LO 6/85, del Poder Judicial
- 1988: LO 7/1988, procedimiento abreviado
- 1992: Ley 10/92, de medidas urgentes de reforma procesal

reformas hay que hacer y cuáles son los extremos a mejorar. No creo que éste sea el momento más oportuno para iniciar siquiera tal tarea, ni tengo humor para enmendarle la plana a los doctores de la ley. Lo que si quiero es tratar de incidir un poco en cómo fabricar las aspirinas, tarea ingrata que no interesa al mercado, preocupado sólo de vender. Esta fiebre ha contagiado también al mercado jurídico. Si se fijan, en la producción jurídica de los últimos tiempos, abundan las colecciones de leyes, leyes comentadas, leyes anotadas, leyes extractadas, sinopsis de leyes, colecciones de jurisprudencia de todos los tribunales, en papel y en soportes informáticos, en fin, puro *fast-food* jurídico. Pero obras de pensamiento, es que hay que encender la luz, como Diógenes, hay que buscar con el candil, para salvar alguna que otra publicación. Tal vez hemos sucumbido los juristas a las puras leyes del mercado de consumo, de un solo uso. Por eso, en este momento, me niego a vender aspirinas. Prefiero hacer una reflexión en voz alta, de cómo se podrían fabricar las aspirinas.

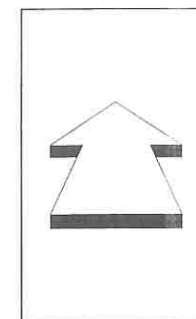
#### II. CÓMO PROGRAMAR UNA REFORMA PROCESAL: TAREAS PREVIAS.

Aquí tienen un pequeño esquema de lo que seguramente está en la mente de todos.

Probablemente, éste sería el esquema lógico, en cuyas etapas todo el mundo estaría razonablemente de acuerdo:

- Hacer un diagnóstico de la situación
- Fijar los objetivos de la reforma y luego
- Elegir uno de los modelos posibles.

#### Cómo programar una reforma procesal: tareas previas



1. Diagnóstico de la situación
2. Fijar objetivos
3. Elegir modelo

## 1. Diagnóstico de la situación

Sobre el diagnóstico de la situación, sobran las palabras y apelo al *hecho notorio*, para que se me excuse de hacer aquí un capítulo independiente sobre este apartado. Los escritos son conocidos, las encuestas son superabundantes, el pulso de la calle es palpable en el día a día. Hay lo que hay y punto.

## 2. Fijar los objetivos de la reforma

### a) No se puede legislar por impulsos

Sobre esta primera observación creo haber divertido a más de un lector con unas pequeñas ilustraciones que una vez publiqué bajo el título «*De cómo hacer las reformas procesales. Manual del aprendiz de legislador*». (JUSTICIA 1988, p. 791 y ss.). Allí identificaba cómo las principales reformas de los últimos años, se han hecho en base a estímulos externos, al socaire de estímulos exógenos, y no porque el legislador quisiese hacer una reforma. Voy a poner el último ejemplo o uno de los últimos ejemplos que se podría añadir a la colección, y que seguramente también está en la mente de todos.

Legislar por impulsos es, a mi modo de ver, reformar el artículo 412 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para eximir del deber de concurrir y declarar ante el juez de instrucción a Diputados y Senadores. Quien no recuerda que en un determinado momento de nuestra historia reciente, determinados Diputados y Senadores tuvieron que empezar a desfilar con frecuencia por el Juzgado. Solución: reformar el art. 412, urgentemente, por la vía rápida. ¡Y ya ha salido el conejo de la chistera! Por cierto, se ha aprovechado para excluir del

<p>3. Si fuera conveniente recibir declaración a alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 anterior sobre cuestiones de las que no haya tenido conocimiento por razón de su cargo, se tomará la misma en su domicilio o despacho oficial.</p> <p>4. Quienes hubiesen desempeñado los cargos a que se refiere el apartado 2 del presente artículo estarán igualmente exentos de concurrir al llamamiento del Juez, pero no de declarar, pudiendo informar por escrito sobre los hechos de que hubieren tenido conocimiento por razón de su cargo.</p> <p>5. Estarán exentos también de concurrir al llamamiento del Juez, pero no de declarar, pudiendo hacerlo en su despacho</p>	<p>oficial o en la sede del órgano del que sean miembros:</p> <p>1.º Los Diputados y Senadores.</p> <p>2.º Los Magistrados del Tribunal Constitucional y los Vocales del Consejo General del Poder Judicial.</p> <p>3.º Los Fiscales de Sala del Tribunal Supremo.</p> <p>4.º El Defensor del Pueblo.</p> <p>5.º Las Autoridades Judiciales de cualquier orden jurisdiccional de categoría superior a la del que recibiere la declaración.</p> <p>6.º Los Presidentes de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.</p> <p>7.º El Presidente y los Consejeros Permanentes del Consejo de Estado.</p> <p>8.º El Presidente y los Consejeros del Tribunal de Cuentas.</p> <p>9.º Los miembros de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas.</p> <p>10.º Los Secretarios de Estado, los Subsecretarios y asimilados, los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas y en Ceuta y Melilla, los Gobernadores civiles y los Delegados de Hacienda.</p> <p>6. Si se trata de cargos cuya competencia esté limitada territorialmente, sólo será aplicable la exención correspondiente respecto de las declaraciones que hubieren de recibirse en su territorio, exención hecha de los</p>
---	--

privilegio centenario a los príncipes de la Iglesia. Bueno, si esto es así, efectivamente esto es un método, pero no es el método que, desde el punto de vista racional, debemos adoptar como modelo a seguir. Esta es la historia de las medidas recientes y para no ser reiterativo me remito a la lectura del artículo que antes he citado.

### b) Hay que corregir las disfunciones

Cualquier sistema procesal siempre necesita una puesta al día permanente. Por ello hay que observar cómo se desarrolla en la práctica una reforma pensada en el laboratorio. Con los datos recogidos hay que valorar si lo que acontece en la realidad del foro se ajusta a los objetivos fijados, o, si el rodaje de la reforma lleva a soluciones razonables aunque no hayan sido previstas expresamente por el legislador. Si se producen disfunciones, hay que volver a actuar legislativamente para reajustar el modelo.

### c) Hay que identificar los sectores necesitados de tutela

En esta tarea de fijar los objetivos de la reforma, seguramente es oportuno identificar aquellos sectores que necesitan de tutela judicial con más premura, o que están, si se quiere, más degradados. Desde el punto de vista de la política legislativa, uno puede decir, a ver, ¿el ciudadano está bien defendido? ¿está bien protegido? ¿Sí o no? ¿Quién saca más provecho de las instituciones procesales?. Si somos conscientes, y hacemos una pequeña reflexión de principios, veremos que los que sacan mayor provecho del sistema procesal y de la tutela efectiva son los grandes consumidores, léase por ejemplo, el primero de todos, la Administración Pública, que es el primer cliente de la justicia; léase por ejemplo, las instituciones financieras en general, las compañías de seguros. Estos usuarios son los que rentabilizan la tutela efectiva a gran escala, porque manejan, desde un punto de vista estadístico, grandes números. Si estos grandes consumidores tuvieran que hacer una valoración del sistema, estadísticamente tal como les funciona a ellos, a mi no me cabe la menor duda de que el resultado sería positivo, y sería favorable a la Administración de Justicia. Habría que revisar si tenemos

que seguir incidiendo en este tipo de tutela para grandes consumidores o, de vez en cuando, deberíamos acordarnos también del ciudadano de a pie. Un sólo apunte para el recuerdo: ¿Le es cómodo al ciudadano recabar la tutela efectiva frente a la Administración Pública? Mientras que ésta, sin duda, le saca rentabilidad al sistema, ¿puede el ciudadano decir lo mismo?

### 3. Elegir el modelo

La tercera tarea previa, si recuerdan, era elegir el modelo. ¿Qué significa elegir el modelo? Bueno, elegir el modelo significa, entre otras cosas, que no se puede arrasar sin más con todo lo que hay. Tenemos una cultura procesal, documentada en leyes centenarias que sin duda hay que poner al día, pero no arrasándolas, es decir, no haciendo borrón y cuenta nueva, no simplemente diciendo ahora empezamos de cero. Por mucho que se quieran denostar, existen instituciones que funcionan razonablemente. ¿Qué sentido tendría sustituirlas por otras, si bien de nuevo cuño, de resultado incierto? En este punto hay que proceder sin demagogia y con serenidad.

Tampoco se pueden dar bandazos. Una vez fijado el objetivo, hay que seguir una misma orientación. Esto no ha sido así en la historia reciente. Si ustedes vuelven la hoja del calendario, descubrirán que, por ejemplo, en la reforma del año 84, se hizo recaer el peso estadístico de la misma sobre los Juzgados de Distrito, y, poco después, en el año 85 se suprimieron dichos Juzgados, a la vuelta de un año, sin saber por qué y sin una reflexión definitiva. ¡Ahora se estudia la implantación de Jueces de barrio!

Otro ejemplo: La reforma del año 88, que fue una reforma apresurada, por motivos constitucionales, como todos sabemos, se presentó como una modificación del procedimiento abreviado en materia penal. Todo el mundo sabe que, en realidad no ha sido así, sino que se ha tratado de ensayar un nuevo modelo de proceso penal, sin haber hecho todavía la suficiente reflexión al respecto.

Un ulterior ejemplo de indudable repercusión práctica. Aquí tienen uno reciente. En este caso, han coincidido en el tiempo, a la vez, tres investigaciones. Aparentemente debían estar coordinadas por la ley, pero los acontecimientos han demostrado todo lo contrario: Cada una de ellas fue por libre, con avisos y mensajes de un poder a otro, que si

un juez de instrucción envía a través del Presidente del Consejo General de Poder Judicial recado a las Cortes para que le den copia de una serie de declaraciones, que si en la investigación dirigida por el Ministerio Fiscal se toman medidas, algunas de ellas ya preconizadas y publicadas por la prensa desde hacía días, que si los parlamentarios tratan de concluir los primeros



su investigación para obtener la prima de la rentabilidad política. ¡Todo el mundo metiendo la cuchara en el mismo plato! Yo no digo que esto lo haya querido el legislador. El legislador de 1988 ignoraba ciertamente estos avatares. Que queremos un procedimiento penal en el que la fase de instrucción haya de ser dirigida por el Ministerio Fiscal, digámoslo claramente, y ejecutémoslo en consecuencia. Que es bueno el sistema de instrucción que tenemos, con un juez de instrucción que ha estado al frente del sistema cien años, ¿por qué no puede seguir sirviendo el modelo? En todo caso, el ejemplo es una demostración de cómo no ha habido todavía esta concienciación de que lo que hay que elegir primero es el modelo y luego desarrollarlo consecuentemente.

Una reforma sensata debe fijar las líneas generales del juicio tipo y luego desarrollarlo con una cierta flexibilidad para permitir su adaptación a las necesidades del foro.

### III. CÓMO EJECUTAR LA REFORMA PROCESAL: MÉTODO A SEGUIR.

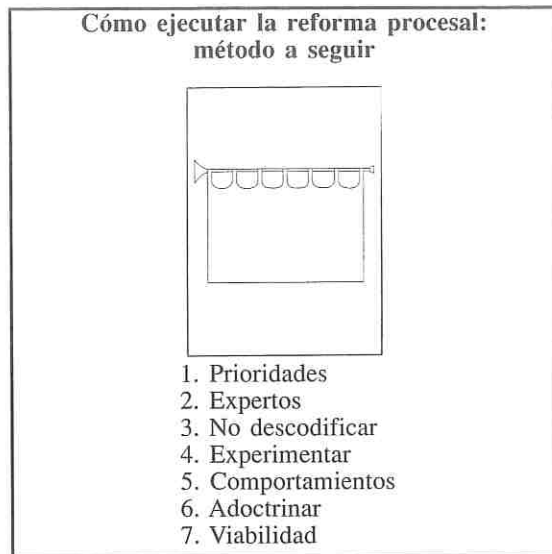
Sin pretender agotar el tema, me voy a referir a algunos principios generales, tal vez obviedades. Ojalá por este carácter no

fuera necesario recordarlas, pero los hechos nos demuestran una vez más que tal vez esto no ha sido así. Algunas sugerencias sobre el método.

### 1. Hay que definir las prioridades

Evidentemente, aquí pueden jugar criterios estrictamente políticos o criterios de necesidad real. Por ejemplo, qué es más interesante en este momento, ¿instaurar los juzgados de lo contencioso-administrativo o instaurar el jurado? Seguramente, nadie podrá negar que son dos necesidades de distinto cuño. Una de ellas, desde luego, es una de las llagas que tenemos

todavía abiertas en nuestro sistema procesal. Sin embargo, puede ser más rentable instaurar el jurado, atendiendo a un criterio político o a un criterio de marketing electoral. Hay que estar dispuestos a asumir estas opciones políticas, porque hay que ser conscientes de que las prioridades se pueden definir de una forma o se pueden definir de otra. Si uno le pregunta al ciudadano, que no es seguramente el indicador básico de todo este tipo de problemas tan técnicos, tendrá una respuesta. Si uno le pregunta a un determinado estamento de los operadores jurídicos, tendrá otra. ¿Qué es más rentable, hacer edificios para el poder judicial o dotar a los juzgados de medios técnicos, como el fax, ordenadores, etc.? Seguramente será cuestión de definir la prioridad, tanto de objetivos como de los medios con que se cuenta.



### 2. Es necesario acudir a los expertos

Yo no creo que esta Universidad, en la que nos encontramos, haya acometido la reforma de este bello edificio de las antiguas caballerizas, en este entorno, poniendo al rector, a los vicerrectores, al decano, a los profesores del claustro un mono de albañil y dándoles un pico y una pala. Es que sería un suicidio, sería un proyecto condenado al fracaso y, desde luego, el resultado no sería esta bella obra de la que ahora estamos disfrutando. En cambio, con las reformas procesales, todo esto no pasa. Primero, porque «procesal» es algo que «sabe» todo el mundo, a todo el mundo le suena la música, y todo el mundo se considera legitimado para meter la cuchara. Evidentemente ello está provocando que muchas de las leyes sobre la materia tengan paternidades desconocidas, porque nadie quiere asumir nada, evidentemente, nadie está dispuesto a asumir los bodrios.

En este aspecto, los expertos, que alguno debe de haber, ayudan a definir alguna de las prioridades, alguno de los objetivos. Además, como llevan tiempo trabajando en el tema, sabrán cómo hacerlo, es decir, sabrán, desde un punto de vista técnico, brindar la solución instrumental para que se consigan determinados objetivos políticos, o determinados objetivos del estado de derecho. Que alguien quiere un proceso que funcione, que diría yo, a uña de caballo, un proceso sumarísimo. No se preocupen: cómo se hace, lo dirá el experto. Pero no lo dirá aquella persona que un día o una noche se pone de parto y a la mañana siguiente ya ha expulsado el feto. Bueno esto es lo que pasa, lo que está ocurriendo en nuestro país en el ámbito de las reformas procesales y estamos tan tranquilos. No ocurre en ningún país civilizado, en ninguno, absolutamente en ninguno. Debería además haber transparencia en el proceso de selección de personas, en la selección de expertos. ¿Por qué no concursos públicos? De la misma manera que se seleccionan otros técnicos, como ingenieros, arquitectos, médicos, ¿por qué no también expertos en la materia? Seguramente, porque, como he dicho antes, todo el mundo «sabe» de procesal. En este aspecto todavía no hemos llegado a un grado, diría yo, y lo digo absolutamente sin ninguna connotación peyorativa, a un grado de fiabilidad de que lo que está haciendo la doctrina procesal es algo serio y excede de la mera cultura de periódico.

El último ejemplo, que es recentísimo, lo tengo sobre la mesa y se refiere a la reforma de la ley de la jurisdicción administrativa. Yo me

he tomado la molestia de ver si había algún experto en Derecho Procesal, por sus obras, por sus publicaciones, por su historia, por su currículum. Si hay alguno que se sienta ofendido porque no lo he identificado, le agradecería que me lo indicara después. Creo que hubiera sido útil que algún especialista en Derecho Procesal hubiese intervenido en el proyecto. Un ejemplo, banal, si se quiere, pero sintomático, de lo que no haría un experto es seguir llamando a esta ley «de la jurisdicción «contencioso-administrativa» . ¿Por qué no hablar de lo contencioso-civil o de lo *contencioso* penal o de *contencioso-laboral*? Hay algunas obviedades que siempre pasan desapercibidas a legisladores ocasionales.

### 3. No descodificar

Ha habido un ejemplo de descodificación clarísimo en materia mercantil. En este sector se ha optado por la vía de las leyes especiales y tenemos un Código de Comercio irreconocible, absolutamente inservible. Las cosas importantes, hoy en día, están fuera del Código de Comercio. En materia procesal, no se puede ir por esta vía, no es aconsejable. El sistema procesal debe ser un todo armónico y coordinado, porque está subordinado a un único objetivo de tutela jurídica. El código da un valor de seguridad, da un valor de claridad y es algo que aspira a perdurar en el tiempo. No creo que nuestra experiencia codificadora en materia procesal haya sido mala. El valor unitario del código como sistema no debe permitir caer en la tentación de excluir del mismo sectores como los concursales o la jurisdicción voluntaria, por mencionar sólo dos candidatos preseleccionados para la expulsión.

### 4. Experimentar

Seguramente hoy en día podría ser aconsejable cada vez más experimentar proyectos o soluciones en territorios más reducidos, antes de implantar una reforma *ex novo* en todo el territorio nacional. Pero no estoy seguro que se haya acertado con la forma de utilización de estos experimentos.

Voy a poner un ejemplo que ha ocurrido con los juicios rápidos en materia penal, que nos los vendieron como una experiencia típica del 92. Si ustedes se leen, una vez más, las exposiciones de motivos de la ley que reformó los juicios rápidos en el 92 y los discursos de su presentación en sociedad, resulta que iban a venir de todos los países del mundo cantidad de facinerosos que habían de aprovechar la conjunción de los Juegos Olímpicos de Barcelona y además la Expo de Sevilla como escenario de sus fechorías. Ello exigía darle salida a este tipo de delitos con un tratamiento procesal ejemplar, de corte anglosajón. Se habilitaron prisiones, se habilitaron juzgados para juicios rápidos y se puso en marcha una experiencia procesal novedosa. Una experiencia procesal es válida, es decir, la idea de experimentar era válida. La puesta en escena, -y es seguramente un juicio drástico, pero me van a perdonar que lo haga así-, ha sido descorazonadora. Esto no es un juicio de descalificación. Es una historia que para bien o para mal nos persigue y que se asemeja al final de la celebrada película «*Bienvenido Mr. Marshall*». Porque resultó que los destinatarios de estos juicios rápidos, primero, no vinieron tantos facinerosos, segundo, se aumentó la presión policial, se puso policía cada cien metros y efectivamente no había forma de delinquir en las áreas acotadas para las Olimpiadas y para la Expo. Entonces durante esa temporada, durante el 92, los juicios rápidos crearon una bella flor de verano. Si miran ustedes las estadísticas, debe haber sido una experiencia que valió la pena. ¿Qué se salva de todo ello? Que ha habido un error de diagnóstico, que hay que reconocerlo, porque uno tiene que reconocer sus propios errores y no se le pueden subir los colores a la cara a nadie por reconocer sus errores, y que además hubo una puesta en escena equivocada, a la altura de la ópera bufa.

Esta puesta en escena equivocada, no sólo ha sido así en aquella ocasión, sino que además se ha seguido potenciando después con aquel tipo de intervenciones que podríamos llamar «*raffias*» ocasionales. Aquí tienen por ejemplo un listado de delitos, que se ha prestado a este experimento: La ecología, la alcoholemia, han servido de excusa para hacer «*raffias*», es decir, se han querido dar escarmientos, al socaire de una pesquisa general para concienciar a la opinión pública. Todo el mundo sabe que en determinadas comunidades autónomas hay experiencias concretas, las cuales han servido para ver si el sistema funcio-

naba. Todo esto avanza a marchas forzadas hacia una justicia más ejemplar.

Es bueno sin duda hacer algunas experiencias. Lo malo es que se han limitado a estos datos anecdóticos y ocasionales. A veces se tiene la impresión de que para dar imagen de que «esto se mueve» ¿Por qué no se aplica con la misma intensidad este tipo de experiencias y este tipo de «raffias» al falso testimonio, a las maquinaciones, a los delitos económicos que están olvidados de la mano de Dios, y que además, —esta mañana lo decía el Fiscal General del Estado— no llegan al Tribunal Supremo? ¿Hay algún seguimiento de las experiencias que se hacen?



### 5. Reformar las conductas

No sólo hay que reformar la ley, hay que reformar las conductas. Algunos ejemplos nos servirán para la reflexión.

Vivíamos embelesados con un brocardo latino, que era como un talismán para ahorrarse los intereses en las reclamaciones de cantidad no exactas matemáticamente: *In illiquidis non fit mora*. Y con ello alguien utilizaba el pleito como negocio rentable. Recientemente he saludado con una fruición inmensa una jurisprudencia novísima de la Sala Primera del Tribunal Supremo, que viene a reconducir el tema a su justa medida: aunque la cantidad no sea del todo líquida, no hay duda de que el perdedor no puede sacar provecho del pleito. Deberá interesarse por la cantidad reconocida en la sentencia (STS 07.06.1994, Aranzadi 4896, entre otras). Aquí no ha intervenido una modificación de la ley, aquí han cambiado los criterios de conducta para acomodarlos

al sentido común. Esto es bueno, la reforma no consiste sólo en cambiar la ley. Es más importante esta segunda parte.

En materia penal, por ejemplo, uno se pregunta qué papel cumple el delito de cheque en descubierto en nuestra práctica procesal penal. De una vez por todas, ¿cuándo nos decidiremos a añadirle esa responsabilidad civil ligada a la comisión del delito? Probablemente no haría falta reformar el Código Penal. Habría que adecuar la respuesta jurisprudencial a lo que el ciudadano espera legítimamente: evitar el peregrinaje procesal.

### 6. Hay que adoctrinar a los operadores

Tampoco lo hemos hecho, aunque es una cosa que parece obvia. Apostaría a que hemos hecho justo lo contrario. Este adoctrinamiento significa varias cosas:

#### a) Hay que respetar la «vacatio legis»

Uno tiene que tener tiempo para estudiarse la nueva ley. No se puede promulgar una ley y entrar en vigor con carácter retroactivo o al día siguiente. Y al día siguiente exigirle a cualquier Tribunal o a cualquier Sala de cualquier punto del país, cuando apenas ha tenido tiempo de recibir el Boletín Oficial del Estado, que es el periódico donde, por lógica, se publican las leyes, que la apliquen, sin haber tenido tiempo de leerla. Esto es una aberración. Pues no, todas nuestras leyes son tan urgentes que hemos tenido que suprimir esta *vacatio legis* que se nos antojaba un ejemplo de indolencia mediterránea.

#### b) Hay que formar más intensamente a los jueces

Pero hay algo más: Formar a los operadores jurídicos, significa enseñar y adoctrinar a cada uno de ellos. Ahí, que cada uno que se identifique. Evidentemente, están los Profesores de Universidad, están los Abogados y están los Jueces. En los últimos tiempos, si a mi me preguntasen por dónde empezaría, la respuesta es muy clara: mi prioridad

absoluta sería la judicatura. ¿Por qué? Primero, porque son menos, son una clientela, digamos infinitamente más accesible, menos gente. Segundo, porque están en la posición más sublime de todo el ordenamiento jurídico: el juez es la figura central del ordenamiento jurídico. No se puede permitir, desde el punto de vista doctrinal y desde el punto de vista del funcionamiento del Estado de Derecho, que la persona que está en el centro del ordenamiento jurídico se quede sin formación. ¿Ustedes creen que en los últimos años hemos apostado por la formación de la Judicatura? Lo pongo en duda. Ya lo he dicho muchas veces y lo vuelvo a repetir hoy. Creo que hay que revisar los criterios de selección de nuestros jueces. Seguramente, por las necesidades del momento, hemos seleccionado muchas veces a jueces bisoños, a jueces con una formación profesional acelerada. Estos han tenido que hacer unos esfuerzos supremos, con la mejor intención, una vez que llegan a su destino. Se ha ganado independencia, gracias a un cierto atrincheramiento en el cuerpo, pero eso ha repercutido en la falta de decisión, por la penuria de conocimientos, y ha repercutido en la calidad de las resoluciones, cuando no en los vaivenes jurisprudenciales por el uso de ciertos instrumentos conflictivos, por ejemplo, la prisión provisional, que exigen experiencia acrisolada y temple. Se ha querido abrir la puerta al cuarto turno y parecen haberse colado sólo abogados «justicieros» o irredentos. Las Asociaciones profesionales de la judicatura se descalifican automáticamente ante la opinión pública si no llevan la marca de «progresistas», «democráticas» o el marchamo de la «unión» de gentes de la justicia. Por si fuera poco, el vedetismo tienta ocasionalmente el ego de alguna estrella fugaz, agrandado por los titulares de los medios de comunicación. La tentación es humanamente comprensible, pero se compadece poco con el papel constitucional del juez.

Es demasiado serio el papel del juez en el ordenamiento jurídico para que esto siga siendo así.

Hay que acabar además con la endogamia. No es un mal de la judicatura. Es un mal extendido. Lo es de la Universidad, y tiro la primera piedra contra nosotros. En los últimos años hemos vivido en un sistema de endogamia absoluta en la Universidad. El poder político ha vivido también en un sistema de endogamia absoluta. O hay carnet de un determinado partido o de una determinada formación política o no hay currículum que valga, ni hay nada que hacer. No es raro por lo tanto que este clima también trascendiera a la judicatura.

En fin, es obvio que para incidir en la formación del cuerpo judicial haya que acudir también a expertos independientes y no solo a padrinos.

### 7. Viabilidad de las reformas

Por último, hay que sopesar la viabilidad económica y social de una reforma antes de ponerla en práctica. Una reforma viene condicionada muchas veces por determinados costes económicos, por determinados medios, de tipo personal, de tipo material y esto hay que valorarlo siempre antes de ponerla en práctica. Por poner un ejemplo nimio: ¿Disponen todos los Tribunales de una ley procesal al día, de una ley procesal actualizada? ¿Les llega un ejemplar de la ley nueva, al día, cada año, porque cada año se reforma la ley o cada Juez tiene que comprársela de su bolsillo o sigue viviendo con sus apuntes de estudiante? Es un ejemplo que es molesto, pero que da una idea del grado de desidia a donde nos ha llevado esta situación. Esto evidentemente no puede seguir así, ni es buen método para implantar reformas procesales.

## IV. ALGUNAS PISTAS PARA IDENTIFICAR ACTUACIONES MÍNIMAS EN MATERIA PROCESAL

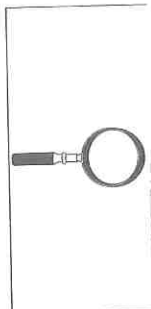
Llegados a estas alturas del discurso parece que sería el momento de recetar las aspirinas y proceder a su venta para tranquilizar al mercado ávido de consumo. Renuncio a ello. Pero lo que si voy a hacer es a proporcionar algunas pistas o algunos ejemplos que pudieran servir de muestra del cómo identificar algunos supuestos que necesitan del adecuado tratamiento. He aquí el programa de esta tarde:

### 1. Simplificar

El primer objetivo de cualquier reforma que se emprenda ha de ser, sin duda, simplificar la legislación procesal.

Es notorio que existen gran cantidad de instituciones que están reguladas una, dos y más veces en distintos cuerpos legales. ¡Esto es un lujo de país! Un país que no es rico derrocha legislación a espuestas, porque se piensa que es barato y es espejo de la actividad del cuerpo legislador. Procediendo así, lo único que se hace es sembrar el caos. Algunos ejemplos concretos en el campo procesal.

#### Algunas pistas para identificar actuaciones mínimas en materia procesal



1. Simplificar
2. Revisar estructuras
3. No magnificar instituciones procesales
4. Incidir en parámetros eficacia
5. Fomentar ADR

¿Quién no está de acuerdo en que la LOPJ debía regular con carácter general todas las materias comunes a los diversos tipos de juicios? ¿Por qué entonces tenemos reiteradas las normas en cada cuerpo legal, con criterios a veces no homogéneos y nomenclatura caprichosamente diferente?

Otro ejemplo: ¿Existe alguna justificación para que el régimen de la subasta de inmuebles sea distinto en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley Hipotecaria? Si alguien dispone de alguna razón, le ruego que me lo diga. Tomaré nota, lo estudiaré y después, a lo mejor, cambio de opinión. Si no es así, la pregunta es: ¿Por qué con ocasión de la reforma urgente del 84 se modificó sólo la ejecución inmobiliaria en la LEC y no en todo el resto de los supuestos diseminados en otras leyes en que se produce la misma situación? Vuelvo al tema de los expertos: ¿No había nadie que supiera de derecho procesal? Evidentemente todos estos datos no se le pueden ocurrir al legislador de turno, que lo que necesita es sacar el papel. Esta diversidad de una misma institución en situaciones homogéneas produce consecuencias exasperantes, que hay que evitar a toda costa.

Citaré otro ejemplo, que es el relativo al régimen de la conclusión de la fase de instrucción en el procedimiento abreviado: Las diferencias entre el procedimiento abreviado y el juicio ordinario en cuanto al

régimen del sobreseimiento y de la apertura del juicio oral son algo absolutamente injustificable. El ciudadano, en las mismas circunstancias, queda sometido a opciones de distinto signo, según cual sea el procedimiento que le toque en suerte. Y esto no parece razonable.

Simplificar significa además cortar la exhuberancia de procedimientos que tenemos. Hay unos listados tan largos de procedimientos, sobre todo civiles, que no estoy seguro de que hayamos sido capaces de identificarlos todos. Pues bien, lo que habría que hacer es borrarlos todos de un plumazo. Bastaría con disponer de un par de modelos (declarativo y ejecutivo) suficientemente sencillos, que sirvieran de cauce para casi todo, con una pequeña dosis de flexibilidad. Se hace justo lo contrario. La prueba de lo que digo la tenemos en caliente: Ahora va a promulgarse la nueva Ley de arrendamientos urbanos y se vuelve a insistir otra vez en la misma línea de proliferación de nuevos procedimientos. ¿Es esto lo que queremos? Yo creo que no.

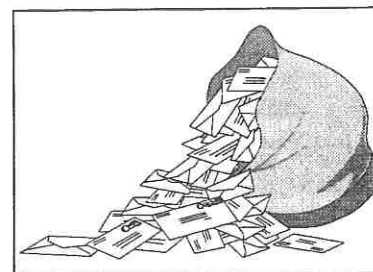
#### 2. Revisar las estructuras

Otra actuación importante es la de revisar las estructuras de determinadas actividades procesales, que se han ido formando como por aluvión. Algunos ejemplos pueden servir de elemento de juicio para entender el alcance de la proposición.

Uno de los sectores que hay que revisar a fondo, a nivel de su estructura, son los actos de comunicación. Nuestro sistema es un cúmulo de palabrería y papeleo desconcertantes. Primeramente teníamos una nomenclatura distinta, teníamos un catálogo para cada acto de comunica-

#### Actos de comunicación

Exhortos...  
Oficios...  
Requerimientos...  
Mandamientos...  
Propuestas de providencia...  
De mera tramitación...  
Interlocutorias...



ción suplicatorio, exhorto, carta-orden. Después de las reformas, hemos reducido el nombre a exhorto, pero hemos ampliado el catálogo con las propuestas de resolución y algunas zarandajas más. Todavía el trabajo instrumental de mover papel que dan los actos de comunicación es tremendo, es un lastre en el funcionamiento de nuestros juzgados y además a veces en aspectos fútiles o que no son lo suficientemente relevantes como para que ello sea así.

Por ejemplo, cuando se despacha un exhorto para practicar una prueba fuera del lugar del juicio, se reproducen una vez más, —cuando se hace—, todas las «actuaciones» para practicar el exhorto, de manera que al final acaba teniendo uno, una pila de folios de los cuales hay que hacer una purga. Al final de la misma sólo quedan diez papeles útiles. Busquemos un sistema que nos permita ahorrarnos la producción de esta basura procesal. Existen seguramente fórmulas, no sólo en nuestro sistema sino en la experiencia del derecho comparado. Habrá que recurrir a los expertos, mismo capítulo de antes. Pero lo que es una maraña es el sistema que hay en este momento de providencias interlocutorias, de las propuestas de resolución, de las providencias de mera tramitación, de las que lo son, de las que dejan de serlo, de los autos que vienen por aquí, de los autos que van por allá, con su recurso, que si son tantos o cuantos días, etc. ¿Ustedes creen que a finales del siglo XX es razonable todo este sistema de providencias instrumentales? No se me oculta que en alguna de las reformas parciales de la LEC se ha tratado con ello de potenciar la figura del Secretario judicial. Flaco servicio a esta figura. A mi entender, la revitalización se ha hecho por la vía equivocada. Seguramente los objetivos no estaban bien definidos, y evidentemente eso ha producido toda esta serie de disfunciones. Revisemos a ver si esta arquitectura que tenemos de providencias, propuestas, autos y demás letanías siguen siendo útiles o no.

Otro ejemplo de revisión de estructuras podemos tomarlo de lo que acontece en los procedimientos eminentemente escritos. Es lugar común que la escritura favorece la dispersión de la actividad procesal. Y eso acumula dilaciones innecesarias en el tratamiento de las cuestiones de fondo. Pero también es posible en un procedimiento escrito concentrar trámites y con mayor rigor que en un procedimiento oral. ¿Qué inconveniente se sigue, por ejemplo, en proponer la prueba junto con la demanda, en dar por buenas las copias de documentos salvo impugnación fundada, en concentrar las pruebas en una audiencia, y, por

supuesto, en generalizar la libertad de interrogatorio en las pruebas personales?

Estas someras observaciones confirman que revisando la estructura o disposición de alguna de las actividades procesales se pueden conseguir los objetivos prefijados en la reforma procesal. No se trata de incrustar normas de aluvión. Se trata, sobre todo, de pensar en el fundamento de las normas y en su utilidad en función de los objetivos que persiguen.

### 3. *No magnificar instituciones procesales meramente instrumentales*

Tercer punto de reflexión y tercer grupo de ejemplos: No magnificar instituciones procesales meramente instrumentales.

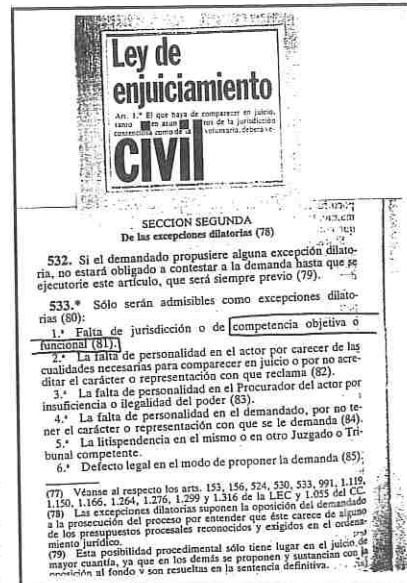
De esto tiene, en parte, la culpa la doctrina procesal. Esta se ha tenido que preocupar durante muchos años de construir las categorías procesales, la jurisprudencia la ha seguido fielmente, aceptando muchas instituciones, que no estaban en los códigos, y que ahora tienen carta de naturaleza entre nosotros. La aventura ha sido quizá apasionante para la ciencia. Pero, entre los efluvios de tanta pasión, se ha olvidado a menudo que las reglas procesales son fundamentalmente instrumentales. La propia teoría de los presupuestos procesales supone en el fondo una hipervaloración de las normas procesales. Tal vez se ha ido demasiado lejos y estamos dando ya la vuelta, nos estamos empezando a morder la cola, estamos empezando a liarnos nosotros mismos.

Acabo de mencionar hace un momento como se había tratado de potenciar la figura del Secretario Judicial a base de incrementar el tipo de providencias interlocutorias disponibles, creando un complejo sistema de actos de comunicación abrumadores. Ahora me referiré a otros casos.

Así por ejemplo: Cuando uno se lee los motivos del recurso de casación y ve que todavía existen en la ley como motivos de casación temas como la inadecuación del procedimiento, la incompetencia de jurisdicción, etc., no puede menos de asombrarse, a poco que se reflexione. Resulta que un ciudadano acude primero a un tribunal de justicia de primer grado, cargado de benedictina paciencia, y luego se pasa unos años más a la cola de un tribunal de apelación y luego, tras un ciclo vital, llega por fin al Tribunal máximo, al Tribunal Supremo,

y sucede que todavía anda buscando el tribunal competente. Ustedes se imaginan el riesgo que supone que alguna vez prospere un recurso de casación por inadecuación del procedimiento o por incompetencia de jurisdicción. Esto no puede ser. Ciertamente, no es culpa del Tribunal Supremo, no es culpa de los jueces que tienen que aplicar la ley y por tanto están cumpliendo con su misión. Se que en el auditorio están las máximas jerarquías de nuestros mejores jueces y por ello el riesgo parece conjurado. Pero ellos son los que tienen que hacer la reflexión para que no ocurra. Estos riesgos no se pueden seguir manteniendo en nuestro sistema: la competencia, básicamente, no es más que el reparto del trabajo entre los Tribunales. No es razonable que la búsqueda del Tribunal competente sea un objetivo que sólo después del recurso de casación quede fijado.

Otro ejemplo de cómo se magnifican las instituciones procesales viene motivado por la reforma del 84 y por la carga doctrinal de la teoría de los presupuestos procesales. Ustedes se acordarán de que la reforma del 84 modificó *in extremis* el artículo 533,1º de la LEC en materia de excepciones dilatorias. En esa ocasión se especificó el tenor del artículo, en su primer apartado, con referencia expresa a la falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional. Esto fue una enmienda de algún grupo parlamentario ilustrado, apercebido de que posiblemente se había incurrido en un olvido de la sesuda doctrina procesal sobre la materia y no dispuesto a dejar pasar la supuesta pifia. Había que afinar dogmáticamente. Les invito a que se lean el texto de la enmienda y las bases doctrinales que la sustentan. Pues bien: Esta doctrina que ha promocionado la excepción dilatoria, que ha promocionado el tema de la competencia como si esto fuera la meta del proceso o la búsqueda del vellocino de oro, será todo lo brillante que se quiera, pero yo no puedo suscribirla. Pero es más, si ustedes se molestan en repasar la cantidad de tinta que ha gastado



nuestra Sala Primera, y no solo la Sala Primera del Tribunal Supremo, sino también las Audiencias Provinciales y el resto de los Tribunales para definir lo que es la excepción dilatoria, lo que es el rimbombante incidente de no contestación a la demanda, la posibilidad de discutir la competencia por la vía de incidente o por la vía de excepción, o camuflada en la misma contestación a la demanda, posiblemente se den cuenta de que hemos retrocedido al medievo. Se nos han indigestado los presupuestos procesales y no superamos el empacho de las cuestiones bizantinas de turno. Por favor, no sigamos por aquí. Si la reforma procesal tiene que servir para esto, no cuenten conmigo, me parece una labor muy digna, tal vez reconfortante, pero no cuenten conmigo, porque no estoy dispuesto a suscribir este tipo de actuaciones. ¡Abajo las dilatorias, sin contemplaciones!

En fin, podríamos completar el cuadro con los excesos de la doctrina del litisconsorcio, pero seguramente ya están Uds. suficientemente imbuidos del mensaje a que se refería este rótulo y no quiero abrumarles con otra dosis.

#### 4. Incidir en los parámetros de eficacia

Una ulterior reflexión aconseja que cualquier reforma incida sobre todo en los parámetros de eficacia del proceso. Conocemos sin duda cuáles son, pero hacemos pocas cosas para sacarles partido. Una vez más, algunos ejemplos nos servirán de apoyo.

##### a) La organización

Parámetro de eficacia es el que la organización de la justicia sea tal y que funcione normalmente. ¿Lo hemos conseguido? Bueno, hay que reconocer que lo intentamos cada día y eso es reconfortante. Al menos, tenemos el objetivo claro. Pero hay situaciones que atentán abiertamente contra la meta explícita que nos hemos fijado. Tal vez algunos casos sean drásticos, pero hay que hablar sin tapujos. Así, por ejemplo: ¿Cómo es posible el derroche que suponen los Tribunales Superiores de Justicia en nuestro sistema con su actual nivel de competencias? Son organismos excelsamente capitalizados de personal, con las cabezas

más brillantes de la judicatura, pero... sin trabajo en algunas Salas. Me dirán que a lo mejor soy un inconsciente al decir esto, pero me parece tan obvio que no me resigno a hacer el papel del rey desnudo hasta que un patán lo puso en evidencia ante todo el pueblo. A lo mejor, por motivos políticos, o por motivos de decoración, hay que tolerar que esto sea así. Entonces, tienen que explicarme, otra vez, cuál es el papel del Poder Judicial y del estado de derecho y redefinirme alguno de los esquemas que había estudiado en la Constitución y que me parecían sacrosantos.

Parece también una adecuada medida de prudencia rentabilizar los recursos materiales del Estado y mejorar la gestión. No somos un país rico. Si no podemos tener una autopista que una los más ínfimos núcleos de población, tampoco podemos tener unos tribunales de justicia dotados a lo grande en cada rincón de nuestra hermosa y accidentada geografía y ello aunque se me diga que las magnitudes no son homogéneas y que una cosa no tiene que ver con la otra. Tal vez si incidiéramos algo más en rentabilizar los recursos de que disponemos y en mejorar la gestión, entonces otro gallo nos cantaría.

Ante todo se detecta que, en la actualidad, cada Poder del estado busca el organizarse a si mismo, sin ingerencias. Y dentro de cada Poder, cada estamento busca su propia comodidad ante todo. No puedo evitar en este punto el evocar, como anécdota, los Letrados de apoyo a la labor de las Salas de los que algunos Tribunales disponen y otros han buscado a su imagen y semejanza, por lo que tiene de símbolo, aunque la cita pueda ser tachada de escándalo del perfume de la Magdalena. Lo que me preocupa de la evocación es la brecha que ello introduce en la función de juzgar, que parece desdoblarse entre el Juez y el cirineo que debe simular que le ayuda a llevar la cruz. Las cruces, incluso las honoríficas, son personales y se asumen o no. Pero no puede caerse en la tentación de trasladarlas a un adlátere, porque ello es renunciar a la función. En la tentación de comodidad se refleja una vez más el problema generalizado de endogamia al que antes me refería, que no es exclusivo del Poder Judicial, es de todos los poderes, ya lo he dicho antes. También la Universidad se organiza a si misma y busca una salida cómoda para trabajar confortablemente. A mi se me antoja que el confort, más allá de la higiene o de la ergonomía, está bastante reñido con la productividad. Para rendir hay que pringarse las entretelas y seguramente dejar muchas horas en la silla incómoda. La poltrona

invita al relax y ello, si no me engaño, es sinónimo de ocio y no de trabajo.

Pero tampoco hay que exagerar con la molicie, ni volver a las cavernas. El trabajo más cómodo es también un objetivo legítimo, siempre y cuando redunde en la eficacia del sistema. El problema es que no creo que sea siempre así. Tal vez sean necesarias algunas actuaciones como introducir, con carácter de normalidad, auditorías de funcionamiento de cada organismo y de cada institución; establecer algún índice, por mínimo que sea, de productividad; revisar los criterios de movilidad de personal y las consecuencias que de ellos se derivan. Parece asimismo rentable pensar en servicios comunes y ahí está el ejemplo de los Servicios de Actos de Comunicación que se han implantado en algunos Tribunales o la centralización de cobros y pagos como objetivo a mejorar.

En fin, tal vez convenga recordar para concluir este punto que rentabilizar la gestión de los recursos humanos y materiales no es ningún ataque a la independencia del Poder Judicial. Algunas movidas o algunos brotes de inquietud que han surgido aquí y allá son pequeños sarampiones que hay que pasar. Pero la conciencia de que los recursos son finitos debería hacernos recapacitar. En este mismo sentido, también conviene añadir que tampoco se produce brecha alguna en la tutela procesal por el recurso a la iniciativa privada o a la colaboración de particulares en las tareas judiciales. Antes bien, ello no es sino la lógica implicación en el sistema de una de las fuerzas motoras del mismo.

#### *b) La duración*

Otro parámetro típico, medidor de la eficacia, es el de la duración de las actividades procesales. Sobre esto se han gastado ríos de tinta y probablemente sería mejor no agotar las reservas que puedan quedar. Pero, mentado el tema, se me va a permitir utilizar algunas gotas más.

Ante todo hay que decir que es inútil acortar los plazos procesales. Todas estas actuaciones son labores de maquillaje que no superan el brillo fugaz del primer día, pero que no resisten la confrontación con la realidad. Los plazos rígidos no se cumplen, salvo -¡oh paradoja! cuando son en perjuicio de las partes, usuarios del sistema. De esta inflexibilidad se echa mano sin escrúpulos para descargar el sistema procesal de

asuntos o de actividades precluidas. Por lo tanto, no seamos ilusos, no juguemos a acortar los plazos como criterio para acelerar la duración del proceso. La reforma no puede ir por ahí.

Tampoco se puede tratar de acortar la duración del proceso por vías que inciden de lleno en el corazón de la tutela procesal. El ejemplo más significativo de esta actuación en los últimos años ha sido el capítulo de la inadmisión de los recursos. No se quiere que la gente recurra, porque carga el sistema de más trabajo. El pistoletazo de salida lo dio en su momento el Tribunal Constitucional. A las poquísimas fechas de haberse creado, paró mientes en que los ciudadanos utilizaban el recurso de amparo con profusión. Había que cortar el despilfarro para no colapsar al Tribunal y así se introdujo legislativamente el famoso trámite de admisión del recurso. La idea y el modelo fueron exportados luego a la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Admito que el remedio haya producido una reducción drástica de asuntos, de veintún mil a cuatro mil, como creo recordar decía el Fiscal General de Estado esta mañana. Pero yo, desde luego, no puedo culpar con este tipo de reformas. Me parece que no estoy solo en esta apreciación. Aquí pueden ver lo que dice una voz en el último OTROSI del Colegio de Abogados de Madrid: El Tribunal Constitucional «se está quitando de encima, literalmente hablando, muchas demandas de amparo con evidente contenido constitucional». Cualquiera que se asome y que se lea los autos de inadmisión tendrá que admitir que esto es cierto. Yo no digo que el Tribunal Constitucional y la Sala 2ª del Tribunal Supremo no tengan el don de la ciencia infusa. Pero, el rechazo del recurso *in limine* aunque sea por unanimidad, por el hecho de que haya otros muchos aparentemente iguales, no cumple con los principios esperados de la tutela efectiva. En estos casos, se resuelve la cuestión de fondo bajo el paraguas de la inadmisibilidad, con grave afrenta dogmática al concepto de «admisibilidad» y con gravísimo quebranto de la garantía



del derecho al recurso, cuando este aparece formulado a través motivos típicos. Es decir, no se puede dar una respuesta por la vía de la inadmisibilidad cuando el recurso plantea seriamente una cuestión de fondo por los cauces establecidos. Así, por ejemplo, no se puede inadmitir un recurso de amparo apelando a que la congruencia es una cuestión de legalidad ordinaria o a que en el caso debatido no tiene trascendencia constitucional. Cuando, como ocurre con esta institución, ya existe una doctrina jurisprudencial consolidada de signo contrario, no queda más remedio que admitir el recurso a trámite y resolver la cuestión entrando en el fondo.

Por eso, para mí, este tipo de actuaciones legislativas que pretenden acortar el número de asuntos pendientes en los Tribunales a base de trabas no objetivas y que se convierten en aleatorias, no las trago y me he quedado tranquilo después de decirlo, aunque no quiero que se lo tomen a pecho.

Para no citar ejemplos meramente negativos de lo que no se debe hacer, conviene echar en el platillo de la balanza algunas actuaciones de signo positivo. Entre la multitud de ejemplos que podrían citarse recordaremos algunos a continuación.

Ya he puesto de relieve con anterioridad como la simplificación de las actuaciones y la revisión de la arquitectura de algunas instituciones redundan en beneficio del sistema. Obviamente, la simplificación de trámites aligera el pleito.

No hay inconveniente tampoco en meditar el establecimiento de fórmulas disuasorias del litigio, de tal manera que éste no sea rentable para el que no tiene razón. Tengo la impresión, que en este momento no puedo documentar *in extenso*, de que nuestro sistema prima precisamente a los litigantes que juegan al pleito como negocio o como estrategia y abrumba a los que fundamentalmente tienen algo que perder, aunque estén cargados de razón. Se produce así un efecto no deseado, que choca con los objetivos programados de la institución.

Es hora de exigir también un cambio de conducta en la Administración Pública, primera usuaria del sistema. Simplemente con no reenviar a litigio todas las cuestiones que les plantean los administrados y que los Tribunales resuelven una y otra vez, se aligeraría un buen número de asuntos. ¿Cómo es posible exigir del ciudadano que pase por el trance del pleito individual, si es un tema ya resuelto con profusión en vía judicial? La extensión de los efectos beneficiosos de una

condena a todos los que se encuentren en las mismas circunstancias podrían ayudar a este cambio de mentalidad. De lo contrario, el uso del sistema se convierte en un abuso y proporciona un pésimo ejemplo de comportamientos no razonables que fomentan el pleito por el pleito.

Ya que todo litigio necesita inexcusablemente de tiempo para definirse, no hay más remedio que revisar los criterios que rigen las medidas cautelares y la ejecución provisional. Probablemente habría que invertir o cambiar de signo algunos de los presupuestos exigidos hasta ahora, porque se convierten en barreras contra el litigante que, a la postre, tiene razón.

También hay que considerar la conveniencia de invertir los efectos de la rebeldía. Después de un correcto emplazamiento del demandado, que no provoca su personación y su oposición a la demanda, podría sin duda optarse por un ahorro de actividad procesal, ya que la mayoría de la que ahora se realiza es superabundante.

Es aconsejable asimismo extender los títulos ejecutivos y favorecer su creación, identificando los supuestos en que ello es posible. Aun sin necesidad de introducir un juicio monitorio en nuestro sistema, podrían revisarse los procedimientos de preparación de títulos ejecutivos ya existentes en nuestra ley para darles virtualidad real y no meramente teórica.

En el proceso penal hay que primar la tutela de la víctima, volviendo a releer lo que ya está en el frontis de nuestra LECr. Se ha avanzado un montón en el capítulo de garantías del imputado y hemos relegado las víctimas de los delitos al ostracismo más absoluto. Entre otras cosas, probablemente habría que revisar el régimen de la acción civil derivada de delito y, desde luego, habría que revitalizar el uso de las medidas cautelares patrimoniales.

En fin, debe revisarse el sistema de cobros y pagos en nuestros organismos judiciales. Las reformas introducidas han facilitado sin duda el ingreso de dinero, pero han convertido en inexpugnables las cajas fuertes en donde se deja. ¡Cobrar una indemnización depositada en un Juzgado supone meses, aun cuando la resolución sea firme!

Tengo miles de ejemplos más pero no les quiero cansar porque ahora no es el momento de vender las aspirinas.

### c) *El coste*

En materia de costes, seguramente, poco se puede hacer más. Los criterios legales actuales son bastante razonables. Después de

las últimas reformas hemos llegado al máximo teórico posible: gratuidad de la justicia, en cuanto a tasas. La tutela procesal no cuesta nada, salvo, básicamente, honorarios de abogado, procurador y publicidad.

Aquí la reflexión es de signo contrario. Hagan las reformas que quieran, pero el coste seguirá existiendo. Aunque sea mentar la soga en casa del ahorcado, me pregunto cuando volveremos a tener un coste a nivel de tasas. También en su momento se optó por la gratuidad de la cultura, de los museos, de las prestaciones más ínfimas de la Seguridad Social. Hoy se ha dado marcha atrás, porque ese peso no lo soporta ningún sistema, sin pasar cuentas tarde o temprano. La reflexión la introduzco, a pesar de que pueda parecer un contrasentido, porque los grandes beneficiarios de la gratuidad no son realmente los ciudadanos, sino, en primer lugar, los grandes consumidores de justicia. Y esta es la paradoja, porque a ellos sí que les salen las cuentas.

Aun siendo somero el apunte sobre el calificativo de razonable que merece esta parámetro de coste, puede añadirse que el tema no está agotado. Así, por ejemplo, por insinuar algunos apuntes más: hay que introducir expresamente la regla de la proporcionalidad en materia de condena en costas, hay que revisar la aplicación de los criterios legales de imposición de costas para que no se produzca lesión al litigante victorioso, hay que proscribir por impresentable aquella norma colegial que establece que las costas a cargo de la parte contraria deben reducirse al mínimo y que el suplemento hay que pasárselo al propio cliente, vale la pena revisar los criterios de publicidad en diarios oficiales y, como no, habría que hacer balance de los costes inducidos por un pleito.

### d) *La ejecución*

El último parámetro de eficacia es el de la ejecución. Como este tema será objeto de otra ponencia específica esta tarde, aquí sólo quiero hacer un apunte simbólico, que lo resume todo: ¿Qué más se puede hacer para devolver al vocablo «*inmediatamente*», que figura en el art. 926 LEC, su significado gramatical? ¿Qué nueva reforma se nos puede ocurrir simplemente para que la ley se cumpla? Basta con que cada uno haga su reflexión personal para saber dónde estamos.

## 5. Fomentar el ADR

Y al final, para concluir este capítulo de pistas, el último apunte que quiero introducir es el de fomentar el ADR. El ADR no es ningún ácido que se haya descubierto recientemente, sino que son unas siglas inglesas que se han popularizado, y que significan, como es sabido, «resolución alternativa de disputas». En este capítulo se exige un cambio total de la mentalidad imperante hasta el presente.

Durante años hemos fomentado la cultura de la guerra, del proceso como guerra, del proceso con las lanzas, con las escopetas, con los tanques, las tácticas de combate, las guerrillas de aburrir al contrario con escaramuzas procesales. La doctrina debe asumir también su tanto de culpa. Esta filosofía es contraproducente para el funcionamiento del sistema de acuerdo con lo que cabe esperar de él en el momento y las circunstancias históricas en que nos encontramos.

Hay que empezar por rescatar instituciones que hemos enterrado sin pena de gloria. Ahí está la conciliación, que injustamente postergamos, tachándola de inútil, cuando lo que fracasaba era su puesta en escena. Ahí está la amigable composición, que hemos camuflado en una ley de arbitraje ciertamente moderna, pero la amigable composición era otra cosa. Se trata en definitiva de instrumentalizar una cultura del pacto, que estoy convencido de que podrá aportar al sistema mejor hálito que la cultura de la guerra hasta ahora imperante. En este capítulo, la llamada no es sólo a los operadores jurídicos particulares, sino también al Poder judicial. Es de esperar un criterio judicial favorable a los medios alternativos. No se puede considerar a los medios alternativos como un tema de revancha o como un tema de



pérdida de parcelas de poder, o de inmunidad de la tutela judicial. Este punto ya lo he explicado con más detenimiento en otro lado y allí me remito (Vid. JUSTICIA 1994). Sólo he querido recordarlo para completar mi discurso.

Y hasta aquí llega mi ya larga reflexión en esta tarde de verano. Ha sido una reflexión de tipo personal, a la cual pueden cortársele sin reparo todas las aspiraciones de que sirva de mensaje. Lo único a lo que puede llevar, por mi parte, es a agradecerles la paciencia que han tenido de seguirme y de escuchar los exabruptos que he tenido el privilegio de dirigirles durante esta hora nona. Muchas gracias por su comprensión.

## CGPJ Y TRIBUNALES DE MENORES<sup>1</sup>

JOSÉ DE LOS SANTOS MARTÍN OSTOS  
CATEDRÁTICO DE DERECHO PROCESAL

### I. INTRODUCCIÓN

Durante dilatados períodos de la historia, los menores infractores fueron sometidos a la misma normativa penal y procedimental que los delincuentes adultos, en términos generales. Aunque no han faltado ejemplos de una atención especial hacia los menores que cometían un delito o una falta (en España, pueden citarse el famoso Padre de Huérfanos, de Valencia, o los Toribios de Sevilla, entre otros), lo cierto es que esa ha sido la situación largamente vigente, también en nuestro país.

Basta con aproximarse a determinadas manifestaciones artísticas, en las que ha quedado magistralmente plasmada dicha realidad, para comprobar la exactitud de lo afirmado. Estancias en calabozos de guardia, conducciones a cargo de la fuerza pública, enjuiciamiento según las reglas comunes de procedimiento, permanencia en prisiones

---

<sup>1</sup>Ponencia presentada en el Congreso Internacional de Derecho Procesal de Castilla y León (Valladolid, 28 a 30 de septiembre de 1994).

junto a criminales maduros, etcétera, con todo lo que ello pudiera significar para la salud e integridad física y moral de los niños inadaptados, han sido estampas completamente familiares para los ojos de las sociedades que nos han precedido en el tiempo.

Por ello, no sorprenden en absoluto las iniciativas que a lo largo del tiempo (especialmente, durante el siglo pasado, en consonancia con otras preocupaciones sociales) fueron conformando un movimiento en pro de la salida del menor infractor de los textos ordinarios tanto penales como de procedimiento. Iniciativas que, al igual que en otros aspectos de la organización social y política, parten muchas veces de particulares, y que no suelen obedecer a una sola causa sino que, por el contrario, se deben a la confluencia de diversos factores (salud e higiene, mendicidad y abandono, familia, religión, educación, política, delincuencia, etcétera).

Como hemos afirmado en otra ocasión, la tónica general estuvo marcada durante muchos años por un paternalismo filantrópico, más encorsetado por criterios de beneficencia y asistencia social que inspirado en principios jurídicos. Ello no debe conducirnos, lógicamente, a una descalificación global de la pasada historia de la jurisdicción de menores en España; en dicha obra ha habido sus sombras y sus luces.

Sin embargo, no falta quien plantea una crítica más incisiva; así, en la Memoria conjunta del Primer curso de especialización de Jueces de Menores (Centro de Estudios Judiciales, Madrid, junio de 1988), se lee: «puede decirse que el nacimiento de estas jurisdicciones especiales sirvió como coartada ideológica para un auténtico control de los menores asentados en las áreas urbanas industrializadas, donde los mecanismos informales de control social estaban muy debilitados. De hecho, el primer Tribunal Tutelar español empezó a funcionar en una ciudad de características similares a Chicago, cual fue Bilbao, que presentaba los mismos problemas derivados de la rápida industrialización». Modestamente, pensamos que no sería ésta la meta perseguida por los pioneros de la jurisdicción de menores en nuestro país; por el contrario, más razonables nos parecen las consideraciones apuntadas con anterioridad.

Aunque se han pretendido encontrar en el continente europeo algunas medidas legales concretas a favor de un tratamiento especial para los niños inadaptados, que en opinión de ciertos autores podrían constituir precedentes históricos de la materia que comentamos, la

verdad es que el primer paso de importancia en este terreno se produjo en los Estados Unidos de América, a finales del siglo diecinueve. Hoy día no se cuestiona que fue allí donde por primera vez se establecieron unos órganos específicos para el tratamiento del menor infractor que, a partir de la experiencia de Chicago, se difundieron por toda la nación y, posteriormente, con las oportunas adaptaciones, fueron importados por la mayoría de los países del mundo.

En España, el niño autor de un delito o de una falta estaba sometido al Código Penal y a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin que hubiera unos órganos jurisdiccionales específicos para su conocimiento; llama la atención el silencio al respecto de la Ley Provisional sobre organización del Poder Judicial, de 1870, así como de la Ley Adicional a la Orgánica del Poder Judicial, de 1882.

También en nuestro país se percibe, desde finales del siglo diecinueve, un movimiento de preocupación por el menor infractor (de obligada cita son los nombres de Avelino Montero Ríos Villegas y de Gabriel Marfa de Ybarra y de la Revilla); ello se concretará más tarde (especialmente, a partir de la innovación surgida, como hemos apuntado, en los Estados Unidos de América y, luego, extendida por las principales naciones de Europa) en la aspiración a su salida de los textos legales penales y procedimentales comunes. Como prueba de lo afirmado, ya en el corriente siglo, pueden citarse una serie de intentos legislativos para la instauración de unos tribunales dedicados exclusivamente al niño inadaptado.

Entre dichas iniciativas (todas frustradas, pero que sin duda sirvieron de cimentación para el logro alcanzado en 1918), hay que destacar las siguientes:

– Proyecto de ley de Tribunales para niños, de 28 de octubre de 1912, presentado por el ministro de Gracia y Justicia Diego Arias de Miranda. Propone un órgano jurisdiccional unipersonal, con la adscripción a cada Tribunal de un Fiscal y de un Secretario.

– Congreso Nacional de Protección a la Infancia, celebrado en Madrid en 1914. Avelino Montero Ríos Villegas presentó una ponencia abogando por el establecimiento de un Tribunal para niños en cada partido judicial, compuesto por el Juez de Primera Instancia y el Secretario Judicial correspondientes

– Proyecto de ley de Tribunales para niños, de 1 de noviembre de 1915, siendo ministro de Gracia y Justicia Manuel de Burgos y Mazo.

En el mismo se establece, en el párrafo segundo de su artículo primero, que: «Constituirán estos Tribunales una jurisdicción especial, ajena por completo a la administración de justicia ordinaria...». Cada Tribunal para niños estará constituido por un juez especial, designado libremente por el ministro de Gracia y Justicia, «entre personas pertenecientes a la carrera judicial, o ajenas a ella» (artículo quinto). El secretario del tribunal será designado por el propio juez, bajo su responsabilidad (artículo sexto).

– Proyecto de ley de Tribunales para niños, de 5 de febrero de 1917, siendo ministro de Gracia y Justicia Juan Alvarado y del Saz. En éste se dispone, como regla general, que dichos Tribunales se formarán por el juez de primera instancia y el secretario judicial; no obstante, se añade que «podrán ser nombrados jueces del Tribunal de niños personas pertenecientes o ajenas a la carrera judicial» (base primera).

En suma, con independencia de los antecedentes históricos propios, puede afirmarse que en España el movimiento en pro de una jurisdicción especial para niños infractores toma cuerpo a partir del establecimiento de unos tribunales de esta clase en los Estados Unidos de América y de su posterior difusión por algunos países europeos.

## II. LA APARICIÓN DE LOS TRIBUNALES PARA NIÑOS EN ESPAÑA

Por fin, el 2 de agosto de 1918 (publicada el día 15) se aprueba una Ley de Bases de Tribunales para Niños, siendo ministro de Gracia y Justicia Alvaro Figueroa.

En la base primera se prescribe la organización de un «Tribunal especial para niños» en todas las capitales de provincia y en algunas cabezas de partido (en aquellas en que existan establecimientos especiales consagrados a la educación de la infancia abandonada y delincuente). Éste se constituirá, bajo la presidencia del Juez de primera instancia, con dos Vocales designados por la Junta provincial de Protección a la infancia. Se contempla la posibilidad de nombrar a persona extraña a la Carrera judicial también para el cargo de Presidente del Tribunal de niños. Como Secretario del Tribunal actuará el del Juzgado de primera instancia respectivo.

Conocerá de las apelaciones, sin posterior recurso, una Comisión del Consejo Superior de Protección a la Infancia, formada por tres personas, una de las cuales será el funcionario de mayor categoría judicial del propio Consejo, que ejercerá las funciones de Presidente (base tercera).

Cumpliendo lo dispuesto en la Ley de Bases de 2 de agosto, por Real Decreto de 25 de noviembre (publicado el 27) se dispone la publicación en la Gaceta de Madrid de la Ley sobre Organización y atribuciones de los Tribunales para niños, siendo ministro de Gracia y Justicia José Roig y Bergadá.

En el artículo primero de la Ley se recoge, en líneas generales, lo dispuesto en la anteriormente citada base primera, con las particularidades de que se «designarán también dos Vocales suplentes para sustituir en su caso a los Vocales propietarios de estos Tribunales» y de que el Presidente de la Audiencia provincial hará las designaciones del Juez de primera instancia («en las poblaciones donde haya más de un Juez de los de esta clase»), del Juez especial (cuando, por exigencia del «número de menores delincuentes», deba ejercer esta jurisdicción exclusivamente) y del Secretario del Tribunal.

Los cargos no estarán remunerados, «pero serán compatibles con cualquier otro o con el ejercicio de alguna profesión o industria» (artículo segundo).

En cuanto a la composición de la Comisión del Consejo Superior de Protección a la Infancia, encargada del conocimiento de las apelaciones, se respeta literalmente lo prescrito en la base tercera, con el añadido aclaratorio de que los dos Vocales que no desempeñan la presidencia «serán designados por el mismo Consejo» (artículo cuarto).

Por Real Decreto de 10 de julio de 1919 (publicado el 13) se aprueba el Reglamento provisional de la Ley sobre Organización y atribuciones de los Tribunales para niños, siendo Presidente del Consejo de Ministros Antonio Maura y Montaner.

En el mismo, entre otros aspectos de interés, para nuestro objeto destacan los siguientes: se habla de «Tribunal especial para niños» (artículo primero), se mantiene la posibilidad de que los cargos de Presidente del Tribunal y su suplente recaigan sobre «personas que no pertenezcan a la carrera judicial» (artículo segundo), para la sustitución de la presidencia del Tribunal, se estará a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial para casos análogos (artículo tercero), la

designación de Vocales propietarios y suplentes podrá recaer en personas de uno u otro sexo que reúnan las exigencias legales, «siempre que sean mayores de veinticinco años, debiendo ser preferidas en igualdad de condiciones aquellas que revistan la cualidad de padres o madres de familia, respectivamente» (artículo sexto), los cargos, una vez aceptados, son irrenunciables, salvo «en virtud de legítima excusa» (artículo octavo), cabe la separación del Presidente y de los Vocales del Tribunal, así como de sus respectivos suplentes (artículos noveno y décimo), en las poblaciones en que haya varios Juzgados de primera instancia, «todos los Jueces propietarios turnarán por año en el cargo de presidir el Tribunal» (artículo once), el Presidente de la Audiencia provincial designará libremente el Secretario judicial del Tribunal para niños, el cual podrá designar a su vez a quien haya de sustituirle (artículos doce y trece) y el Secretario general del Consejo Superior de Protección a la Infancia actuará como Secretario de la Comisión encargada del conocimiento de las apelaciones, aunque podrá delegar en un Oficial que le sustituya (artículo diecisiete).

Además, los Tribunales para niños se comunicarán entre sí, y con los Jueces, Tribunales y Autoridades de otro orden, «por medio de atento oficio» (artículo cuarenta y uno), podrán requerir el concurso y auxilio de los anteriores (artículo cuarenta y dos), no se suscitarán cuestiones de competencia «entre los Tribunales especiales para niños ni entre estos Tribunales y los demás Jueces y Tribunales del fuero común» y las «cuestiones relativas a atribución jurisdiccional que pudieran surgir» entre todos ellos se resolverán por la Comisión del Consejo Superior de Protección a la Infancia (artículos cuarenta y cuatro y cuarenta y cinco); finalmente, se ordena que «tan luego comience a funcionar en determinado territorio un Tribunal para niños le serán remitidos por los Jueces municipales del mismo territorio, los Jueces de instrucción y la respectiva Audiencia provincial todos los procedimientos que ante ellos se hallen en curso y sean de la competencia del expresado Tribunal, a fin de que pueda adoptar éste las oportunas medidas para continuarlos y resolverlos con arreglo a derecho» (disposición transitoria).

El panorama es a partir de ahora bien diferente. Se ha sacado al menor infractor del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, atribuyendo el conocimiento de las conductas de inadaptación social y constitutivas de delito o falta a un órgano especial. Este

Tribunal, denominado para niños, no está constituido siempre (sino, más bien, todo lo contrario) por miembros pertenecientes a la carrera judicial y, por supuesto, se ubica fuera de la organización judicial ordinaria, especialmente en lo relativo a la apelación. Nos encontramos, pues, ante un órgano de características especiales, con notable influencia del Poder ejecutivo, encargado de administrar sobre los menores una justicia distinta a la que tradicionalmente se venía haciendo. La intención, obviamente, parece buena; tal vez la cuestión se plantee, desde la perspectiva actual, en si no hubiera podido adoptarse entonces mejor solución.

De todas formas, el primer paso legislativo se ha dado. Desde el punto de vista penal y procesal el logro es muy importante. En cierta manera, parece haberse producido un movimiento pendular, a los que tan acostumbrados nos tiene la historia, habiéndose pasado de un extremo a otro.

### III. TREINTA AÑOS DE EVOLUCIÓN LEGISLATIVA.

La normativa de la naciente jurisdicción de menores española, con las características apuntadas, sufre una serie de incidencias legislativas hasta llegar al actual texto refundido de 1948. Son treinta años de evolución (meramente formal, en la mayoría de las ocasiones) que, a través de distintos momentos históricos y diferentes regímenes políticos, mantiene hasta nuestros días inalterado en lo sustancial el primitivo esquema. Los Tribunales para niños continúan fuera del Poder judicial, servidos por personal no perteneciente a la carrera ni a los cuerpos al servicio de la Administración de justicia, y actuando con arreglo a normas procesales propias, bien ajenos a lo que se entiende por órganos de la jurisdicción ordinaria.

Hecha dicha advertencia, procedemos a la cita, junto con un breve comentario, de las principales disposiciones legales promulgadas durante ese periodo. Así:

– Real Decreto-ley de 15 de julio de 1925 (publicado el 16), de la Presidencia del Directorio Militar, aprobando el proyecto de reforma de la de 25 de noviembre de 1918, sobre organización y atribuciones de

los Tribunales tutelares para niños (se le añade a la denominación anterior el calificativo de tutelares). Entre otras cuestiones, se dispone que los Presidentes y los Vocales, así como los suplentes de uno y otros, serán «mayores de veinticinco años, elegidos todos entre aquellas personas que residan en el territorio en que han de ejercer la jurisdicción y que por su práctica pedagógica, condiciones de su actuación social o por sus conocimientos profesionales, se hallen más indicadas para el desempeño de la función tuitiva que se les encomienda». El Presidente (propietario y suplente) será nombrado por el Ministerio de Gracia y Justicia; los Vocales (de ambas clases, también) lo serán por las Juntas provinciales de Protección a la Infancia; el Secretario lo será por el Ministerio, a propuesta del mismo Tribunal, sobre persona «perfectamente especializada en los estudios de enjuiciamiento y protección de menores, reuniendo, además, las condiciones precisas de moralidad para el desempeño de su cargo»; es decir, se separan las Secretarías de los Tribunales para Niños de las de los Juzgados de Primera Instancia (artículo primero). Por otra parte, el Presidente de la Comisión del Consejo Superior de Protección a la Infancia, encargada del conocimiento de las apelaciones, será nombrado por el Ministerio de Gracia y Justicia y en él habrá de «concurrir necesariamente la circunstancia de pertenecer o haber pertenecido a la carrera judicial»; los restantes Vocales (propietarios y suplentes) serán designados por el mismo Consejo (artículo cuarto). Además, se crea la llamada Comisión directiva de los Tribunales, encargada de la creación, organización y funcionamiento de éstos (artículo séptimo).

– Real-Decreto de 6 de septiembre de 1925 (publicado el día 8), de la Presidencia interina del Directorio Militar, aprobando el Reglamento provisional para ejecución de la Ley de Tribunales tutelares para niños de 25 de noviembre de 1918, reformada por Real-Decreto de 15 de julio de 1925. En éste se dispone que el Tribunal tutelar para niños está constituido por un presidente, dos vocales y un secretario (artículo primero); éste último deberá ser letrado o haber prestado servicio como secretario habilitado en un Tribunal para niños antes de la promulgación del Reglamento (artículo segundo); se regulan, también, las suplencias (artículos sexto a octavo), las separaciones de sus cargos de los Presidentes, vocales y secretario (artículo diez), los funcionarios que prestan sus servicios en estos Tribunales (artículo catorce), la composición de la Comisión directiva (artículos diecisiete y siguientes), etcétera.

– Real Decreto-ley de 3 de febrero de 1929 (publicado el 6), de la Presidencia del Directorio Militar, aprobando, con el carácter de ley, el proyecto de reforma y adaptación del Decreto-ley de 15 de julio de 1925, sobre organización y atribuciones de los Tribunales tutelares para niños. En el mismo se crea, al lado del Presidente del Tribunal, la figura del Vicepresidente (artículo primero), que será nombrado por el Ministro de Justicia y Culto (artículo tercero); en cuanto al Secretario, se especifica que deberá ser «mayor de veintitrés años» y que «reúna, además, la cualidad de Licenciado de Derecho o sea Secretario» (artículo cuarto); en la Comisión encargada de las apelaciones, igualmente, se crea la figura del Vicepresidente, nombrado por el Ministro (artículo quinto). En todo su articulado se sustituye la denominación de Tribunales Tutelares para Niños por la nueva de Tribunales Tutelares de Menores.

– Real Decreto de 3 de febrero de 1929 (publicado el día 7), de la Presidencia del Directorio Militar, aprobando el Reglamento para la ejecución de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores. Entre otros aspectos, destacamos los siguientes: separación de los Presidentes y Vicepresidentes de los Tribunales y de la Comisión de Apelación, así como de los Vocales y Secretario de ambos órganos (artículo sexto); constitución de la Comisión directiva (artículos doce a diecinueve) e inspección (artículos ciento dos a ciento cinco).

– Decreto de 16 de junio de 1931 (publicado el día 17), revisando el anterior. Se modifica la Comisión de Apelación y se introducen reformas en materia de suplencia, separación, habilitación y nombramiento de sus miembros.

– Decreto de 30 de junio de 1931 (publicado el día 1 de julio), siendo Ministro de la Gobernación de la República Miguel Maura. Se aclara el anterior; afecta a la Comisión de Apelación y a la Directiva.

– Decreto de 14 de agosto de 1931 (publicado el día 15), siendo Ministro de la Gobernación de la República Miguel Maura. Se reorganiza el Consejo Superior y las Juntas provinciales y locales de Protección a la Infancia.

– Ley de 15 de septiembre de 1931, de las Cortes Constituyentes, declarando Leyes de la República la Ley y el Reglamento de la Dictadura Militar, al considerar como tal el Decreto de 16 de junio de 1931, sobre revisión de la obra legislativa de la Dictadura, en el que iba comprendida la Ley de 3 de febrero de 1929 y su Reglamento.

– Decreto de 16 de abril de 1932 (publicado el día 17), siendo Presidente del Consejo de Ministros de la República Manuel Azaña. Se dispone que el Consejo Superior de Protección a la Infancia, constituido en el Ministerio de la Gobernación, se incorpore al Ministerio de Justicia, con la denominación de Consejo Superior de Protección de Menores.

– Ley de bases, de 26 de agosto de 1932. Se reorganiza el Tribunal de Menores de Madrid, con un Juez único.

– Ley de 13 de diciembre de 1940. Se restaura el articulado de la Ley y el Reglamento de mil novecientos veintinueve, cubriendo los vacíos que habían producido en su texto las disposiciones derogatorias de la República.

– Leyes de 25 de enero de 1941 y de 13 de enero de 1942, reformando el Reglamento, afectando a la Comisión de Apelación, a la vez que se admite, como excepción, el Juez Tutelar unipersonal, manteniendo en general el Tribunal colegiado .

– Decretos de 26 de julio (publicado los días 2 y 3 de agosto) y de 25 de septiembre de 1943 (publicado el día 9 de octubre), a propuesta del Ministro de Justicia. Se modifica el Decreto de 16 de abril de 1932, reorganizando el Consejo Superior de Protección de Menores y las Juntas provinciales y locales de Protección de Menores.

#### IV. EL TEXTO REFUNDIDO DE 1948

Por Decreto de 11 de junio de 1948 se aprueba el texto refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores; su justificación se explica entonces por «la diversidad de disposiciones que en la actualidad regulan el funcionamiento de los organismos jurisdiccionales encargados de enjuiciar y sancionar las infracciones punibles cometidas por los menores de dieciséis años».

Además del interés histórico, la razón de su comentario en las presentes consideraciones radica en que, a pesar del tiempo transcurrido, continúa constituyendo en esencia la base fundamental de nuestro ordenamiento procesal de menores (no así, obviamente, en lo relativo a los aspectos de organización que constituyen el objeto de este

trabajo). Las recomendaciones hechas por el Tribunal Constitucional, en orden a la imperiosa necesidad de una nueva legislación de menores, no han surtido aún el efecto deseado.

En el artículo primero, párrafo primero, de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, aprobada por el citado Decreto, se establece que: «...se organizará un Tribunal Tutelar de Menores, compuesto de un Presidente y un Vicepresidente, de dos Vocales propietarios y dos suplentes, mayores de veinticinco años, de moralidad y vida familiar intachables, elegidos todos entre aquellas personas que residan en el territorio en que han de ejercer su jurisdicción y que por sus conocimientos técnicos se hallen más indicadas para el desempeño de la función tuitiva que se les encomienda». En los párrafos siguientes del mismo precepto se contemplan las figuras del Juez unipersonal y de su correspondiente suplente. El Reglamento para la ejecución de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores (aprobado por el mismo Decreto) añade a los requisitos apuntados la conveniencia de que los Vocales revistan la cualidad de padres o madres de familia (artículo primero).

Los Presidentes, Vicepresidentes y los Jueces unipersonales serán nombrados por el Ministro de Justicia, a propuesta del Consejo Superior de Protección de Menores, y su nombramiento deberá recaer en Licenciados en Derecho que reúnan las condiciones previstas en el artículo primero y no ejerzan otra jurisdicción Judicial. El Consejo Superior designará los Vocales propietarios y los suplentes de los Tribunales Tutelares. En general, los cargos de Presidente, Vicepresidente y Vocal de los Tribunales colegiados serán gratuitos y no otorgarán derecho ni condiciones de ningún género ni para ninguna función, pero serán compatibles con cualquier otra o con el ejercicio de alguna profesión o industria (artículo tercero de la Ley).

En cada Tribunal de Menores habrá un Secretario, nombrado por el Ministro de Justicia, procurando que sea persona mayor de veintitrés años, especializada en los estudios de reforma y protección de menores, con condiciones precisas de moralidad y Licenciado en Derecho (artículo cuarto de la Ley).

Actuará como Tribunal de Apelación una Comisión del Consejo Superior de Protección de Menores, cuyos miembros serán nombrados por el Ministro de Justicia (Presidente y Vicepresidente) y por el propio Consejo (los Vocales), entre Letrados con los requisitos de moralidad exigidos por el artículo primero de esta Ley; también, el Ministro de

Justicia nombrará un Secretario para dicha Comisión de Apelación (artículo quinto de la Ley).

La separación de sus cargos será decretada por el Ministro de Justicia o por el Consejo Superior, según proceda, siempre con justa causa y previa formación de expediente (artículos séptimo de la Ley y sexto del Reglamento).

Queda clara, pues, la no exigencia de la condición previa de Juez o Magistrado para ejercer las funciones correspondientes en los Tribunales Tutelares de Menores, ni de su órgano de apelación; tampoco se exige la condición de fedatario judicial de carrera para ostentar la Secretaría en los mismos.

El Reglamento regula, igualmente, el auxilio judicial y de autoridades de otra naturaleza (artículo veintisiete), así como las cuestiones jurisdiccionales que puedan surgir entre los distintos Tribunales de Menores, o entre éstos y los de otra jurisdicción (artículo treinta).

La Inspección de los Servicios de los Tribunales Tutelares de Menores, y el conocimiento de cuanto afecta a la corrección disciplinaria de los Presidentes, Jueces, Vicepresidentes, Vocales y funcionarios de estos Tribunales por el incumplimiento de sus deberes en el ejercicio de sus funciones o en desprestigio de sus cargos, será de la exclusiva competencia del Consejo Superior, sin perjuicio de la facultad que corresponde al Presidente de cada Tribunal o Juez tutelar para inspeccionar y corregir a sus auxiliares (artículo ciento dos del Reglamento). Todo ello sin perjuicio de la facultad del Ministro de Justicia de acordar la formación de expediente a los Jueces y demás funcionarios de los Tribunales Tutelares de Menores, cuya tramitación podrá encargar a alguno de los miembros de la Comisión de Apelación o del Consejo Superior (artículo ciento cinco del Reglamento).

Finalmente, el citado Decreto de once de junio de 1948, además de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores y el Reglamento para su ejecución, aprobó el Estatuto de la Unión Nacional de Tribunales Tutelares de Menores. Conforme a su artículo primero, «se reorganiza en España la Unión Nacional de Tribunales Tutelares de Menores, que se regirá por el presente Estatuto y tiene por objeto establecer vínculos de unión entre los distintos Tribunales de esta índole en aras del interés por toda especie de cuestiones relativas a la misión que les está confiada en orden a la protección y reforma de los menores encomen-

dados a su jurisdicción». Se establece el Ministerio de Justicia como sede de dicha Unión (artículo tercero).

Como puede verse, el texto de 1948 mantiene la línea originaria de la jurisdicción de menores en nuestra patria, refundiendo en general las peculiaridades legislativas anteriores; se continúa regulando ésta al margen de la jurisdicción ordinaria, con el carácter de especial en vez de especializada. También, se mantienen las competencias en materia de reforma y de protección.

Sin embargo, más adelante, esta realidad no será pacíficamente admitida por toda la doctrina y comenzará a ser cuestionada por un sector de ella; de este modo, conforme transcurren los años y se conocen otros modelos de Derecho comparado, junto a las exigencias de la ciencia procesal, se producen manifestaciones contrarias a la permanencia de dicha situación. Paulatinamente, un sector de autores comienza a denunciar tanto la organización de los propios Tribunales Tutelares como sus normas de procedimiento (entre otros, pueden citarse Martín Ostos y Mendizábal Osés, quienes en el año 1973 proponen, respectivamente, que los órganos de menores deben incardinarse en la jurisdicción ordinaria, como especializados, y no constituir una jurisdicción especial). Esta corriente reformadora hallará su respaldo legal definitivo en el texto constitucional actual, restaurador del sistema político democrático en nuestro país.

## V. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

Son diversos los preceptos constitucionales —de carácter orgánico y procesal— de aplicación directa a la jurisdicción de menores. Nos ceñiremos exclusivamente a los primeros, que son los que afectan a las presentes consideraciones.

Como principio general, amén de lo afirmado en el artículo primero del citado texto fundamental, hay que destacar que: «Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos» (artículo 39, apartado cuatro). Se trata de una proclamación amplia y abierta, en la misma medida que los citados acuerdos (existentes, o por adoptar en el futuro), de repercusiones

positivas para el tratamiento judicial de los menores infractores, entre otros ámbitos. En su virtud, a nuestro juicio, cualquier disposición legislativa que afecte a la justicia de menores en nuestro país ha de respetar fielmente lo acordado al respecto a nivel supranacional; a ello hay que añadir lo específicamente ordenado en el propio texto constitucional sobre los tratados internacionales, que comentaremos más adelante.

Atendiendo a la normativa de repercusión directa en los tribunales de menores, merece ser destacada la proclamación clara y tajante del apartado uno del artículo 117, conforme al cual la justicia se administra por «Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial». No debe existir la menor sombra, pues, en torno a que la justicia impartida por los órganos judiciales de menores ha de estar a cargo de miembros de este poder del Estado y ello se entiende en todas las posibles instancias, sin distinción, y con independencia de las características propias de dicha jurisdicción. Jueces y Magistrados que serán «independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley», con idénticos derechos y obligaciones que los encargados de administrar justicia en otros órdenes jurisdiccionales.

Como proclama el apartado tres del mismo precepto, «el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan». En consecuencia, además del necesario cuerpo orgánico regulador de todo el poder judicial, será el texto legal específico de la jurisdicción de menores el que determinará los órganos judiciales encargados del ejercicio de la potestad jurisdiccional en esos procesos, precisando su competencia y procedimiento.

Pero, dicha jurisdicción de menores en modo alguno puede ser ajena a la jurisdicción ordinaria existente, que por su propia naturaleza es única, aunque dentro de ella se admitan perfectamente especializaciones (tal como acontece, por sus características peculiares, con la comentada). En este sentido, la Constitución consagra el «principio de unidad jurisdiccional» como «la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales», con la excepción expresa de la jurisdicción militar (apartado cinco del artículo 117).

No extraña, por tanto, la exigencia de que los «Jueces y Magistrados de carrera» formen un «Cuerpo único», (apartado uno del artículo 122). No podía ser de otra manera, en el marco de la jurisdicción ordinaria; sin embargo, no hay razón alguna, como ya se ha apuntado, que impida la especialización de los titulares de los órganos judiciales de menores.

Todos los Jueces y Magistrados (incluidos, naturalmente, los de menores), integrantes del poder judicial, están gobernados por un mismo órgano, el Consejo general (artículo 122.2, principio).

## VI. INTENTOS DE REFORMA DE LA LEGISLACIÓN DEL MENOR.

Tras la aprobación de la Constitución de 1978, se producen, con el respaldo de las insistentes denuncias realizadas por un sector de la doctrina, unas iniciativas para la adaptación de la jurisdicción de menores a las exigencias de la Carta Magna, tanto en los aspectos orgánicos como procesales. Como intentos de carácter oficial, que no llegaron a plasmarse legislativamente, hay que citar los siguientes:

### a) *Estatuto del Menor:*

En 1978 (de cara a la declaración, por la Organización de las Naciones Unidas, de 1979 como Año Internacional del Niño), en el Ministerio de Cultura, la Dirección General de Desarrollo Comunitario, a través de la Subdirección General de la Familia, preparó un documento de trabajo titulado Estatuto del Menor.

En el mismo, además de la regulación de una diversidad de materias, que en muchas ocasiones nada tienen que ver con la justicia de menores, se recogen distintos preceptos relativos a los órganos que constituirán un «orden especializado de la jurisdicción ordinaria» (título V, capítulo III, principio del artículo 403).

Así, se contemplan unos «Juzgados Tutelares de Menores, con jurisdicción en el territorio de la provincia respectiva», que «serán competentes para conocer, en primera o única instancia, según los

casos, cuantas cuestiones les atribuye este Estatuto». Para la segunda instancia se propone una «Sala Tutelar de Menores de la Audiencia Nacional, con jurisdicción en todo el territorio nacional» (artículos 301 y 403).

Para ser designado Juez de Menores, entre otros requisitos, será preciso «reunir indistintamente la cualidad de miembro de la Carrera judicial con la categoría de Magistrado o de Abogado con más de diez años de ejercicio profesional efectivo» y «seguir obligatoriamente un curso de especialización de nueve meses de duración, que se impartirá en la forma y lugar que se determine con carácter reglamentario» (artículo 406).

En cuanto al Presidente y los Magistrados de la Sala Tutelar de Menores, «podrán proceder indistintamente de la Carrera judicial o del Cuerpo de Jueces de Menores. En el primer caso, siempre que acrediten poseer la especialización requerida, y en el segundo cuando haya desempeñado un Juzgado Tutelar de Menores durante un plazo superior a diez años» (artículo 408, primer párrafo).

También, se dispone que «la dedicación del Presidente, de los Magistrados y de los Jueces de Menores será exclusiva, no pudiendo simultanearse o alternarse con el desempeño de otra jurisdicción y les afectarán las limitaciones e incompatibilidades que están establecidas para el poder judicial» (artículo 410).

#### *b) Anteproyecto Provisional de Ley Penal de Menores:*

Sobre unas Bases confeccionadas por la denominada Comisión de Ley del Menor en España, presidida por Enrique Miret Magdalena, entonces Presidente del Consejo Superior de Protección de Menores, se preparó en el seno del Ministerio de Justicia el Anteproyecto Provisional de Ley Penal del Menor; éste fue presentado en las Jornadas sobre doctrina y legislación penal comparada de menores y jóvenes, celebradas en San Sebastián en septiembre de 1984.

En el mismo, que se estructura en cinco capítulos, se establece que: «Los Juzgados y Tribunales de Menores estarán integrados por Jueces y Magistrados pertenecientes al Poder Judicial, y no ejercerán más funciones que las encomendadas en la presente Ley. Serán asistidos por el personal al servicio de la Administración de Justicia que se considere

preciso en cada caso en régimen de dedicación exclusiva» (artículo segundo; dentro del capítulo primero, relativo a las disposiciones generales).

En el capítulo tercero («De la competencia y organización de los Juzgados y Tribunales de Menores»), entre otros aspectos, se regula que: «En cada provincia, con jurisdicción en toda ella y sede en la capital, habrá uno o más Juzgados de Menores. También podrán establecerse Juzgados de Menores con jurisdicción sobre dos o más provincias cuando la cuantía de los asuntos así lo aconseje» (artículo treinta).

En cuanto a la selección de los Jueces de Menores, «se realizará entre los miembros de la carrera judicial que hayan superado los cursos de especialización que reglamentariamente se determinen» (artículo treinta y uno, primer párrafo).

Contra las resoluciones de los Juzgados de Menores, cabe recurso de apelación ante una Sala de la Audiencia Territorial, «que estará compuesta por su Presidente y dos Magistrados, cuya designación se efectuará de acuerdo con los criterios establecidos por esta Ley para la selección de los Jueces de Menores» (artículo treinta y tres).

En suma, el gobierno socialista, en desarrollo de lo prescrito constitucionalmente, se pronuncia por la articulación de los órganos judiciales de menores dentro de la jurisdicción ordinaria, aunque especializados. Ello coincide, en términos generales, con las intenciones del anterior gobierno de UCD, expuestas más arriba.

#### VII. LA LOPJ DE 1985

Los diferentes intentos legislativos y las continuas denuncias por parte de un creciente sector de la doctrina, encontrarán finalmente adecuada respuesta en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985. Para el tema objeto de nuestras consideraciones, su importancia radica en que representa la lógica y necesaria incardinación de los órganos judiciales de menores dentro de la jurisdicción ordinaria, aunque con carácter especializado.

Sin embargo, llama la atención la escasa importancia que el legislador le dio a esta innovación, mencionada de pasada en el

apartado quinto de la extensa Exposición de motivos. Ello constituye fiel reflejo del tratamiento recibido en los correspondientes debates parlamentarios; la aprobación de la redacción final de los preceptos en cuestión no planteó muchas dificultades.

En la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se articulan los Juzgados de Menores, por primera vez en nuestra historia, plenamente dentro de la organización judicial. Así, en el Título preliminar, se mencionan los Juzgados de Menores entre aquellos órganos a los que se atribuye el ejercicio de la potestad jurisdiccional (artículo 26).

A ellos se dedican concretamente dos preceptos, dentro del Libro I, Título IV («De la composición y atribuciones de los órganos jurisdiccionales»). En el primero de éstos se establece que «en cada provincia, con jurisdicción en toda ella y sede en su capital, habrá uno o más Juzgados de Menores. No obstante, cuando el volumen de trabajo lo aconseje, podrán establecerse Juzgados de Menores cuya jurisdicción se extienda o bien a un partido determinado o agrupación de partidos, o bien a dos o más provincias de la misma Comunidad Autónoma. Tomarán su nombre de la población donde radique su sede» (artículo 96). En líneas generales, no se detectan grandes diferencias con regulaciones anteriores.

En cuanto al segundo, se dispone que «corresponde a los Jueces de Menores el ejercicio de las funciones que establezcan las leyes para con los menores que hubieren incurrido en conductas tipificadas por la ley como delito o falta y aquellas otras que, en relación con los menores de edad, les atribuyan las leyes» (artículo 97). La última alusión a los menores de edad puede plantear algún problema de interpretación, pero de índole procesal (no debe olvidarse que uno de los constantes motivos de crítica por parte de muchos autores lo constituía el hecho de que, tradicionalmente, los Tribunales para niños venían conociendo tanto de la facultad reformadora como de la facultad de protección sobre menores).

La atribución a la Audiencia Provincial respectiva del conocimiento del recurso de apelación contra las resoluciones dictadas por el Juez de Menores constituye, sin duda, una de las principales innovaciones de la comentada ley, pues significa la consagración definitiva de su incardinación dentro de la jurisdicción ordinaria (artículo 82.7º en su primitiva redacción, posteriormente modificada por LO 7/1988, de 28 de diciembre).

La resolución de las cuestiones de competencia surgidas entre distintos Juzgados de Menores es atribuida, igualmente, a la jurisdicción ordinaria. Si la cuestión se plantea entre órganos de la misma provincia, resolverá la Audiencia Provincial respectiva (artículo 82.7Q, en su primitiva redacción); si surge entre Juzgados de distintas provincias, pero pertenecientes a la misma Comunidad Autónoma, conocerá la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia correspondiente (interpretación lógica del apartado tres del artículo setenta y tres); si dicha cuestión se plantea entre órganos pertenecientes a distintas Comunidades Autónomas, debe resolver la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (así, también, parece deducirse del artículo sesenta).

Por otra parte, el titular del Juzgado de Menores participará en la elección de Juez Decano (artículo 166) y en Junta de Jueces (artículos 169 y 170). Además, lógicamente, los Juzgados de Menores están bajo la vigilancia del correspondiente Tribunal Superior de Justicia (artículo 172.2).

Sobre las sustituciones se establece que los Jueces de Menores lo harán entre sí en las poblaciones donde existan varios, según acuerde la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia, a propuesta de la Junta de Jueces (artículo 210). Cuando en una población existiere un sólo Juez de Menores, o, habiendo varios, se agotaren las posibilidades de sustitución entre ellos, ésta corresponderá al titular de un Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de la localidad. Sin embargo, para la posible sustitución de estos últimos, no se dispone con la misma claridad legal la posibilidad de que lo hagan los Jueces de Menores; no obstante, estimamos que ello es posible cuando no haya Jueces de lo Contencioso-administrativo ni de lo Social (artículo 211.3 en su primitiva redacción, modificada por la 7/1988, de 28 de diciembre).

En las ciudades en que haya más de un Juzgado de Menores, habrá que establecer un régimen de guardias, tal como acontece con los Juzgados de Instrucción, amén de un adecuado sistema de reparto (lo último de acuerdo con el artículo 167). Por el contrario, en aquellas en que solamente haya un Juzgado de Menores (lo que acontecerá en la mayoría de los casos), el titular del órgano (y todo el personal con él) habrá de estar disponible durante las veinticuatro horas de cada día.

En la provisión de plazas se establece, como regla general, el criterio de la antigüedad escalafonal, aunque con preferencia de quienes acrediten la debida especialización en el Centro de Estudios Judiciales

(artículo 329. 1 y 3). Creemos que los miembros de la carrera judicial que sirvan los Juzgados de Menores deberán tener la categoría de Magistrado, al estar estos órganos radicados en las capitales de provincia, generalmente.

Además de estos preceptos de la LOPJ de 1985 directamente referidos a los Juzgados de Menores, existen otros muchos de aplicación para todos los órganos judiciales (por ejemplo, en materia de abstención y recusación, actuación procedimental, responsabilidad, cooperación jurisdiccional, etcétera) y que, obviamente, no abordamos.

Por último, el citado texto legal contiene algunas disposiciones transitorias que afectan a los Juzgados de Menores. Así, se prescribe que, hasta que entren en funcionamiento éstos, continuarán ejerciendo sus funciones los actuales Tribunales Tutelares de Menores (cuarta). Por otra parte, el personal existente continuará prestando servicios en ellos y, en su momento, pasará a servir en los Juzgados de Menores (vigésimo sexta); esto último es cuestionable por lo que se refiere a los Jueces unipersonales que en ese momento no pertenecían a la carrera judicial, pudiendo estar en contradicción con lo dispuesto en los artículos 117 y 122 del texto constitucional.

#### VIII. JUZGADOS DE MENORES ESPECIALIZADOS

El Consejo General del Poder Judicial, por acuerdo de 16 de junio de 1987, aprobó el Reglamento para la obtención de la especialización como Juez de Menores (BOE de 13 de julio). En las palabras de presentación se justifica como el «cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 329.3 de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial», añadiendo que, aunque los Juzgados de Menores no han entrado aún en funcionamiento, siendo así que las funciones propias las continúan desempeñando los Tribunales Tutelares de Menores, «resulta inaplazable el desarrollo normativo del proceso de especialización, conforme al mandato legal antes mencionado, debido a la precaria situación en que se encuentra el ¡Orden de Menores! (el subrayado es nuestro) y a la urgente necesidad de que tal función jurisdiccional sea desempeñada por quienes hayan acreditado una especial sensibilidad y una real

profundización en el estudio de las disciplinas implicadas en la materia de Menores». En consecuencia, se aborda el desarrollo del proceso de especialización desde una perspectiva interdisciplinar y humanista, articulado en un curso de carácter teórico-práctico.

Por su parte, la Recomendación nº R (87) 20, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, a los Estados Miembros, sobre las reacciones sociales a la delincuencia juvenil, adoptada por el Comité de Ministros el 17 de septiembre de 1987, después de la 410 reunión de los Delegados de Ministros, recomienda a los gobiernos de los Estados Miembros revisar, si es necesario, su legislación y su práctica sobre justicia de menores, en el sentido de «evitar el reenvío de los menores hacia la jurisdicción de adultos, cuando existan jurisdicciones de menores», así como promover que los Jueces que intervienen en estos procedimientos «tengan una formación especializada en el derecho de los menores y de la delincuencia juvenil».

La Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial, en el apartado octavo de su Preámbulo introductorio, al referirse a los Juzgados de Menores, explica que «se ha diseñado una planta que ofrece las máximas oportunidades para especializar la función de reforma con respecto a la función de protección del menor, haciendo posible, desde el ángulo de la organización judicial, la efectividad de la reforma de la legislación del menor, de la que esta Ley constituye complemento necesario». En la misma se regulan la sede de los Juzgados de Menores (artículo 8º.1 y 2; el último de nueva redacción), la planta de dichos órganos, que son servidos por Jueces o Magistrados (Anexo XI y artículo 19. 1 y 2), la provisión, por concurso en el que se valorará la especialización y el puesto escalafonal (artículo 19.3), la constitución de los distintos Juzgados de Menores (artículos 46 y 62), su entrada en funcionamiento (artículo 47), así como la supresión del Tribunal de Apelación de los Tribunales Tutelares de Menores (artículo 48). Además, se ordena que los Juzgados de Menores tendrán la competencia reconocida a los Tribunales Tutelares de Menores por la legislación vigente y que los asuntos pendientes ante el Tribunal de Apelación, al igual que los recursos que se interpongan, serán resueltos por la Audiencia Provincial correspondiente (artículo 61). Finalmente, se contempla la posibilidad de que el Consejo General del Poder Judicial nombre a miembros de la carrera judicial para las plazas correspondientes de Tribunales Tutelares de Menores que no estén

ocupadas por Jueces Unipersonales de Menores, cesando a sus actuales titulares (disposición transitoria cuarta). En suma, se trata de la adaptación de los órganos judiciales de menores a la nueva situación legal.

Además, en la reunión de Jueces de Menores, celebrada en la sede del Consejo General del Poder Judicial el día 7 de marzo de 1991, al objeto de estudiar conjuntamente las consecuencias que podían derivarse de la sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de febrero de 1991, se adoptó, entre otros, el acuerdo de la necesidad de una urgente e imprescindible «promulgación de una nueva Ley que sustituya a la vigente, y, en gran parte inconstitucional, legislación de Tribunales Tutelares de Menores (Decreto de 11 de junio de 1948)» (conclusión primera), así como de «la urgente creación de todos los Juzgados de Menores, en desarrollo de la Ley de Demarcación y Planta Judicial, sustituyendo a los antiguos Tribunales Tutelares de Menores» (conclusión sexta).

Finalmente, la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores (BOE de 11 de junio), motivada por el importante pronunciamiento del Tribunal Constitucional de 1991, en su disposición adicional primera cambió la denominación de la entonces vigente Ley de Tribunales Tutelares de Menores; a partir de la citada fecha, ésta pasa a llamarse con el nuevo nombre (antes inexistente) de la propia disposición reformada, con el añadido carácter de orgánica. Lógicamente, a la luz de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, la sustitución de la expresión Tribunales Tutelares de Menores por la de Juzgados de Menores constituía una exigencia ineludible; sin embargo, la técnica legislativa utilizada no parece la más adecuada.

## IX. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

Con independencia de los autos de 22 de abril de 1987 y de 21 de julio de 1988, más las sentencias 71/1990, de 5 de abril, Sala Iª (con ligeras alusiones al carácter especializado de los Juzgados de Menores como integrantes del Poder Judicial) y 211/1993, de 28 de junio, también de la Sala Iª (sobre presunción de inocencia y prueba en el proceso de menores), la doctrina más interesante del Tribunal Consti-

tucional sobre la jurisdicción de menores se encuentra en su pronunciamiento de 14 de febrero de 1991.

En efecto, en 1988 y 1990, algunos Jueces de Menores formularon diversas cuestiones de inconstitucionalidad (que se acumularon, posteriormente) sobre el Texto refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores, aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948, y, en su caso, sobre determinados preceptos de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores.

El Tribunal Constitucional se pronunció al respecto por sentencia de 14 de febrero de 1991. Aunque la resolución, en congruencia con lo planteado, se dirige principalmente a aspectos procesales de la citada normativa, ello no obsta para que contenga afirmaciones de interés para el tema que nos ocupa. De este modo, en su fundamento jurídico número dos, se declara que el proceso de menores se sigue «ante órganos que ejercen potestad jurisdiccional, cuyas decisiones pueden ser apeladas ante la Audiencia Provincial respectiva».

A mayor abundamiento, en el mismo fundamento jurídico, aclara que «los Jueces de Menores son conforme a nuestra legislación vigente miembros integrantes del Poder Judicial. El Texto refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores, aprobado por el Decreto de 11 de junio de 1948, convertía a los Tribunales de Menores en organismos híbridos administrativos-jurisdiccionales, ya que podían estar formados por personas ajenas a la carrera judicial, nombrados por el Ministro de Justicia y que, además, dependían, según la Ley, de un Organismo, el Consejo Superior de Protección de Menores, dependiente a su vez del Ministerio de Justicia».

Pero, afirma más adelante, «la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en efecto, en cumplimiento de lo dispuesto en la C.E., incardina a los Tribunales Tutelares de Menores, que son sustituidos por los Juzgados de Menores, dentro de la jurisdicción ordinaria, dejando de ser una jurisdicción especial, y establece que los Jueces de Menores tienen potestad jurisdiccional (art. 26)».

El citado fundamento jurídico termina con estas claras palabras: «Por lo tanto, no cabe ninguna duda que actualmente los Jueces de Menores son miembros integrantes del Poder Judicial, por lo que son independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley, siendo los Juzgados de Menores Juzgados ordinarios y especializados».

Mas, tampoco pueden olvidarse los instrumentos internacionales con validez en España (artículo 96, primera parte del apartado uno, de la Constitución). Sobre ello, el Tribunal Constitucional, en la antedicha sentencia de 14 de febrero de 1991 (fundamento jurídico cinco), al referirse a las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Justicia de Menores, de 29 de noviembre de 1985, también llamadas Reglas de Beijing (o de Pekín, en el anterior sistema de transcripción), y a la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 17 de septiembre de 1987 (R-87-20), declara que: «Tanto aquellas como ésta expresan una doctrina generalmente aceptada en el correspondiente ámbito y que, seguramente, debe inspirar la acción de nuestros poderes públicos, pero no vinculan al legislador ni pueden ser tomadas en consecuencia como referencia para resolver sobre la constitucionalidad de la ley. Las disposiciones a tomar en consideración son, por lo tanto, las contenidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención de Roma, así como, autorizados por el principio *iura novit curia*, las que recoge la Convención sobre los derechos del niño, adoptada por las Naciones Unidas en 20 de noviembre de 1989 e incorporada a nuestro ordenamiento en 31 de diciembre de 1990».

## X. PALABRAS FINALES

Como se ha expuesto, en un principio se persigue la meta de sacar al menor infractor de los textos legales penales y procedimentales aplicables a los adultos. Ésto, que se consiguió en España en el primer cuarto del presente siglo, se manifestó en la creación de unos tribunales especiales, sin personal judicial de carrera y sin las garantías procesales mínimas, que se encargaron del conocimiento del menor necesitado de reforma y del que requería mera protección.

El primer paso se dio en cierta manera (obviamente, de modo parcial) al calor de los Juzgados de Primera Instancia, con apelación ante un órgano exclusivamente administrativo. Más tarde se fue consolidando la autonomía de estos tribunales y su carácter especial, situación que, con modificaciones meramente formales, alcanzó hasta el texto refundido de 1948.

La Constitución de 1978 y la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 plantearon unas exigencias de ineludible cumplimiento, en los aspectos orgánicos y procesales de los órganos judiciales de menores; es más, precisamente fueron los detonantes del nuevo esquema organizativo de esta jurisdicción. Hay que reconocer el acierto de algunos intentos legislativos en esa dirección.

Sobre el diseño planteado por la Ley Orgánica del Poder Judicial se ha ido elaborando el desarrollo de los Juzgados de Menores en la actualidad, siempre en el seno de dicho poder, encargados solamente de la reforma del menor infractor, con personal perteneciente a los diversos Cuerpos oficiales, con apelación también dentro de la organización judicial, pero con características materiales y procesales específicas; en otras palabras, como jurisdicción ordinaria especializada. En esta dirección se pronuncian el Tribunal Constitucional y los instrumentos internacionales aplicables.

Pero, además, al actual Juez de Menores, especializado en todo caso, hay que exigirle una dedicación exclusiva, no compatible con otra función judicial, para que atienda a su ministerio –delicada tarea la que le corresponde– con acierto; en nuestra opinión, se trata de una necesidad imperiosa e inexcusable.

## BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

- CUELLO CALÓN, EUGENIO, *Tribunales para Niños*, Madrid, 1917.  
 Estatuto del Menor (documento de trabajo), *Ministerio de Cultura, Dirección General de Desarrollo comunitario*, Madrid, 1978.  
 MARTÍN OSTOS, JOSÉ DE LOS S., *El nuevo proceso de menores*, Revista La Ley, número 3482, marzo, 1994.  
 MARTÍN OSTOS, JOSÉ DE LOS S., *Jurisdicción de menores*, Barcelona, 1994.  
 MENDIZÁBAL OSES, LUIS, *Introducción al Derecho Procesal de Menores*, Madrid, 1973.  
 MONTERO VILLEGAS, AVELINO, *Tribunales para Niños*, Madrid, 1913.  
 MOVILLA ALVAREZ, CLAUDIO, *Jurisdicción de Menores y Constitución, en Menores*, Revista del Consejo Superior de Protección de Menores, 1984, núm. 4.

- PÉREZ VITORIA, OCTAVIO, *La minoría penal*, Barcelona, 1940.  
ROCA CHUST, TOMÁS, *Historia de la Obra de los Tribunales Tutelares de Menores en España*, Madrid, 1968.  
VEILLARD-CYBULSKA, HENRYKA, *La protection judiciaire de la jeunesse dans le monde (ses débuts)*, Bruxelles, 1966.  
V.V.A.A., *Jornadas de estudio de la legislación del menor*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985.  
YBARRA Y DE LA REVILLA, GABRIEL M<sup>a</sup> de, *Temas del Centro de Estudios del Reformatorio de Amurrio*, Madrid, 1969.

## EL DERECHO DEL IMPUTADO AL SILENCIO

I. VELAYOS MARTÍNEZ  
PROFESORA AYUDANTE. ÁREA DE DERECHO PROCESAL  
UNIVERSIDAD DE ALICANTE

SUMARIO: I.- Introducción: 1.1. Conductas del imputado frente al conocimiento de la imputación 1.2. Naturaleza de la declaración del inculpado. II.- El silencio del imputado: ejercicio de su derecho a la autodefensa. 2.1. Etimología y concepto de silencio; 2.2. El derecho al silencio como derecho constitucional. 2.2.1. Naturaleza jurídica del derecho al silencio: a) Derecho al silencio como expresión del derecho de defensa; b) El derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable; c) Conclusión. III.- Ambito objetivo del derecho al silencio. IV.- Garantías para el libre ejercicio del derecho al silencio. 4.1. Información de la imputación. 4.2. Información del derecho al silencio. 4.3. Aspectos comunes. 4.3.1 Sujeto activo de la comunicación. 4.3.2. Forma. 4.3.3. Concordancia interna del articulado de la LECr en relación con el derecho al silencio. V.-Valoración del ejercicio del derecho al silencio. 5.1. Introducción. 5.2. Posiciones doctrinales. 5.3. Conclusión.

### I. INTRODUCCIÓN

#### *1.1. Conductas del imputado frente al conocimiento de una imputación.*

El ordenamiento jurídico español, consciente de las consecuencias aflictivas que la puesta en marcha de cualquier proceso penal genera

para la persona del imputado<sup>1</sup>, no desampara los intereses de éste que es el sujeto pasivo principal de la actividad jurisdiccional; antes bien, le concede, entre otros y con rango de derecho constitucional fundamental<sup>2</sup>, unas posibilidades de defensa efectivas, que despliegan, con vocación maximalista, todas sus virtudes desde el momento mismo en que una persona es objeto de la imputación<sup>3</sup> de un ilícito penal y sin necesidad de que sea identificada, bastando a estos efectos su sola determinación personal<sup>4</sup>, para la adquisición del derecho a la autodefensa y de todos los derechos que con ella se relacionan<sup>5</sup>.

1. La actividad generada por el funcionamiento del aparato judicial con fines de investigación, comprobación y, en su caso, condena de los ciudadanos relacionados con la comisión de un delito, suele traer consecuencias no deseadas, de carácter marcadamente aflictivo, en relación, fundamentalmente, con las personas sobre las que recae la imputación de haber llevado a cabo actividades constitutivas de ilícitos penales; así lo entenderá, con acierto, GUTIERREZ DE CABIEDES, E. en *El principio pro reo en el derecho y en el proceso penal* en «Estudios de Derecho Procesal». Pamplona. 1974. Pp.476, 477.. Lamentándose, CARNELUTTI manifestaba su honda preocupación al respecto entendiéndolo que «...el castigo desgraciadamente no comienza con la condena, sino comienza mucho antes con el debate, con la instrucción, con los actos preliminares, incluso con la primera sospecha que recae sobre el imputado». (Vide CARNELUTTI «La lucha del Derecho contra el mal» cf. FENECH, M. «Derecho Procesal Penal». Barcelona. 1960. P.7).

2. Art. 24.2 CE.

3. El art. 118 LECR. confiere al imputado el derecho al pleno disfrute de las posibilidades de defensa que jurídicamente le corresponden durante todo el desarrollo de la actividad procesal, por el solo hecho de integrar tal condición de imputado. La adquisición de dicho *status* subjetivo es la consecuencia directa del cumplimiento de cualquiera de las situaciones siguientes:

- acuerdo de detención preventiva o de cualquier otra medida cautelar
- auto de procesamiento (imputación formal)
- admisión de denuncia o querrela
- cualquier otra actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra una persona o personas determinadas; complementándose por «la imprescindible valoración circunstanciada del juez instructor» STC 135/1989.

Vide por todo, ASENCIO MELLADO, J.M. *El imputado en el proceso penal español* en «La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal». Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1993. Pp.71 y 74.

4. Sostiene GIMENO SENDRA, en «Constitución y proceso». Madrid. 1988.P.91., que el derecho de defensa surge con la mera determinación del imputado, no siendo necesaria su identificación nominal.

5. La posibilidad de defensa que ostenta el imputado, puede ser ejercida en dos direcciones complementarias; de un lado, mediante la asistencia de un técnico en derecho –defensa letrada– que le asesora y pugna por sus intereses, y además desde otra perspectiva, a través del sostenimiento personal de su defensa –autodefensa–.

La autodefensa implica una posibilidad de manifestación verbal del imputado frente al contenido de la imputación de un delito; o lo que es lo mismo, se instrumenta como «...derecho-réplica o reverso del de acusación y un instrumento para tratar de evitar o de disminuir la condena»<sup>6</sup>. El sujeto activo de la autodefensa, goza, pues, de un abanico de opciones de conducta traducibles en las facultades –que no obligaciones– alternativas de negar la imputación, argumentar una coartada (sea verdadera o falsa), admitir los hechos que se le atribuyen, esto es, confesar, y, por último, permanecer en silencio<sup>7</sup>.

La potenciales actitudes que, en el ejercicio de su derecho a la autodefensa, puede desarrollar el imputado necesitan de la previa conciencia de este último en relación a determinados derechos que derivan del más amplio a la defensa y, de cuya efectividad se responsabilizan legal y directamente los Poderes Públicos<sup>8</sup>. En líneas generales puede afirmarse que la base fáctica y jurídica que permite el ejercicio de la autodefensa en condiciones óptimas se concreta en el efectivo despliegue de un derecho a la información –tanto de la imputación particular como de las actuaciones sumariales actualmente en curso o en una perspectiva futura– así como del derecho a la intervención activa del sujeto pasivo en todos aquellos actos procesales que se originen<sup>9</sup> en la investigación de los hechos objeto de un proceso penal<sup>10</sup>.

Frente a las razones de derecho público, subyacentes en la existencia de un derecho inalienable a la defensa técnica por letrado, principios liberales individualistas son los que reclaman la necesidad de contemplar la autodefensa como *derecho* renunciable, cuyo titular único y exclusivo es el imputado<sup>11</sup>. Corolario de esta última afirmación es, la consideración de la autodefensa como *facultad* de exclusiva disponibilidad por toda persona determinada como supuesta implicada en un delito objeto de investigación.

6. FAIREN GUILLEN, V. «La disponibilidad del derecho de defensa». Anuario de Derecho Penal, XXII, Fasc. II, 1969, pp. 229 y ss; p.260.

7. Vide ASENCIO MELLADO, J.M. «Prueba prohibida y prueba preconstituida». Madrid. 1989. P. 123; y GIMENO Op. Cit. P.95.

8. Arts. 9.1 CE., y 7º1 LOPJ. En el mismo sentido ASENCIO MELLADO «El imputado». Op. cit. p.63.

9. Tanto de oficio como a instancia de parte.

10. Vide por todo ASENCIO MELLADO últ. op. cit. p.66.

11. En este sentido GIMENO, Op. Cit. P.95.

### 1.2. Naturaleza de la declaración del inculgado.

El pensamiento iluminista de juristas de la talla de BECCARIA o FILANGIER<sup>12</sup>, inaugura una, casi ininterrumpida<sup>13</sup>, tradición ideológica según la cual, excede del Derecho Natural la exigencia de colaboración, del supuesto culpable de un delito, en el descubrimiento y clarificación de los hechos y circunstancias adyacentes a la actividad integradora del tipo penal. Actualmente la mayoría de la doctrina es unánime al afirmar que no le puede ser exigida al imputado, como si se produce en relación al testigo, la obligación de ser fiel al principio de probidad; esto es, no es posible «...constreñir al imputado mediante un deber u obligación, jurídica o moral, a que actúe con buena fe y veracidad, cuando su actuación puede ser determinante de la resolución procesal»<sup>14</sup>.

La LECR, en su art. 400, al establecer que «...el imputado podrá declarar cuantas veces quisiere... «debe interpretarse en el sentido de entender que nada se impone a la persona del imputado, sino que, por el contrario, su colaboración y avenencia a la práctica y desarrollo de la diligencia, va a depender de su exclusiva voluntad en hacer uso del instrumento declarativo como medio de defensa, que no de exculpación»<sup>15</sup>.

12. BECCARIA «*Dei delitti e delle pene*», Ed. a cura di Calamandrei. Florencia. 1950. Pp. 210 y ss.; FILANGIERI «*La scienza della legislazione*». Génova. 1798. T. III. Pp. 282 y ss... Cf. GOMEZ DEL CASTILLO Y GOMEZ, M. «El comportamiento procesal del imputado. Silencio y falsedad». Barcelona. 1979. P.42.

13. Debe traerse a este discurso la excepcional salvedad del proceso penal desarrollado en la Alemania del nacionalsocialismo. La finalidad última de este proceso penal específico era satisfacer el derecho de la sociedad —única beneficiaria del mismo— a la condena de los culpables y a la rehabilitación del ordenamiento jurídico quebrantado por la actividad delictiva. El individuo, por tanto también el delincuente, estaba vinculado a la consecución de los intereses públicos por encima de los suyos propios; siendo así, que pesaba sobre imputado no solo la carga sino también la obligación, de viabilizar la investigación y descubrimiento de los delitos incluso en el caso de haber sido cometidos por él mismo. Vide en este sentido FOSCHINI, G. «L'imputato. Studi». Milano. 1959. P.50; y GOMEZ DEL CASTILLO, Op. Cit., P.82.

14. GOMEZ DEL CASTILLO Y GOMEZ, M. Op. Cit., Pp. 36, 41 y 45.

15. Hablar de exculpación implicaría desatender el *derecho constitucional a la presunción de inocencia*, el cual nace, derivado de la causación de la imputación, al mismo tiempo que el derecho de defensa, y con una duración temporal superior a la de este último, esto es, hasta el momento de la obtención de una sentencia firme.

No puede existir reparo, pues, en afirmar que la declaración del imputado es enteramente voluntaria<sup>16</sup>; o lo que es lo mismo, no se puede, por ningún medio<sup>17</sup>, forzar al sujeto pasivo de la diligencia a manifestar no solo su pensamiento, sino tampoco un contenido concreto de este último, en aras del favorecimiento de los fines de la investigación.

La naturaleza jurídica del interrogatorio del imputado no es pacífica en la doctrina y ello porque como muy acertadamente señala ASENCIO «...dada la intencionalidad del autor de evitar toda publicidad, da lugar a que las declaraciones del imputado adquieran en ocasiones una nota de necesidad indiscutible para la obtención de los hechos acaecidos cuando, en principio, no hay otro modo de arribar a su conocimiento.»<sup>18</sup>.

Principalmente son tres las actitudes a adoptar en cuanto a la finalidad de la diligencia de declaración del imputado, o lo que es lo mismo a su naturaleza jurídica.

a) Conforme a la sistemática que adoptó nuestro legislador al localizar<sup>19</sup> el articulado que regula la declaración del imputado dentro de la regulación, valga la redundancia, de los actos sumariales, podría colegirse que la diligencia que nos ocupa es, pura y llanamente, de investigación<sup>20</sup>; esto es, sus resultados originarían actos de investigación y, en su caso, de prueba —v. gr. confesión del art. 406— siempre que constaran todas las garantías procesales que deben de acompañar a la

16. Opinan así, entre otros, implícitamente, GIMENO, Op. Cit. P.96 cuando declara que el derecho a la autodefensa es renunciable por la vía del silencio del imputado; ello sería tanto como decir que no se puede obligar a la colaboración de aquél en la práctica de la diligencia; y RAMOS MENDEZ, F. «El proceso penal. Lectura constitucional». 3ª ed.. Barcelona. 1993. Pp. 201, 202.

17. Nuestro Ordenamiento jurídico, a través del art. 389.111 y 11 LECR prohíbe cualquier uso de coacción moral o física para la obtención de respuestas concretas del imputado ante el interrogatorio practicado en esta diligencia; así como la utilización de preguntas capciosas o subjetivas que pudieran envolver la mente del sujeto receptor, de tal modo, que se produjera una contestación no precedida de un entendimiento absoluto de los términos del interrogatorio, y de la que pudieran derivarse efectos adversos para el imputado. En la misma línea art. 64.2 del nuevo C.P.P. italiano.

18. ASENCIO MELLADO, J.M., «Prueba prohibida...» Op. Cit. P.118.

19. Libro II, Título V, Capítulo IV de la LECR.

20. FOSCHINI, G. «L'imputato. Studi». Milano. 1956. Pp. 56 a 58, entenderá que el interrogatorio del imputado es fundamentalmente un medio para la obtención de la prueba de confesión.

prueba. Esta posición solo sería defendible en el supuesto de que existiera una obligación legal del imputado, no solo de colaborar en la práctica del interrogatorio, sino además de cumplir las exigencias y expectativas del principio de probidad, y, por lo tanto, actuar de buena fe y ajustándose a la verdad de los hechos.

b) Una concepción que incidiera únicamente sobre las bondades de la declaración del imputado para hacer efectiva su autodefensa, elevaría el derecho constitucional al ejercicio de la defensa a su máximo nivel; ahora bien, no por ello tendría que hacerse caso omiso de los resultados adversos que, para el autor de la declaración acarrearán actitudes autoincriminatorias como el reconocimiento de hechos o confesión<sup>21</sup>.

c) La doctrina española más progresista<sup>22</sup> así como la mayor parte de italiana<sup>23</sup> son proclives a concebir el interrogatorio del imputado como una oportunidad del mismo, para ejercer su derecho de defensa. Esta caracterización –declaración como medio de defensa– impera sobre la concepción de la diligencia como medio de investigación; sin embargo, afirman que no puede olvidarse su dimensión de medio de investigación, pues de otro modo se obviarían los fines del sistema procesal penal en su conjunto<sup>24</sup>; bien entendido que las autoincriminaciones que resulten de la práctica de tales interrogatorios, no pueden ser automáticamente consideradas como verdaderas, debiendo prevalecer, siempre, el derecho a la presunción de inocencia, que obligaría a contrastar el contenido de la autoinculpación con otros resultados derivados de otras investigaciones<sup>25</sup>, o, en su caso, pruebas. Resultaría, pues, esta tercera línea doctrinal, una posición mixta a la que conveniría adherirse completamente, por ser la más adecuada para la defensa, tanto del interés público del Estado en la persecución de los delitos,

21. KOSTORIS, R.E., CHIAVARIO Y OTROS «Commento al nuovo codice di procedura penale». T.I. Torino. 1989. P.327.

22. Entre otros ASENCIO MELLADO, «Prueba prohibida...» Op. Cit. P. 119; y HERCE QUEMADA, V. con GOMEZ ORBANEJA, E. «Derecho procesal penal». 10ª ed.. Madrid. 1987. P.188.

23. Véase, entre otros, CONSO, G. y GREVI, V. «Profili del nuovo Codice di Procedura Penale». Padova. 1991. P.51; GREVI, V. «Considerazioni preliminari sul diritto al silenzio dell'imputato nel nuovo 3° comma dell'art. 78 C.P.P.» en RIDPP, Fasc. 4, 1970, pp. 1119 a 1181. pp. 1178 a 1180; KOSTORIS, R.E., CHIAVARIO Y OTROS, Op. cit. P.327.

24. ASENCIO, «Prueba prohibida...» Op. cit.. p.119.

25. Art 406.1 LECR.

como del interés individual del imputado en su libertad<sup>26</sup>, finalidades, ambas, perseguidas por nuestro ordenamiento jurídico procesal penal.

## II. EL SILENCIO DEL IMPUTADO: EJERCICIO DE SU DERECHO A LA AUTODEFENSA

Una de las opciones que, como recientemente se ha sostenido, pueden atraer al imputado, es la de permanecer en silencio cuando es objeto de un interrogatorio, como consecuencia de la existencia de una actividad sospechosa de constituir un ilícito penal. La voluntariedad de su colaboración con la investigación de la causa criminal, mantiene intacto el derecho del imputado a permanecer callado en relación a las acusaciones que contra él son formuladas, pues no ejercita de este modo sino una particular manera de defenderse que se trasluce en una ausencia de adhesión a las acusaciones de las que pueda virtualmente ser objeto.

Un estudio de la relación entre el imputado y el *ius tacere*, del cual disfruta aquél por el mero hecho de ocupar la posición de sujeto pasivo del proceso penal, debe comenzar por determinar lo que verdaderamente sea *silencio* y la naturaleza jurídica de ese silencio; o lo que es lo mismo: en qué se traduce la posibilidad de conducta del imputado y cuál es la fuente legitimadora de tal actitud, en el supuesto de que sea adoptada.

### 2.1. Etimología y concepto de silencio

Siguiendo a RODRIGUEZ-SOLANO<sup>27</sup> puede afirmarse que la etimología de la palabra *silencio* es doble; por un lado proviene del

26. Como expresa GIMENO Op. Cit.. P.95, que «... la finalidad a la que tienden ambas manifestaciones de la defensa se muestran coincidentes (hacer valer el derecho a la libertad del ciudadano)...».

27. RODRIGUEZ-SOLANO, F. «El silencio. Su valor probatorio.», en Revista Pretor. II. 1953. n° 9. Pp. 16 a 22.

término latino *silentium* (abstención de hablar, falta de ruido, estado de una persona que calla), mientras que, de otro, también deriva del, igualmente latino, *sileo, es, ere, ni* (situación del que se inhibe de dar a conocer su pensamiento, estado de sosiego, tranquilidad, calma)<sup>28</sup>.

El silencio no puede confundirse o, mejor, simplemente asimilarse con una circunstancia de no emisión de vocablo alguno por parte, en este caso, del imputado<sup>29</sup>. La actitud de silencio no debe implicar manifestación psicológica concreta; antes bien, mejor pudiera hablarse de impasibilidad o inmutación como respuesta ante una cuestión dirigida en un interrogatorio derivado de la investigación de una actividad supuestamente delictiva. Por tanto, aquellas otras actitudes que el imputado puede adoptar ante la imputación, tales como por ejemplo ironías, visajes presuntuosos, sonrisas maliciosas, indignación fingida, etc.<sup>30</sup>, y que no suelen ir acompañadas de ningún sonido verbal, no integran el concepto de silencio, pues implican una manifestación de pensamiento en relación a la pregunta concreta a la que responden<sup>31</sup>.

## 2.2. El derecho al silencio como derecho constitucional

La alternativa del inculpado a permanecer callado, de amplia tradición en la cultura jurídica anglo-americana<sup>32</sup> (si bien, como tendre-

28. Vide RODRIGUEZ-SOLANO, Op. Cit. P.16.

29. Para ASECIO MELLADO, «Prueba prohibida...» Op. cit. p.123, la contestación sistemática de respuestas tales como «soy inocente» a cualquier tipo de pregunta, esto es, a todas de las formuladas en la diligencia de interrogatorio de imputados, equivale al silencio, pues no puede deducirse de tales respuestas ningún efecto inculpativo o exculpativo de los hechos imputados.

30. Todas estas actitudes y algunas otras son definidas como formas de defensa del imputado por DOHRING, E. «La prueba. Su práctica y apreciación». Trad. BANZHAF, T. Buenos Aires. 1972. Pp.182 a 186.

31. Téngase en cuenta que el acta por la que se documenta la práctica de una diligencia de careo, art. 453 LECR, debe de dar cuenta de «...lo que se observare en su —de los imputados entre sí o con los testigos— actitud durante el acto...».

32. El derecho a guardar silencio ha sido uno de los pilares esenciales del Common Law, siendo el derecho escrito -*Statutes*- de Inglaterra y Gales el primero en manifestarlo como una de las garantías del imputado en el proceso penal, a través de la sección 1.b) de la *Criminal Evidence Act de 1898*: «1. Toda persona acusada podrá declarar en todas las etapas del proceso tanto si es acusada en solitario como si es co-imputada.... b) Si permanece en silencio ello no será objeto de comentario por la acusación».

mos ocasión de comprobar, solo a nivel programático), no ha sido ampliamente reconocida por la mayoría de los derechos continentales hasta pasada la II guerra mundial. A lo largo del siglo XX se han sucedido (y, en las más de las veces, convivido) posiciones doctrinales que discrepaban a la hora de reconocer como una alternativa posible la opción de permanecer en silencio ante la comunicación de una imputación criminal; o lo que es lo mismo, el ejercicio del *ius tacendi*.

La doctrina italiana de principios de siglo fue bastante prolija en la elaboración de distintas ideologías que negaban la armonía del binomio imputado-actitud de silencio, pudiéndose diferenciar, al decir de GOMEZ DEL CASTILLO<sup>33</sup>, la coexistencia de cinco teorías que, descritas por su grado de intransigencia de menor a mayor, se oponían al reconocimiento del aforismo *nemo tenetur se detegere*<sup>34</sup>, como derecho del imputado.

Para un sector<sup>35</sup>, era posible reconocer el *ius tacendi* del imputado con la sola limitación de los supuestos tendentes a la paralización de la marcha de la justicia, y en definitiva de todas aquellas actitudes que pretendieran, a través del silencio, obtener un fin distinto al que caracteriza a los impulsos naturales de ocultación de la propia responsabilidad<sup>36</sup>.

A su lado teóricos más radicales propusieron la imposibilidad de guardar silencio, derivada de postulados tales como la existencia de una obligación moral de decir verdad<sup>37</sup>, de un deber jurídico de veracidad<sup>38</sup>,

33. GOMEZ DEL CASTILLO Y GOMEZ, Op. Cit..Pp.50 y ss; y 57 y ss.

34. Su traducción al español equivaldría a *nadie puede ser obligado a delatarse*.

35. Esta amplia posición doctrinal viene representada por autores tales como por CAPOTORTI «11 *contegno processuale dell'imputato* AP. 1947. Vol.II; pp.226 y ss.; LEONE «*Trattato di diritto processuale penale*», vol. II. Napoli. 1961. Pp. 167 y ss.; ROSSI «*Lineamenti de diritto penale costituzionale*». Palermo. 1954; p. 37; . Cf. por todo GOMEZ DEL CASTILLO, Op. cit. pp.57 y ss.. En el mismo sentido MANZINI, V. «Tratado de derecho procesal penal». Traducción SENTIS, S; y AYERRA, M.. Buenos Aires. 1951. Tomo II, p.420; y Tomo V, p.428.

36. Esta es la línea de pensamiento acogida por el propio GOMEZ DEL CASTILLO, Op. Cit.. P.49.

37. MASSARI «*Il processo penale nella nuova legislazione italiana*». Napoli. 1934. P. 137 y ss. o RAINIERI *Manuale di diritto processuale penale*. 5ª ed.. Padova. 1965. P.275, se adscribirían a esta tesis. Cf. GOMEZ DEL CASTILLO, Op. cit. pp.59 y 61.

38. Posición defendida por ALOISI en «*Spiegazione pratica del Codice di procedura penale* (Junto con MORTARA). Vol.1. 2ª ed.. Torino. 1922. P.538. Cf. GOMEZ DEL CASTILLO, Op. cit. p.58.

de una carga procesal de contribuir al hallazgo de la verdad<sup>39</sup>, o incluso de la sumisión del imputado a la misma obligación de decir verdad que la derivada de la condición de testigo<sup>40</sup>.

Se hace necesaria una breve crítica y toma de posición frente a las corrientes de pensamiento descritas. Las alusiones al deber moral de colaborar en el descubrimiento de la verdad, por parte del sospechoso de haber participado en un delito, no son de recibo en una sociedad plural, como la nuestra, en la que no puede hablarse de la presencia de una sola moralidad; es necesario pasar por el derecho positivo como fuente de regulación de la vida social, en la que tiene lugar la convivencia de una pluralidad de moralidades. Tampoco parece defendible la postura que extiende la obligación de decir verdad inherente a la condición de testigo, al sujeto que ocupa la posición de imputado; ello conllevaría tanto como activar de nuevo el mecanismo de la ideología del proceso penal del nacionalsocialismo. Actualmente mantener la reiteración de cualquiera de las posturas anteriores, implicaría consecuencias que, a la larga, tal vez rehabilitaran la justificación de actitudes inquisitivas, provenientes de los órganos que llevan a cabo la investigación de los delitos (principalmente policía judicial y juez de instrucción), y que tan justificadas estuvieron en los procesos penales del *ancien regime*. Concretando, el no reconocimiento de un derecho del imputado a faltar al principio de probidad podría otorgar legitimidad a la aplicación de cualquier clase –tanto física como psíquica– de tortura, como medio eficaz para la obtención de una verdad, cuanto menos formal, sobre los hechos indagados<sup>41</sup>.

39. FOSCHINI «*L'imputato. Studi*». Milano. 1956. P.58; GIANTURCO «*La prova indiziaria*». Milano. 1958. Pp. 113 y 114.; y DE MATTIA «*Il Codice di procedura penale italiano commentato articolo per articolo*». Vol. 1. Milano. 1960. P.523., entre otros predicán esta posición. Cf. por los dos últimos autores citados GOMEZ DEL CASTILLO, Op. Cit. p.61.

40. Esta última teoría la sostiene por ejemplo CARNELUTTI «*Lezioni sul processo penale*». Napoli. 1961. Pp.184 y ss.. Cf. GOMEZ DEL CASTILLO, op. cit. p.66.

41. Como bien es sabido la abolición de la tortura, en general y en especial como instrumento para la obtención de declaraciones de imputados, es ampliamente reconocida por todos los textos legales internacionales relativos a los derechos humanos; v. gr. art. 3 CEDH, art. 5 DHU, art. 7 PIDCP entre otros. Nuestra Constitución se suma a la prohibición general de la tortura en su art. 15, y la LECR proscrib, en el art. 389.111, la tortura –coacción o amenaza– para la obtención de declaración de los imputados.

Una alternativa se presenta como la más acertada frente a las posiciones arriba descritas: la de concebir el silencio como un derecho exclusivo del imputado. Indudablemente el derecho al silencio debe enmarcarse dentro de un ámbito normativo específico, en el que cobra una significación tanto individual y exclusiva en relación a sí mismo, como compartida en aras de la consecución de las máximas posibilidades del «supra-derecho» a la defensa, al cuál, en último extremo, sirve.

### 2.2.1. Naturaleza jurídica del derecho al silencio

Nuestra Constitución no recoge expresamente, como lo hace la LECR en su art. 520.2.a) para aquellos ciudadanos sujetos a una medida cautelar personal<sup>42</sup>, el *ius tacendi*. ¿Existe por tanto una justificación constitucional del derecho al silencio? ¿Cuál es su verdadera naturaleza jurídica?

El art. 24.2 CE explicita el reconocimiento del derecho «...a la defensa... a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia». En este sentido, nuestro texto fundamental recoge el espíritu informador de los principales textos normativos internacionales sobre derechos humanos, llegando incluso a reproducir casi literalmente su contenido<sup>43</sup>. La justificación del carácter de derecho constitucional derivará, para el *ius tacendi*, de la interpretación normativa de los derechos constitucionales expresamente recogidos, como fundamentales de la persona, por el art. 24.2 CE.

#### A) Derecho al silencio como expresión del derecho a la defensa

Son numerosos los autores que sostienen el derecho a la defensa

42. «2. Toda persona detenida o presa será informada, de modo que le sea comprensible, y de forma inmediata,... así como de los derechos que le asisten y especialmente de los siguientes:

a) Derecho a guardar silencio no declarando si no quiere, a no contestar alguna o alguna de las preguntas que le formularen, o a manifestar que sólo declarará ante el juez.»

43. Véanse art. 11 DUDH, art. 6 CEDH, y, especialmente, art. 14 PIDCP.

como origen del derecho al silencio con rango constitucional<sup>44</sup>. Ello puede también, a simple vista, colegirse de la primera parte expositiva de este trabajo cuando se afirmó que el silencio se erigía como una de las actitudes posibles del imputado ante el intento de tomarle declaración, principalmente, en la fase instructoria de los procesos penales. El silencio, por tanto, se constituye como medio de ejercicio del derecho de defensa, en su perspectiva de autodefensa.

Si, seguidamente, nos planteamos la posibilidad de renunciar a la práctica de la autodefensa, ¿cuál será el camino para ello? GIMENO SENDRA entiende que la autodefensa es perfectamente rechazable —en el sentido de disponibilidad momentánea, que no de futuro— por su titular, esto es, por el imputado; siendo la vía para ello, y de este modo alternativa a la propia defensa, el ejercicio del silencio, o la no manifestación externa del pensamiento del imputado ante las preguntas que, en relación a un delito, se le dirijan<sup>45</sup>. Puede que se derive una contradicción lógica entre las direcciones indicadas; esto es, el derecho al silencio se manifiesta como ejercicio del derecho de defensa y al mismo tiempo como suspensión, renuncia o disponibilidad de esa misma autodefensa.

Para deshacer esta confusión aparente interesaría clarificar lo que por autodefensa se deba entender.

Exculparse o afirmar lo contrario del contenido de la imputación integraría un concepto de autodefensa un tanto restringido, produciéndose automáticamente una exclusión de la actitud del silencio de los límites semánticos de autodefensa. Si, por el contrario, ampliamos el significado de autodefensa para incluir no solo las conductas verbales de negación de la imputación, sino también las de no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable, no existiría obstáculo de ningún tipo en incluir el silencio como manifestación del derecho de defensa. Parece ser ésta, y no otra, la intención de la doctrina que mantiene sin más matizaciones que la derivación de la naturaleza de derecho constitucional, la cual ostenta el ejercicio del silencio, tiene su origen en el derecho de defensa.

44. Entre otros; ASENSIO MELLADO, «Prueba prohibida...» Op. cit. pp. 123 y ss.; GIMENO SENDRA, Op. cit. p.92; GOMEZ DEL CASTILLO. Op. cit. pp. 39 y ss.; GREVI, V. «Considerazioni... » Op. cit. p. 1130.

45. GIMENO SENDRA, Op. cit. p.96.

## B) *El derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable*

Como muy acertadamente sostiene ZUCKERMAN, la posibilidad de que las declaraciones de los imputados, en sede policial, fueran distorsionadas *contra reo* por los sujetos activos del interrogatorio, esto es, por la misma policía, pudo ser la más probable causa de configuración de la facultad de no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, como derecho fundamental de la persona<sup>46</sup>.

El reconocimiento de este derecho es prácticamente unánime, no solo en los instrumentos legales internacionales<sup>47</sup>, sino también en los derechos de los llamados países del primer mundo<sup>48</sup>. Igualmente, nuestra Constitución expresamente declara, como ya vimos, la existencia de un derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, en su art. 24.2.

Sin embargo, a lo que han procedido muchos de los ordenamientos es a contemplar directamente el derecho a guardar silencio, y obviar la referencia al de no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable, por considerar, como apuntan CONSO y GREVI<sup>49</sup>, que el primero es un complemento del segundo; esto es, de la regla por la cual nadie puede ser obligado a declarar sobre hechos de los que pudiera emerger la propia responsabilidad, o *nemo tenetur se detegere*. En este sentido

46. ZUCHERMAN, A.A.S. «The principles of criminal evidence». Oxford. 1989. Pp.303 a 305. Para este profesor inglés «los interrogatorios ante la policía frecuentemente se desarrollan en condiciones de tensión, y los imputados se suelen encontrar bajo bastantes nervios incluso cuando son inocentes; y, además, los que tienen algo que ocultar o miedo simplemente, pueden ser doblemente susceptibles a la confusión y a la manipulación»; a ello hay que añadir la «antinatural tendencia del investigador a manipular las respuestas de los sospechosos e interpretarlas de manera que confirmen sus sospechas».

47. Art. 14.3.9) PIDCP.

48. Parágrafo 136.(1) StPO alemana vigente de 7 de enero de 1975, implícitamente cuando reconoce la libertad de declaración sobre la imputación. *Privilege against self-incrimination* del Common Law —para Inglaterra y Gales— y, específicamente, en la *V Amendment de la Constitución Federal de los EE. UU.*

49. CONSO, G. y GREVI, V. «Profili del nuovo Codice di Procedura Penale». Padova. 1991. P.46.

merecen ser destacados el parágrafo 136.(1) de la StPO alemana<sup>50</sup>, o el art. 64.3 del nuevo Codice di Procedura Penale italiano<sup>51</sup>.

### C) Conclusión

La aceptación de cualquiera de las dos posturas descritas arriba, en sus términos estrictos no conduciría sino a una visión parcialmente cierta respecto del verdadero origen constitucional del derecho al silencio. Por un lado, no puede afirmarse tajantemente que el derecho al silencio sea una manifestación del derecho puro a la defensa, sin reproducir las críticas que en este sentido ya se expusieron; por otra parte, tampoco es viable acoger la posición de que el derecho al silencio deriva exclusivamente de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable sin establecer ningún tipo de conexión entre estos derechos y el más amplio derecho a la defensa, puesto que la finalidad de los primeros es precisamente defenderse, así como la del segundo es hacer valer el también derecho fundamental a la libertad<sup>52</sup>.

Parece más adecuado afirmar que el derecho al silencio goza de una justificación, sin duda, constitucional adquirida de un modo escalonado y en relación a dos derechos expresamente recogidos por nuestro Texto Normativo por excelencia. Conviene, pues, atribuir, con carácter inmediato, la justificación del derecho al silencio con base en la existencia de una protección de la facultad de no declarar contra sí mismo ni confesarse culpable; sin olvidar, por supuesto, una relación, entre este último y el derecho a la defensa, de medio a fin, la cual pone

50. «Al comienzo del primer interrogatorio se comunicará al inculpado el hecho que se le imputa y las disposiciones penales que sean de aplicación. Se le advertirá que es libre según ley de declarar sobre la inculpación o no, de declarar sobre la causa, y siempre, también ya antes de su interrogatorio, de consultar a un defensor por él elegido...».

51. «Antes de iniciarse el interrogatorio, la persona debe ser advertida de que, salvo en cuanto a lo dispuesto en el artículo 66.1, tiene la facultad de no responder, y también de que si no responde el procedimiento seguirá su curso».

52. Respecto a la finalidad última del derecho fundamental a la defensa —así como, indirectamente, de todos sus derechos instrumentales— esto es, la consecución de la libertad personal, son interesantes las consideraciones en este sentido de ASENIO MELLADO «El imputado...» o. cit. pp.62 y ss..

de relieve una conexión de instrumentalidad del primero hacia el segundo<sup>53</sup>. En definitiva, el origen del derecho al silencio habría que situarlo en el derecho constitucional a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable como una vía o táctica más por la que llevar a buen puerto el derecho a la defensa en su ejercicio exclusivo y personal por el imputado.

### III. EXTENSIÓN Y LÍMITES DEL DERECHO AL SILENCIO

El ámbito objetivo del derecho al silencio es, junto con la valoración de la propia actitud de silencio, uno de los aspectos más inestables dentro del pensamiento doctrinal; del mismo modo, como tendremos ocasión de examinar, el derecho comparado se manifiesta en distintas direcciones, lo cual, en un primer momento, tampoco sirve de gran ayuda al tiempo de emitir una opinión sólida y fundada. La cuestión debatida es si puede afirmarse o no la existencia de un *ius tacendi* frente a cualquiera que sea la naturaleza y finalidad de la pregunta dirigida al imputado.

El legislador español, bien sea por descuido o bien por una, no del todo loable, habilidad para la redacción de los preceptos legales en unos términos amplios tales que, en numerosas ocasiones, provocan una carencia de contenido preciso e impulsan a la inseguridad jurídica, no se ha manifestado con claridad a este respecto. El art. 24.2 se refiere a un derecho a «a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable», y más específicamente el art. 520.2.a) establece un «derecho a guardar silencio no declarando si no quiere, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que le formulen, o a manifestar que solo declarará ante el juez»<sup>54</sup>.

53. En este sentido vide GIMENO SENDRA, V. «Constitución...» Op. cit. pp.100 y ss.

Una interpretación conjunta de estos artículos nos llevaría a las siguientes conclusiones:

- a. Existencia de un derecho al silencio absoluto, con independencia de la naturaleza y finalidad de las preguntas que lo ocasionan, bien sean dirigidas por la policía u otros órganos de la instrucción, bien por los sujetos intervinientes en fase de juicio oral.
- b. Postulación de un *ius tacendi* solo respecto de la preguntas —«alguna o algunas»— cuya respuesta implicara bien una declaración perjudicial para los intereses del imputado, bien un reconocimiento-confesión de las circunstancias a las que se refiere la imputación.
- c. El derecho a no responder preguntas contrarias a los intereses del imputado y/o autoincriminadoras, es ejercitable solo en las tomas de declaración por órgano distinto al juez (de instrucción o de la fase decisoria).

La última de las interpretaciones descritas, no es acogible desde ninguna perspectiva, puesto que de lo contrario implicaría una doble negación a la facultad de no contestar; es decir, de un lado, se restringe el silencio como opción solo a las preguntas directamente incriminadoras del individuo que está siendo sometido a la toma de declaración, mientras que, de otro, la posibilidad de la no manifestación del pensamiento por la vía del silencio, se esfumaría en toda diligencia no practicada por la policía, sino por el Ministerio Fiscal o por cualquier órgano que goce de la potestad jurisdiccional. La consecuencia directa de este conjunto de cortapisas es un gravísimo menoscabo del derecho

54. Téngase presente que el mencionado art. 520.2.a) se refiere al derecho que tiene un imputado en su condición de detenido o preso. No debe existir ningún inconveniente en extender esta facultad al simple sospecho, esto es, aquella persona que se ve sometida a un cuestionario policial previo a la existencia de un auténtica fase de investigación procesal; lo contrario supondría un trato más desfavorable hacia alguien sobre quien no ha recaído medida cautelar personal alguna, por no integrar, hasta ese momento, los presupuestos inherentes a las medidas de esta naturaleza: *periculum in mora* y *funus boni iuris* (Vide sobre esto último ASENCIO MELLADO, J.M. «La prisión provisional». Madrid, 1987. Pp.61 y ss.).

Asimismo, como consecuencia de que la adquisición de la condición de imputado hace surgir para éste el derecho de defensa, ininterrumpidamente, a lo largo de todas las fases procesales, debe entenderse que los derechos del art. 520.2 alcanzan tanto al imputado, como al mismo cuando adquiere las sucesivas condiciones de acusado, procesado, y condenado por sentencia definitiva, que no firme. (En este sentido ASENCIO MELLADO, Op. cit. p.123 y GIMENO SENDRA, V. «Constitución...» Op. cit. p.107).

a la autodefensa, obligando al imputado<sup>55</sup> a pronunciarse ante la incriminación, quiera o no voluntariamente, con el consiguiente peligro de posibles coartadas, o simplemente declaraciones, falsas, que no solo no favorecerían el alcance de la verdad material sino, por el contrario, su probable alejamiento<sup>56</sup>.

Una exégesis de los preceptos comparados que solo permitiera la adopción del silencio ante determinadas cuestiones, devendría igualmente insatisfactoria para el derecho al ejercicio de la propia defensa. El principal objeto de conflicto se centra en si puede ampararse una interpretación restrictiva del derecho constitucional al silencio, circunscrita sólo a aquellas preguntas relacionadas con una incriminación directa e individual de unos hechos supuestamente delictivos en relación con la persona del imputado, desamparando tal protección en todos los otros casos en los que incurrirían, por ejemplo, las preguntas dirigidas al averiguamiento de la identidad y elementos de determinación de la persona sometida a la diligencia — esto es, en último extremo, de la persona imputada—, o descubrimiento de la identidad y participación en los hechos investigados de terceros no presentes.

La solución italiana a favor de esta ordenación del silencio es claramente manifiesta tanto en el derogado CPP de 1930 (art. 78.357)

55. Además solo mientras ostente esa condición y no la de acusado, procesado, o condenado por sentencia definitiva.

56. La reciente reforma legislativa del silencio en el proceso penal de Inglaterra y Gales, instrumentada a través de la *Criminal Justice and Public Order Bill 1994* (especialmente ss.27 y 28), persigue una finalidad similar a la recientemente descrita. Si bien, y desde una perspectiva programática reconoce el derecho a permanecer en silencio ante cualquier pregunta, como privilegio del acusado-sospecho (consideración del sometido a diligencias policiales de investigación ajenas al proceso real o *trial*) y del acusado-procesado (acusado propiamente dentro del proceso penal desenvuelto en el trial como etapa única de la primera instancia), la consecuencia práctica de pseudo-asimilación del status de acusado al de testigo de la defensa en el proceso o *trial*, vincula al primero a un deber de veracidad de cuyo incumplimiento —a través del silencio— pueden derivarse efectos negativos para el propio inculpado.

57. «L'autorità giudiziaria o l'ufficiale di polizia giudiziaria, prima che abbia inizio l'interrogatorio, in qualsiasi fase del procedimento, deve avvertire l'imputato, dandone atto nel verbale, che egli ha facoltà di non rispondere, salvo quanto dispone l'articolo 366, primo comma, ma che, se anche non risponde, si procederà oltre nelle indagini istruttorie».

como en el vigente de 1988 y concretamente su artículo 64.3<sup>58</sup>, con remisión al art. 66.1<sup>59</sup> del mismo CPP y al art. 495 CP<sup>60</sup>. Se configura el silencio, por tanto, como facultad disponible en todo tiempo, y respecto de cualquier cuestión que no incida sobre la identidad del imputado, siendo, en este último supuesto, una obligación, que no una opción, responder a las preguntas generales de la ley, cuyo incumplimiento lleva aparejada la misma sanción que el delito de utilización de nombre supuesto. En este mismo sentido, si bien con la aplicación de consecuencias jurídicas gravosas, de otra naturaleza, para los supuestos en que se falle a la contestación de preguntas referidas a la propia identidad, se manifiesta, en nuestro país, PORTERO<sup>61</sup>.

La posición teórica, que se está analizando, tiene su punto de partida en la suposición de que la contestación veraz a las preguntas «generales de la ley» dirigidas a la identificación del imputado, no implica una autoincriminación de los hechos imputados, puesto que no se refieren directamente a ellos. Nada puede ser más apartado de la realidad, ya que el logro de la identificación particular de una persona, coincidente con los datos de una determinación previa, influye de manera decisiva sobre la personalización de un sujeto como participante en una actividad delictiva; y más aún, la obtención de la identidad viene a colmar, con nombres y apellidos, las expectativas de una sospecha sobre los datos de la determinación preliminar del delincuen-

58. «Prima che abbia inizio l'interrogatorio, la persona deve essere avvertita che, salvo quanto disposto dall'articolo 66 comma 1, ha facoltà di non rispondere e che, se anche non risponde, il procedimento seguirà il suo corso».

59. «Verifica dell'identità personale dell'imputato.- 1. Nel primo atto cui a presente l'imputato, l'autorità giudiziaria lo invita a dichiarare le proprie generalità e quant'altro può valere a identificarlo [349], ammonendolo circa le conseguenze cui si espone chi si rifiuta di dare le proprie generalità o le dà false [c.p. 495 s.]».

60. Castiga con pena de hasta reclusión de hasta tres años y no inferior a un año, a los imputados que declaren falsamente sobre su identidad, y a los que puedan provocar, incluso, con esta argucia, una inscripción de la sentencia referida a un nombre falso.

61. PORTERO GARCIA, L. «¿Derecho constitucional a no declarar?» en «Memoria de la Fiscalía General del Estado. Año 1994». Madrid, 1994. Pp.885 a 888; p.888. Para el Fiscal Jefe de Granada la excepción al derecho a guardar silencio, o mejor, la obligación de declarar la propia identidad no sería en ningún caso disponible, viéndose, el propio sujeto pasivo del interrogatorio, coaccionado a responder y además vinculado a un deber de veracidad, para librarse de incurrir en una agravante del tipo penal, solución que al efecto propone el Sr. PORTERO.

te. En esta tesitura, las repercusiones negativas, que frustran parcialmente la autodefensa, son innegables<sup>62</sup>.

La condición de imputado, como ha quedado dicho, hace prevalecer el derecho de defensa y, por tanto, el derecho a guardar silencio, no solo a lo largo de todo el proceso —con sus distintas fases—, sino también en relación a todas las cuestiones que, con ocasión de la investigación de un delito concreto, se le puedan dirigir. Es por ello por lo que puede afirmarse que, incluso las cuestiones que le sean formuladas al sometido a la diligencia de declaración de imputados en relación con otros co-imputados, quedan amparadas por el privilegio del silencio. A este respecto, son muy oportunas las manifestaciones de UBERTIS para quien existe una necesidad de que «el derecho al silencio sea oponible también para las declaraciones que resguardan la responsabilidad de los cómplices, pues es una modalidad de la estrategia defensiva y siendo siempre posible que de tales declaraciones se deriven efectos perjudiciales para quien ha emitido las declaraciones»<sup>63</sup>.

La insostenibilidad de las conclusiones de que exista derecho al silencio bien solo ante ciertas cuestiones, o bien solo —y con independencia de la naturaleza de las cuestiones del interrogatorio— cuando la declaración es recabada por autoridad distinta del juez, ha quedado suficientemente puesta de manifiesto a través de las críticas señaladas; un argumento detractor definitivo aplicable por igual a ambas posturas, aunque con mayor abundamiento a la última de las descritas, es el de la inseguridad latente en toda respuesta que proviniera del imputado en relación a preguntas frente a las que no tuviese ninguna posibilidad de evasión a través de su permanencia en silencio. En otras palabras, la obligación de contestación del imputado de determinadas cuestiones<sup>64</sup> y

62. Vide ASECIO MELLADO, «Prueba prohibida...» Op. cit. p.124, para quien igualmente sobre las cuestiones referentes a la identificación debe de imperar el *ius tacendi* por motivos de preservación del derecho de defensa.

63. UBERTIS, G., en *Intervención en el VII Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale. Noto Marina. 30 sett. al 2 ott. 1993*. Recogida en el comentario al mismo Congreso (auspiciado por la Universidad de Siracusa) de MAZZA, O. «Libertà personale e ricerca della prova nelle indagini preliminari»; en RDP, n° 1. 1994.

64. No importa que las preguntas fueren pocas en número o aparentemente no conectadas con una incriminación delictiva directa, como lo son las referidas a la identidad personal, para los defensores del silencio del imputado solo frente a determinado contenido de las cuestiones dirigidas a él.

la conciencia de tal imposición en el sujeto, podrían provocar una «cooperación» del inculpaado carente de credibilidad en sus manifestaciones a los solos efectos de prevenir las consecuencias negativas que, en relación a la presunción de inocencia, pudieran rondarle al sujeto activo del interrogatorio, tanto en fase instructoria como decisoria.

Llegados a este punto solo queda destacar que la no obligación de colaborar en la investigación y posterior enjuiciamiento de un delito por parte de la persona imputada, esto es, el respeto al principio *nemo tenetur se detegere* en su manifestación más amplia, debe ser la interpretación que se anteponga a todas las demás en aras de favorecer, en su máximo grado, las posibilidades de autodefensa del imputado. Existe, por tanto, un derecho al silencio de carácter absoluto frente a cualquiera que sea la naturaleza y finalidad de la cuestión dirigida a un imputado. Esta afirmación es difícilmente susceptible de ser tachada de caprichosa, puesto que, reiterada jurisprudencia constante de nuestro más alto Tribunal ha venido sosteniendo que «las normas deben interpretarse de acuerdo con la Constitución y siempre en el sentido más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales»<sup>65</sup>. No puede existir reparo, pues, a la hora de afirmar que el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable se proyecta sobre la facultad de guardar silencio, alcanzando a cualquiera que pueda ser el contenido de las preguntas dirigidas al imputado .

#### IV. GARANTÍAS PARA EL LIBRE EJERCICIO DEL DERECHO AL SILENCIO

Bien podría hablarse de una doble garantía, para facilitar al imputado la posibilidad de guardar silencio ante la incriminación de los delitos; o mejor, de una sola, necesitada de otra que se constituye en presupuesto necesario para la efectiva consecución de la primera. Simplificando, y trayendo a colación una vez más el inseparable vínculo entre el derecho al silencio y el derecho a la defensa, será necesario dar a conocer al imputado, primero los cargos de hecho y de

65. STC 64/1983, 21 de julio.

derecho frente a los que, como consecuencia ineludible e inmediata del principio de contradicción, surja la necesidad y el derecho de defenderse, para después, y como segundo, garantizarle un efectivo derecho al silencio, de cuyo ejercicio no pueda derivarse ninguna clase de consecuencia jurídica más que la de la materialización de una determinada vía de autodefensa. Debe, pues, procederse a la previa información de la imputación, para continuarse con la del derecho al silencio.

#### 4.1. Información de la imputación

El art. 520.2 LECR dispone que se informará, al privado de libertad, de los hechos imputados, de las razones de dicha privación de libertad, y del derecho que le asiste a guardar silencio (entre muchos otros de los que puede disfrutar, precisamente, por su condición de imputado). La comunicación de estos términos deberá de ser de modo comprensible para el imputado, «y de forma inmediata».

La información de la imputación, o lo que es lo mismo, de la existencia de una conducta antijurídica que presuntamente ha realizado el sujeto pasivo de la comunicación, y que desencadena el mecanismo jurisdiccional de represión de tal comportamiento y restablecimiento del orden jurídico a través del proceso, es presupuesto esencial e ineludible para el ejercicio de una autodefensa efectiva y bien encaminada, o cuanto menos voluntariamente consciente, por parte del sujeto pasivo de la imputación.

Como más arriba se afirmó<sup>66</sup>, la adquisición de la condición de imputado deriva del simple hecho del conocimiento de la imputación, de la información acerca de unos términos fácticos que vinculan a una persona, y por esta sola circunstancia, a los trámites de una investigación criminal en la que a partir del momento de la comunicación la convierten en sujeto principal del procedimiento puesto en marcha<sup>67</sup>. La importancia máxima que entraña la emisión de una información suficiente respecto de los términos de la imputación, radica en la prevención –por parte de los sujetos encargados de llevarla a cabo– de

66. Vide epígrafe 1.1..

67. Sobre la adquisición de la condición de imputado y las equivalencias a la comunicación de la imputación, véase la nota 3.

equivocaciones en la persona receptora de la imputación, de tal suerte que no quepa ninguna duda de la calidad con la que participa en las actuaciones procesales iniciadas —ostentando el rol de inculpado y en ningún caso de testigo—, en aras a garantizar todos los derechos que le son propios por tal circunstancia<sup>68</sup>.

#### 4.2. Información del derecho al silencio

Un derecho solo puede realizarse cuando le precede un efectivo conocimiento de la existencia del mismo. Lógico es pensar que un imputado necesitará de la comunicación expresa del derecho a permanecer en silencio que, según se deriva del art. 520.2.a LECr., le corresponde por ser el inculpado de una sospecha criminal. La presunción de la absoluta ignorancia de los preceptos legales por las personas involucradas en cualquier tipo de proceso penal, ha de ser el convencimiento perpetuo necesario en todo sujeto activo interviniente en dichos procesos<sup>69</sup>, especialmente en aquellas fases procesales en las que todavía el imputado no se encuentre provisto de defensa técnica, y todo ello con la finalidad de garantizar en el mayor grado posible la comunicación de todas y cada una de las posibilidades de autodefensa de que goza el imputado por el mero hecho de su condición de inculpado. La comunicación de la existencia de un derecho al silencio no solo no escapa a estas reflexiones sino que además se ve, por así decirlo, adelantada, por el propio ordenamiento jurídico, en el orden de comunicación frente a otros derechos igualmente instrumentales del derecho de defensa como lo son entre otros, el derecho a no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable, a designar abogado, o el de ser reconocido por un médico forense.

68. Vide los comentarios de ASECIO MELLADO, «El imputado...» op. cit. pp. 64 y 65, respecto a la importancia de la comunicación de la imputación para prevenir el «que la persona sospechosa de haber delinquido pueda ser citada e interrogada en calidad de testigo y, por tanto, bajo el régimen procesal aplicable a las declaraciones de estos terceros procesales».

69. Principalmente, policía judicial y juez de instrucción.

#### 4.3. Aspectos generales

A continuación tratarán de exponerse algunos aspectos problemáticos, tales como el sujeto activo de la información de las garantías descritas y el modo en que se debe de proceder en esta empresa. Sin duda, nos encontramos ante cuestiones que fácilmente pueden ser tratadas de manera unívoca tanto en relación con la información de la imputación, como con la información de la existencia del derecho al silencio, pues se trata de garantías tuteladas por el mismo texto normativo; el citado art. 520.2 LECr...

##### 4.3.1. Sujeto activo de la comunicación

El artículo comentado no establece quien o quienes deban de ser los sujetos activos de la comunicación. Debemos partir de la propia regulación de la LECr la cual recoge expresamente la declaración en la fase de investigación procesal<sup>70</sup>, como medio de investigación, y no en la fase de juicio oral, como medio de prueba; si bien, no debe olvidarse que el imputado tiene derecho a manifestar lo que estime pertinente en todo momento del proceso<sup>71</sup>, con lo cual tampoco se está olvidando el Ordenamiento de contemplar las declaraciones de los acusados en la fase decisoria del proceso, si bien lo hace de forma tácita.

Lo más lógico, en vista de lo anterior, será concluir que los sujetos obligados a prestar la advertencia del privilegio que asiste al imputado, por su condición de tal, en relación al silencio habrán de ser: los funcionarios de la policía judicial y/o el funcionario del Ministerio Fiscal que procedan a tomarle declaración en fase de instrucción; el juez de instrucción; y, en fase decisoria del proceso, el juez encargado de la misma.

##### 4.3.2. Forma

Otra carencia, quien sabe si intencionada o no, que se observa en la normativa objeto de estudio, es la ausencia de previsiones sobre el

70. Arts. 385 a 409 LECR.

71. Ejemplos de ello son la posibilidad de emitir una confesión sobre los hechos y el derecho a la última palabra, ambos ejercitables hasta el momento antes de dictar sentencia.

procedimiento de puesta en conocimiento de los imputados de los derechos inherentes a su condición, más allá de las escasas que establecen la utilización de un lenguaje y maneras comprensibles por el sujeto pasivo de la comunicación<sup>72</sup>. La frecuencia con la que debe de procederse a poner en conocimiento del imputado sus derechos todavía continúa sin fijarse en nuestra anciana LECr, produciéndose así todo tipo de inseguridades jurídicas y creándose situaciones en las que la consciencia efectiva de las posibilidades de autodefensa de los imputados va a depender muchas más veces del buen hacer de los órganos de la Administración de Justicia que de las propias previsiones legales.

Dos parecen ser las alternativas existentes a la frecuencia con la que se debe comunicar al imputado el derecho al silencio, puesto que, como ya se puso de relieve, se trata de un derecho disponible temporalmente –que no de futuro– y ejercitable en las distintas ocasiones que se proceda a solicitar la colaboración del imputado en el desarrollo del proceso penal<sup>73</sup>. Por un lado, podría optarse por que la primera autoridad ante la que se intenta recabar la colaboración del imputado, le advierta a éste de que goza del derecho al silencio para todas las ocasiones en que se le solicite su declaración, a lo largo de todas las fases procesales<sup>74</sup>; por otro, cabría la posibilidad de que se le recordara

72. Se entiende que la comunicación de aspectos tan trascendentales, para el imputado, como los que se señalan en el art. 520.2, deberá adaptarse a las condiciones subjetivas del mismo, así como las especiales circunstancias de hecho que suelen acompañar a la adopción de medidas cautelares personales y que sin duda puedan influir en las condiciones psíquicas del sujeto de las mismas; teniendo en cuenta, cuanto menos, la formación cultural aparente del imputado, su capacidad intelectual y su estado anímico.

73. Recuérdese la opinión de GIMENO SENDRA, en este sentido, en «Constitución...», op. cit. p.96. Vide cita 45.

74. Esta es la postura por la que se decantó el legislador italiano del antiguo art. 78.3 del derogado CPP de 1930. El nuevo art. 64.3 no especifica al respecto, con lo cual, y dada la práctica total coincidencia del espíritu informador de las redacciones de ambos artículos, no hay porqué pensar en un cambio de actitud a este respecto. En la misma línea parece discurrir el parágrafo 136 de la StPO alemana, el cual dispone que la comunicación del derecho a permanecer en silencio se practicará «al comienzo del primer interrogatorio»; es de suponer, por tanto, que dicha comunicación tenga vocación de permanencia para los distintos interrogatorios que, sobre la persona del imputado, puedan llevarse a cabo en la completa tramitación del proceso, sin necesidad de su reiteración temporal. En la misma línea se desarrolla el pensamiento de GIMENO SENDRA, op. cit. p.107.

su *ius tacendi* en cada nuevo intento de toma de declaraciones por las distintas autoridades judiciales que puedan proceder a ello, incluso por el juez decisor al tiempo de hacerle las preguntas generales de la ley, y de cuestionarle inmediatamente después de la apertura del juicio oral–sobre su conformidad o no ante los hechos<sup>75</sup>.

La adopción de la segunda solución expuesta, que duda cabe, supondría potenciar en grado máximo las bondades del derecho a la autodefensa. Sin embargo la opción acogida por el derecho comparado ha sido, en gran medida la primera; esto es, una sola advertencia formal de los derechos que asisten al imputado, por la autoridad en el primer interrogatorio al que se ve sometido el acusado, quién tendrá que hacer lo posible por «grabar» en su mente conceptos-derechos con los que no está familiarizado<sup>76</sup>.

75. La posición adoptada por la actual legislación de Inglaterra y Gales, aunque pudiera parecer a simple vista que se ajusta a este esquema, se mueve en torno a parámetros muy diferentes. Así, el parágrafo 10 del *Code of Practice for Detention, Treatment and Questioning of Persons by Police Officers* (norma para la aplicación de la *Police and Criminal Evidence Act de 1984*), dispone la necesidad de que la policía judicial comunique la llamada *caution*, al imputado, cuando proceda a tomarle declaración respecto de la investigación de un delito –naturalmente, siempre, en fase preprocesal, puesto que el Common Law desconoce la naturaleza de la investigación como fase del proceso penal–. El contenido de la *caution* es el siguiente: «No tiene usted que decir nada a menos que desee hacerlo, pero todo lo que usted diga podrá ser considerado como prueba». Por otra parte, la section 28(2) de la *Criminal Justice and Public Order Bill 1994*, obra de la *Royal Commission on Criminal Procedure* y próxima a entrar en vigor –salvo las enmiendas que el Parlamento estime pertinente admitir–, no solo no impone al juez del proceso la obligación de advertir al acusado su derecho a mantenerse en silencio, sino que arbitra una fórmula, por la que el juez le informa de su derecho a declarar lo que estime pertinente para su defensa, amonestándole –eso sí– de los efectos perjudiciales que puede reportar su actitud de no responder ante la acusación que contra él se formula en juicio.

Esta reforma de última hora, que hace trizas el derecho al silencio tradicionalmente consagrado en la section 1 (b) de la *Criminal Evidence Act 1898* –próxima a desaparecer como consecuencia futura promulgación de la *Act de 1994* comentada– como es lógico suponer, debido a la merma indiscriminada que conlleva respecto, tanto al derecho de defensa como a la presunción de inocencia, ha levantado las más airadas críticas por parte de la propia doctrina británica; en este sentido puede verse ASHWORTH, A. «The criminal process. An evaluative study». Oxford. 1994. P.118; y, anticipándose en el tiempo, ZUCKERMAN, A.A.S. «The principles of evidence». Oxford. 1989. P.331.

76. Vide nota 75.

#### 4.3.3. Concordancia interna del articulado de la LECr en relación con el derecho al silencio

La referencia a un último aspecto conflictivo quizás pueda servir para cerrar, siempre momentáneamente y sin vocación de futuro, este breve análisis de los instrumentos legales al servicio de la consecución del silencio voluntario del imputado, ante el intento de recabarle información sobre unos hechos supuestamente delictivos. Como acertadamente señala GIMENO la posición de nuestra LECr, con anterioridad de la reforma operada en el art. 520.2.(a), no era del todo translúcida a la hora del reconocimiento efectivo del derecho al silencio<sup>77</sup>. Hoy, todavía algunos artículos del citado texto pueden inducir, a los sujetos intervinientes en la aplicación de la justicia, a la conclusión de que, en ciertos momentos procesales, el imputado se encuentra, efectivamente, privado de su derecho constitucional a permanecer en silencio. En concreto, véase al art. 395 LECr, según el cual, «el procesado no podrá, a pretexto de incompetencia del juez, excusarse de contestar a las preguntas que se le dirijan, si bien podrá protestar de la incompetencia, consignándose así en los autos». Como, reiteradamente, ha sido señalado, la opción de la permanencia en silencio por el imputado, y a lo largo de todo el proceso, no está en función de ningún motivo concreto –como en este caso pudiera serlo la falta de competencia del juez instructor–, sino de la decisión individual y exclusiva de aquél para hacer o no valer sus posibilidades de autodefensa, dado el carácter disponible del derecho que le asiste.

No estaría de más aprovechar la oportunidad de este trabajo para señalar una posible inconstitucionalidad sobrevenida del precepto en cuestión, el art. 395 LECr<sup>78</sup>, ya que impide –«no podrá»– el ejercicio del *ius tacendi* como consecuencia de un motivo concreto –«a pretexto de incompetencia del juez»–, elegido por el legislador, de entre los muchos que, siempre y en todo caso, legitiman al imputado para no manifestar su pensamiento durante el interrogatorio que se le dirija, tanto en fase instructoria como resolutoria del proceso penal.

77. Vide GIMENO, op. cit. p.107.

78. En el mismo sentido DIAZ CABIALE, J.A. «La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal». Premio Poder Judicial. Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1992. P. 168.

#### V. VALORACIÓN DEL EJERCICIO DEL DERECHO AL SILENCIO

##### 5.1. Introducción

La conducta del silencio ante la formulación de una pregunta es de las pocas actitudes humanas que provoca una preocupación tanto a nivel jurídico-técnico como a nivel popular. Afortunadamente, como tendremos ocasión de descubrir al final de este epígrafe, la jurisprudencia más reciente así como el sector doctrinal más progresista no se ha dejado influir por las consideraciones pasionales que caracterizan a las valoraciones extrajurídicas del silencio.

El aforismo español de «el que calla otorga», no necesita presentación alguna, antes bien, de todos es conocido como integrante de una cultura popular que ha creado una tradición sólida, en torno a la consideración de aquél como una máxima de la experiencia; esto es, se presume que quien permanece en silencio frente a un interlocutor que expone su pensamiento, asiente a lo dicho puesto que no manifiesta nada en contrario. La sabiduría popular es ciertamente, y valga la redundancia, sabia, y ha elaborado otro refrán –«las apariencias engañan»– que pone en tela de juicio la probabilidad de acierto del anterior. Más comentarios huelgan.

Desde la perspectiva jurídica la cuestión de la valoración de las consecuencias del silencio es algo más compleja. Las consecuencias que se derivan de la decisión personal –y legítima– del imputado de permanecer callado, de no manifestar su pensamiento cuando escucha una imputación dirigida, en espera siempre de su reacción, contra él, han constituido el caballo de batalla de numerosos estudiosos del derecho procesal y, por ende, objeto de tratamiento reiterado y no unánime, por el legislador. Intimamente relacionado con el derecho a la presunción de inocencia y con la atribución, indubitada, de la naturaleza, igualmente, de derecho constitucional al *ius tacendi*, el problema ha quedado definitiva y felizmente zanjado en nuestro país, de forma tal que, actualmente puede afirmarse que el silencio del imputado –o acusado, en su caso– carece de valoración alguna para incidir tanto *contra* como *pro reo*.

La conclusión que se expone en el párrafo inmediatamente precedente, es el fruto de la revisión y crítica de diversas teorías que han sido

sostenidas respecto a la valoración del efectivo ejercicio del derecho al silencio y que a continuación se abordan de manera muy sucinta.

## 5.2. POSICIONES DOCTRINALES

### A) *Posiciones que privan al silencio de su naturaleza de derecho individual y exclusivamente ejercitable por el imputado*

Los defensores de esta teoría parten del presupuesto de considerar necesaria la respuesta del imputado –mejor si el contenido de la misma es veraz– a las preguntas dirigidas contra él, y en relación a la investigación de una actividad supuestamente delictiva. En definitiva, se espera el cumplimiento de una obligación jurídica del imputado asimilable al deber de declaración de los testigos, o a un deber jurídico de veracidad, o, por último, a una obligación moral de decir verdad. Las tres tendencias son coincidentes a la hora de atribuir consecuencias desfavorables para el inculcado, las cuales tomarán cuerpo y se manifestarán en «la formación del convencimiento judicial de su –la del imputado– culpabilidad»<sup>79</sup>.

A estas alturas de la exposición hay que repetir una vez más que el *status* de imputado no tiene nada que ver con el del testigo, no pudiéndose equiparar las obligaciones de comparecencia, declaración y probidad de este último, con el completamente opuesto derecho de defensa del imputado<sup>80</sup>.

La línea de pensamiento que define a esta tendencia no es exclusiva de autores pertenecientes a épocas pasadas; tristemente, se ha vuelto a actualizar de la mano de la, ya descrita, nueva reforma inglesa del silencio, a través de la *Criminal Justice and Public Order Bill* 1994. La mencionada novedad retorna a posiciones que, hoy en día, convendría caracterizar de impensables, puesto que con ella se suprime el derecho al silencio como modalidad defensiva del acusado, a quien se

79. GOMEZ DEL CASTILLO, M.. Op. cit. p.50.

80. Son aplicables todas las críticas de fondo que se argumentaron al estudiar la naturaleza de la declaración del imputado.

le coacciona para que intervenga en su defensa en juicio, so pena de no presumirse su inocencia como consecuencia de permanecer en silencio. Los principales textos jurídicos internacionales defensores de los derechos humanos que fueron promulgados tras el fin de la II Guerra Mundial, elaboran un elenco de derechos fundamentales de la persona, entre los que se encuentran el derecho a la presunción de inocencia, a la defensa y a la no declaración contra sí mismo, de los que no puede verse privado ningún ser humano, debiendo ser protegidos y respetados por todos los ordenamientos jurídicos nacionales.

### B) *Reconocimiento general del derecho al silencio, con atribución de consecuencias negativas cuando esa actitud se produzca ante preguntas «que no impliquen autoimputación».*

La valoración del silencio para los defensores de la teoría que proclamaba un derecho parcial a permanecer callado, esto es, solo frente a preguntas directamente incriminadoras del imputado, tiene un alcance doble. Por un lado, mientras se tuviera una auténtica disponibilidad del derecho a la defensa, el silencio no conllevaría efecto, positivo o negativo, alguno; ahora bien, frente a las preguntas generales de la ley, surgiría una obligación ineludible de cooperar con la Administración de Justicia, cuyo incumplimiento ocasionaría no exactamente la pérdida de la presunción de inocencia sino de una sanción específica.

La naturaleza de las consecuencias jurídicas negativas, propuestas por los seguidores de esta tendencia, no es idéntica en todos los casos, antes bien, se pueden apreciar, utilizando un lenguaje musical, variedades sobre el mismo tema, a cual de ellas más criticable.

Para el art. 64.3 del CPP italiano de 1988, el silencio, sobre la identidad de una persona, conlleva la misma sanción atribuida a los que cometan el delito de utilización de nombre falso o supuesto, sin que pueda ser inferior a un año ni superior a tres años de reclusión en centro penitenciario<sup>81</sup>. Como ya quedó criticado en su momento, no es lícito impedir al imputado la instrumentación de su derecho a la autodefensa del modo que estime más oportuno; además, es necesario recordar de

81. Art. 66.1 CPP en relación con el 495 del CP.

nuevo que, no procede afirmar la ausencia de conexión entre la declaración de la identidad como vía para la integración de la determinación del delincuente, y la autoincriminación de los hechos de la imputación, sino antes bien, dicho pronunciamiento sobre la identidad puede, en un número elevado de supuestos, implicar una autoimputación indirecta de la supuesta actividad delictiva. No tiene sentido, pues, acusar y, en su caso, condenar a un imputado por otro delito distinto del que inicialmente provoca su adquisición de tal status, por la simple circunstancia de proceder a la libre organización y práctica de su autodefensa.

Todavía, si cabe, más radical es la consecuencia propuesta, de *lege ferenda*, por PORTERO. Sostiene el citado autor que la pasividad del imputado en «su obligada» cooperación con la Administración de Justicia, deberá ser sancionada a través de la aplicación de una agravante sobre el tipo penal por el que resulte condenado, en supuesto de que se le declare responsable del mismo; igualmente señala la posibilidad, y ya con carácter general para todas las cuestiones del interrogatorio, de llegar a una transacción con el imputado por la que se le apliquen los beneficios de la atenuante de reconocimiento de hechos, cuando de su cooperación resulte el total esclarecimiento de la verdad<sup>82</sup>. Las objeciones manifestadas en relación con la actual legislación italiana pueden ser reiteradas sin reservas con ocasión de la propuesta de PORTERO. Sin embargo, no estaría de más añadir otras matizaciones que contribuyen a ahondar en el rechazo de sus postulados. El recurso a la utilización de medidas agravatorias o atenuantes de la responsabilidad penal no puede tener cabida en el supuesto de que el imputado permanezca en silencio ante una cuestión dirigida al averiguamiento de su identidad<sup>83</sup>; y ello puede justificarse en que los criterios de creación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal se instrumentan en torno, bien a la relación particular del imputado —en el caso de que sea efectivamente él un participante en los hechos supuestamente delictivos— con el ofendido por el delito —y no con la Administración de Justicia—, o bien a las circunstancias de la ejecución del hecho delictivo o a los medios empleados en ésta<sup>84</sup>. El incentivo que

82. Vide PORTERO GARCIA, L., op. cit. p.888.

83. En este sentido ASENCIO MELLADO, «Prueba prohibida...» op. cit. p.124.

84. Vide art. 60 del Código Penal. En el mismo sentido COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTON, T.S., «Derecho Penal. Parte general», 2ª ed., Valencia, 1987. P.614.

para fomentar la declaración del imputado, finalmente, propone PORTERO, esto es, la aplicación de la atenuante de arrepentimiento espontáneo cuando dicha persona colabore con la autoridad investigadora ante la que comparece, tampoco tiene un encaje adecuado para estos propósitos, puesto que no solo se constituiría como una especie de *incentivo-coacción* para el imputado —eliminando la verdadera naturaleza de espontaneidad de su declaración—, sino que, además, es presupuesto ineludible para la aplicación de dicha atenuante que la colaboración del imputado se produzca «antes de conocer la apertura del procedimiento judicial» (art. 9.9ª CP).

Una última crítica cabría frente a los soluciones defendidas por PORTERO; lo que este autor está ocasionando es una mixtura un tanto desordenada de postulados aisladamente defendibles pero cuyo estudio conjunto provoca contradicciones graves; ello se produce al afirmar la existencia de un derecho al constitucional silencio, al tiempo de la posibilidad de penalización de su efectivo uso por el imputado en determinadas ocasiones y en virtud de las preguntas que le sean formuladas, o de la concesión de «regalías» si «colabora» con la Justicia. En definitiva propone el uso de un principio de oportunidad *sui generis* de tal modo que el imputado siempre recibe castigo o beneficio, pero no indiferencia de valoración en torno a su inocencia o culpabilidad como correspondería al ejercicio libre del derecho al silencio.

### 5.3. Conclusión: El silencio como derecho disponible por el imputado con independencia de la naturaleza de las cuestiones ante las que se ejercite

Nuestro Ordenamiento Jurídico viene en reconocer un derecho del imputado a permanecer en silencio frente a cualquiera que sea la naturaleza de las preguntas que se le dirijan, y ello porque, como ya ha sido señalado, las normas deben ser interpretadas de la manera más garantista posible para el desarrollo de los derechos fundamentales de la persona con mayor plenitud.

El derecho a la presunción de inocencia, regla de distribución de la carga de la prueba —por excelencia— en el proceso penal, lleva aparejada la consecuencia ineludible de que sea la acusación, y nunca el acusado o su defensa, quien demuestre los hechos constitutivos de su preten-

sión<sup>85</sup>. En este orden de cosas, el mero hecho de un órgano investigador –en fase de instrucción–, o las partes acusadoras –en la fase de juicio oral– afirman el contenido de una imputación criminal o cuestionen al sospechoso, de manera directa o indirecta, sobre el mismo –contenido, con vocación de presunción de la culpabilidad de aquél, no implica que efectivamente el imputado sea culpable, esto es, que pierda su presunción de inocencia de manera automática; antes bien, dicha culpabilidad, en su caso, tendrá que ser efectivamente probada en el juicio oral.

Un último obstáculo viene representado por la fácil tentativa a considerar la negativa a manifestarse del imputado como indicio de su culpabilidad. Si se realiza una breve incursión en la teoría de la prueba indiciaria, la solución es muy otra. En primer lugar, como sostiene reciente jurisprudencia del TS<sup>86</sup> solo se puede probar un indicio a través de pruebas directas, que además sean auténticas pruebas, esto es, que se produzcan con todas las garantías procesales que son exigibles de los actos probatorios según la jurisprudencia del TC<sup>87</sup>. Por otro lado la atribución al silencio del imputado del valor probatorio suficiente como para destruir la presunción de inocencia, equivaldría a la introducción de prueba prohibida en el proceso, puesto que «un derecho fundamental, para ser eficaz, exige la posibilidad de su ejercicio impidiendo cualquier sanción o consecuencia negativa que pueda derivarse del ejercicio del mismo ya que, en caso contrario, los derechos fundamentales quedarían reducidos a meras declaraciones formales».

Concluyendo, no debe existir, por tanto, reparo alguno en manifestar que del silencio no se puede derivar ninguna prueba, ni siquiera indicio, en favor de la culpabilidad o de la no culpabilidad del imputado<sup>88</sup>, esto es, se trata de una conducta que no admite valoración de

85. Vide al respecto numerosísima jurisprudencia del TC en este sentido, inaugurada con sentencias tales como las 31/1981, 70/1985, 187/1988, 201/1989, 41/1991, 59/1991, 140/1991, 138/1992, o 78/1994, entre otras muchas.

86. SsTS 11/3/1991; 15/4/1991; 18/9/1991 cf ASECIO MELLADO, J.M. Presunción de inocencia y prueba indiciaria en «Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia». Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1992. P. 163 a 180. P. 173.

87. Sobre las condiciones que debe tener un acto procesal para ser considerado verdadera prueba, son interesantes las SsTC 41/1991 y 140/1991, entre otras muchas.

88. Así se manifiestan, abiertamente, en nuestra doctrina, ASECIO MELLADO «Prueba prohibida...» op. cit. p.124 y GIMENO SENDRA, op. cit. pp.107 y ss.; y en la doctrina inglesa, ZUCKERMAN, op. cit. p. 331.

ningún género. Nuestro TS, en sentencias tales como las de 31/3/89, 26/4/90, o 1/10/92, se ha manifestado siempre como defensor de esta postura; por añadidura, la conexión indisoluble entre la presunción de inocencia y el derecho a permanecer en silencio ha sido recientemente reconocida por el TEDH a través de su sentencia en el asunto Funke, Cremieux, Mialhe y Dobbartin c. Francia de 25 de febrero de 1993, A. 256 (1993).

#### BIBLIOGRAFÍA

- ASECIO MELLADO, J.M. «La prisión provisional». Madrid. 1987.  
 «Prueba prohibida y prueba preconstituida». Madrid. 1989.  
 Presunción de inocencia y prueba indiciaria en «Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia» Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1992. Pp.163 a 180.  
 El imputado en el proceso penal español en «La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal». Consejo General del Poder Judicial». Madrid. 1993. Pp.59 a 78.  
 ASHWORTH, A. «The criminal process. An evaluative study». Oxford. 1994.  
 BELLAVISTA, G. «Studi sul processo penale» II. Milano. 1960.  
 BUZZELLI, S. «Diritto al silenzio e dichiarazioni spontanee (critica della giurisprudenza)»; en RDP, n°3 1989, pp.795 y ss..  
 CHIAVARIO, M. y Otros. «Commento al nuovo Codice di Procedura Penale». Vol. I. Torino. 1989.  
 CONSO, G. y GREVI, V. «Commentario breve al Codice de Procedura Penale». Padova. 1987.  
 CONSO, G. y GREVI, V. «Profili del nuovo codice di procedura penale». Pavoda. 1991.  
 COOPER, S., MURPHY, P. and BEAUMONT, J. «Cases & materials on evidence». 3rd. ed.. Blackstone. 1994.  
 COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTON, T.S. «Derecho Penal. Parte General». 2ª ed. Valencia. 1987.  
 DIAZ CABIALE, J.A. *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal* en «Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial», Premio «Poder Judicial», 1992.

- DORING, E. «La prueba. Su práctica y apreciación». Traducción BANZHAF, T.A.. Buenos Aires. 1972.
- FAIREN GUILLEN, V. «La disponibilidad del derecho de defensa» en Anuario de Derecho Penal, XXII, Fasc.II, 1969, pp.229 y ss.
- FENECH, M. «Derecho Procesal Penal». Barcelona. 1960.
- FOSCHINI, G. «L'imputato. Studi». Milano.1956.
- GALANTINI, N. «L'inutilizzabilità della prova nel processo penale». Padova. 1992.
- GARRIDO FALLA, F. y Otros «Comentarios a la Constitución». 2ª ed... Madrid. 1985.
- GIMENO SENDRA, V. Constitución y proceso». Madrid. 1988.
- GOMEZ DEL CASTILLO GOMEZ, M. «El comportamiento procesal del imputado (silencio y falsedad). Barcelona. 1979.
- GOMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V. «Derecho Procesal Penal». 10ª ed.. Madrid. 1987.
- GREVI, V. «Considerazioni preliminari sul diritto al silenzio dell'imputato nel nuovo 3° comma dell art. 78 C.P.P.» en RIDPP, 1970, pp. 1119 y ss.
- GREVI, V. «*Nemo tenetur se detegere*. Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano». Milano. 1972.
- GUTIERREZ DE CABIEDES, E. «El principio *pro reo* en el derecho y en el proceso penal» en «Estudios de derecho procesal». Pamplona. 1974.
- MANZINI, V.«Tratado de derecho procesal penal». Trad. SENTIS MELENDO, S. y AYERRA REDIN, M.. Buenos Aires. 1954.
- MAZZA, O. «Libertà personale e ricerca della prova nelle indagini preliminari; en RDP n°1 1994, pp.243 y ss.
- MURPHY, P. «Blackstone's criminal practice» 4th. ed.. London. 1994.
- PORTERO «¿Derecho constitucional a no declarar?» en «Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1993». Madrid. 1994.
- RAMOS MENDEZ, F. «El proceso penal. Lectura constitucional». 3ª ed.. Barcelona. 1993.
- RODRIGUEZ-SOLANO «El silencio: su valor probatorio (STS 6/12/1952)» en RPr II n°9, 1953.
- ROMERO ARIAS, E. «La presunción de inocencia. Estudio de alguna de las consecuencias de la constitucionalización de este derecho fundamental». Pamplona. 1985.
- TOME GARCIA, J.A. «Protección procesal de los derechos humanos

- ante los tribunales ordinarios. (CE. y leyes de desarrollo). Madrid. 1987.
- STAVROS, S. «The guarantees for accused persons under article 6 of the European Convention on Human Rights». Dordrecht. 1993.
- ZUCKERMAN, A.A.S. «The principles of criminal evidence». Oxford. 1989.

## ALGUNAS CONSIDERACIONES CRÍTICAS RELATIVAS A LA COMPARECENCIA OBLIGATORIA EN EL JUICIO DE MENOR CUANTÍA

M<sup>ª</sup> TERESA MADIEDO HONTAÑÓN  
JAVIER GUSTAVO FERNÁNDEZ TERUELO  
(BECARIO DE INVESTIGACIÓN-UNIVERSIDAD DE OVIEDO)

La Ley 34/84 de 6 de Agosto de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil aporta importantes novedades, entre las que destaca la introducción de la denominada comparecencia obligatoria en el Juicio de Menor Cuantía. La justificación de esta novedad se debe a la sustitución del Juicio de Mayor Cuantía como juicio-tipo motivada por su «ritmo demasiado lento», lo cual no sólo ocasionaba el lógico retraso en la solución del litigio sino también los correspondientes gastos para las partes y para el propio Estado que en nada favorecían el fin de la justicia.

Se preveía que el Juicio de Menor Cuantía soportase el contingente más nutrido de asuntos litigiosos que se resolvería así de un modo más rápido. La propia Exposición de Motivos constataba los fines de esta nueva comparecencia obligatoria. Éstos serían: lograr un acuerdo entre las partes que evitase la sentencia; subsanar los posibles defectos o faltas; esclarecer la posición de las partes y en definitiva establecer cuáles han de ser las posiciones de las mismas.

Nuestro objetivo con este trabajo es poner de manifiesto algunas deficiencias puntuales de las que adolece la Ley de Reforma a la luz de su aplicación durante los diez años transcurridos desde su promulgación hasta hoy.

La redacción del párrafo segundo del art. 691 es, a nuestro parecer, uno de los ejemplos más claros de cómo se emprenden en España reformas sin la necesaria visión de conjunto que, en el caso que ahora nos ocupa, afecta no sólo al Juicio de Menor Cuantía, es decir al instituto concreto que se pretende configurar, sino a toda una ley como omnicompreensiva de un «mundo jurídico propio» que exige una estructura consistente y coherente.

Dice el primer punto del párrafo segundo del art. 691: «a la comparecencia serán citados los propios litigantes que habrán de estar presentes por sí mismos o representados por su procurador para que la comparecencia se tenga por celebrada».

Centrémonos en la citación: La llamada al propio litigante, según Almagro Nosete<sup>1</sup>, es manifestación del recelo que inspiran en determinados sectores –incluso en la propia judicatura– otras profesiones forenses y revela una inspiración judicialista de la reforma. Vázquez Iruzubieta<sup>2</sup> es aún más tajante: *El litigante en la inmensa mayoría de los casos, ni quiere estar presente, ni sabe para qué tiene que estar presente y otorga poder y busca abogado de confianza para que le asista técnicamente, olvidándose de la preocupación de seguir de cerca las alteraciones del proceso.*

Como vemos, son duras críticas sin duda acertadas; nosotros nos preguntamos: ¿Tiene esta regulación una verdadera utilidad? Creemos que no. Si al menos y a pesar de sus deficiencias técnico-jurídicas tuviera un sentido en la práctica forense, podría disculparse la negligente redacción, pero esto no es así. Los litigantes son citados personalmente pero, ¿han de ser ellos los que den aviso a sus procuradores y abogados convirtiéndose en promotores de su propia justicia? La consecuencia obviamente, resulta lógica. La práctica de los Tribunales nos proporciona los autos de la Audiencia Provincial de Barcelona (4

1. Almagro Nosete.- Comentarios a la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Tecnos. Madrid. 1985, pág. 568 y ss.

2. Vázquez Iruzubieta.- Doctrina y Jurisprudencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Tercera edición. Edit. Revista de Derecho privado. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid 1987. Pág. 867 y ss.

de octubre de 1990), que sobreesen el juicio por el hecho de que sólo habían sido citados los procuradores. No cabe duda de que la Audiencia Provincial de Barcelona ha seguido un estricto criterio literal de interpretación. Pero ¿es éste el criterio que debía prevalecer en este caso?; no. Y ello por varias razones, en primer lugar lo que el juez ha de buscar cuando interpreta no es tanto la justicia y la verdad, – conceptos absolutos e inaprensibles–, como la seguridad y la certeza jurídicas que fortalecen la confianza del ciudadano en la Administración de Justicia, entendiéndose por tal, la justicia del Derecho vigente. Por eso, uno de los criterios a nuestro juicio prioritario en la interpretación de la norma, debe ser el literal, siguiendo las reglas de interpretación como «cánones de lógica» de los que habla Rocco<sup>3</sup> y que en el Derecho Procesal se concreta en lo siguiente: «esta determinación precisa y rigurosa de los límites y de la actividad de los órganos jurisdiccionales y de las partes, excluye normalmente, la posibilidad de interpretación progresiva, que presupone la evolución de las relaciones, lagunas o ambigüedades, de la ley». Ahora bien, cuando la redacción de un precepto es ilógica con la línea argumentativa de toda una ley –en este caso la Ley de Enjuiciamiento Civil–, es evidente que no podemos limitarnos a actuar como puros ejecutores y aplicar ese concreto párrafo sin más. La interpretación lógica exige lógica interpretativa y ésta se rompe en el momento en que aplicamos algo carente de coherencia interna. Podríamos atenernos a principios generales, a criterios de justicia a los que en multitud de ocasiones recurre nuestro Tribunal Constitucional, pero es que en este caso tampoco hay ninguno posible al que acudir. Pensemos por ejemplo, en el principio de seguridad jurídica: ¿concede más seguridad a los litigantes el hecho de ser citados personalmente que el de serlo a través de quien les representa legalmente?; leamos el art. 3 de la L.E.C. ¿Es quizás la celeridad lo que con esto se consigue?. Claramente no. Mayor agilidad nos proporciona el actuar directamente a través de quienes por su profesión y conocimientos técnicos están cualificados para el empeño que se pretende. En conclusión, la situación originada es lamentable.

Continuamos ahora con el último punto del párrafo segundo del art. 691º de la L.E.C.: «La incomparecencia de los abogados no determi-

3. Rocco, U.- Teoría General del Proceso Civil. Primera edición. Porrúa. Méjico 1959. Pág. 143 y ss.

nará la suspensión del acto». La sala 1<sup>a</sup> del Tribunal Supremo a través de su innovadora sentencia de 18 de julio de 1992 haciendo uso de un criterio extensivo de interpretación ha establecido que: «se ha producido una tácita derogación dada al art. 691 del mismo cuerpo legal en la reforma del año 1984; y esto es así, pues en el segundo párrafo de tal disposición se exige la presencia del litigante o en su defecto la del procurador que lo represente, prescindiendo de la del abogado. Esta original regulación procesal es objeto de duras críticas, pero la realidad legal presente es que la única persona de la que se puede prescindir, y cuya incomparecencia no suspende el acto, es la del abogado, y ello incluso con olvido de la función técnica que al letrado corresponde, y de su misión conciliadora de cuestiones a las que se refieren los siguientes artículos 692 y 693». El alcance de esta interpretación trae consigo funestas consecuencias, como se puso de manifiesto en el caso objeto de esta sentencia. El juez de primera instancia dictó sentencia sin dar lugar al recibimiento a prueba, razonando que: «...la dirección técnica de las partes corresponde al abogado, sin que en la comparecencia previa del Juicio de Menor Cuantía pueda el procurador pedir el recibimiento del pleito a prueba, no siendo tampoco suficiente el haberse suscitado en el escrito de demanda. La sentencia de primera instancia es apelada y revocada por la Audiencia, que declara la nulidad de actuaciones, y la reposición de los autos al momento de la referida comparecencia; resolución ésta contra la que se dirige la presente casación, teniendo como infringidos los artículos 693 y 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 463 de la Ley Orgánica del Poder Judicial». ¿Cómo resuelve el Tribunal Supremo?. Parte de una particular doctrina constitucional, –reflejada en la emblemática sentencia 39/88 de 9 de marzo–. Respecto al alcance que deba darse al contenido del art. 10 de la L.E.C. : «Desde otro punto de vista conviene analizar la sentencia del Tribunal Constitucional 39/1988 de 9 de marzo, también esclarecedora del alcance que deba darse al contenido del citado art. 10 de la Ley Procesal, entendiendo que una recta interpretación del mismo, debe comprender la forma en que tal precepto ha quedado modificado por establecimiento de los derechos que consagra el artículo 24 de la Constitución, calificando la falta de firma del Letrado (en el caso que nos ocupa sería la falta de presencia) como un «acto incompleto», sin que quepa duda razonable sobre la posibilidad de que tal acto pueda ser completado posteriormente;

llegando finalmente a la conclusión de que «la falta de firma del Abogado en escrito firmado por el Procurador como representante de la parte litigante, no es defecto que deba conducir sin más a la nulidad del acto procesal, ni tampoco a la de resolución judicial que lo admitió. La aplicación de los preceptos legales antes citados, impone el otorgamiento de un plazo prudencial para la rectificación o subsanación del defecto observado. Todo ello en aras del cumplimiento de los preceptos legales que se han citado, y del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24 de la Constitución Española». Razona el Tribunal Supremo que con más motivo en este caso en que por ley es facultativa la presencia del abogado, podrán las partes litigantes asumir las funciones de solicitar o ratificar el recibimiento a prueba. El problema es que ambas situaciones –dejando aparte nuestra opinión personal sobre la doctrina constitucional–, no presentan identidad de razón. En la primera, el plazo concedido sirve para que sea el mismo abogado el que subsane el defecto de su firma (o presencia en su caso); en el segundo supuesto son las partes las que sustituyen lo que por lógica tendría que realizar el abogado. Una vez más la Ley de Reforma nos ha llevado a un callejón sin salida que ha obligado a los jueves a sortear el problema como han podido. ¿Ha leído el legislador los artículos 8 y 39 del Estatuto General de la Abogacía?, es evidente que no, ¿y cuál es la opinión de la doctrina?. Almagro Nosete<sup>4</sup> considera injustificada la muestra de desconfianza del legislador ante la figura del abogado. Mayor razón de ser tendría, para este autor, que el procurador fuera a asistir –sin el litigante– pero con poder especial, pues la fórmula para llegar a un acuerdo conciliatorio suele ser casi siempre la transacción. Alguna vez, piensa Almagro, algún juez planteará la cuestión de inconstitucionalidad en relación a dicho precepto: desafortunadamente hasta ahora no ha sido así. Vázquez Iruzubietá<sup>5</sup> por su parte, ve cómo en la práctica de los juzgados se pone cada vez más de manifiesto la complijidad y especialización de las técnicas jurídicas que exigen expertos en Derecho para que el proceso realmente tenga un sentido y recalca lo meridianamente establecido en el art. 10 párrafo 1º de la L.E.C. Broca Majada<sup>6</sup> a su vez considera que quienes realmente han de

4. Almagro Nosete.- ob. cit. pág. 568 y ss.

5. Vázquez Iruzubietá.- ob. cit. pág. 871 y ss.

6. Broca Majada.- Práctica Procesal Civil. Bosch, Barcelona, 1968. Pág. 1361.

hablar para formular válidamente alegaciones y peticiones no son las partes mismas, sino los profesionales que gocen de postulación procesal. Podemos concluir este comentario con la opinión de uno de los más grandes procesalistas de este siglo. Carnelutti<sup>7</sup>, quien tomaba como punto de referencia la clase de cuestiones debatidas en la comparecencia obligatoria, de tal modo que si éstas eran de carácter fáctico bastaba la presencia de las partes, mientras que siendo de índole técnica era imprescindible la presencia de procuradores y abogados.

Una de las soluciones jurisprudenciales más discutibles es la posibilidad de eliminar la comparecencia obligatoria en el Juicio de Menor Cuantía cuando el proceso trate sobre materias que no sean susceptibles de acuerdo o transacción. En las sentencias 19/4/90 y 4/10/91 el T.S. llega a la conclusión de que la omisión de la comparecencia en el caso concreto de incapacitación no provoca indefensión de las partes ya que entiende que la finalidad primordial de dicha comparecencia es la posibilidad de que las partes lleguen a un acuerdo sobre el objeto del proceso. El hecho de que la naturaleza de la acción ejercitada lo haga imposible, lleva al T.S. a eliminar la comparecencia sin más. Frente a esta postura entendemos que la finalidad de la comparecencia no es meramente transaccional sino que la propia letra de la Ley se deduce que también le es atribuible un carácter subsanador de defectos procesales donde además las partes de modo contradictorio pueden alegar y proponer las pruebas que estimen oportunas. Por todo ello, si siguiéramos la línea jurisprudencial antes mencionada estaríamos cercenando el derecho de defensa que debe asistir a las partes en el proceso, como constata nuestro T.C. en una doctrina ya asentada<sup>8</sup>. Según la misma se produce indefensión cuando el órgano judicial dentro del proceso impide a la partes ejercer libremente su derecho de defensa que se concreta en todas las funciones que antes atribuimos a la comparecencia. Si a ello añadimos –como establece la sentencia 4/10/91–, que los quebrantamientos de formalidades para que den lugar a la casación exigen el requisito de ser denunciados cuando se producen en primera y segunda instancia; ¿qué oportunidad se le da a las partes para formular dicha denuncia?

7. Carnelutti.- Instituciones del Proceso Civil. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1959. Pág. 12.

8. ATC 190/83; STC 156/85; STC 64/86; STC 89/86; STC 12/87; STC 171/91; STC 47/92.

Una de las razones que justifican la sustitución del Juicio de Mayor Cuantía por el de Menor Cuantía como juicio-tipo dentro del proceso civil es la necesidad de cumplir con los principios de celeridad y economía procesal en aras a una más eficiente administración de justicia. Sin embargo diversas sentencias<sup>9</sup> nos muestran una de las grandes contradicciones en que incurre el legislador. Así, mientras en el Juicio de Mayor Cuantía (calificado por la reforma como «demasiado lento»), se establece en sus artículos 491 y ss. la posibilidad de resolver la falta de conformidad del demandado en la cuantía a través de una comparecencia previa a la propia contestación a la demanda. En el juicio-tipo (Juicio de Menor Cuantía), el demandado se ve obligado a formular e interponer su contestación a la demanda, como constata la sentencia AP Madrid, 3/12/91, sin darle la posibilidad de resolver este incidente en una comparecencia previa a la prevista como obligatoria en la Ley de Reforma.

El artículo 693 recoge en su n<sup>o</sup> 1 el problema de la discrepancia entre partes en torno a la cuantía litigiosa, estableciendo que de no llegar a un acuerdo, será necesaria la elección de un perito por cada una de las partes y de un tercero por el juez. Inexplicablemente la Ley de Reforma no prevé qué solución haya de darse en el supuesto de que el demandado esté en desacuerdo con la cuantía establecida por la parte actora y ésta no suponga un cambio de procedimiento, la cuestión es de gran importancia máxime cuando los límites en dicha cuantía determinan el acceso a casación (art. 1687 L.E.C.). Consideramos que suprimida la referencia que en el art. 492 L.E.C. se hacía al Juicio de Menor Cuantía, la única solución posible sea la aplicación por analogía del referido artículo.

Una cuestión interesante resuelta jurisprudencialmente es la relativa a la renuncia efectuada en el Juicio de Menor Cuantía. El Tribunal Supremo, una vez más, ejerce su función de fuente complementaria del ordenamiento (art. 1.6 CC.), debido a las numerosas lagunas que la Ley de Reforma 34/84 presenta. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1992 establece que el momento procesal oportuno para que el actor formule la renuncia a su pretensión es el de la comparecencia y además prevé que una vez efectuada aquella renuncia, produzca sus efectos típicos, es decir, la conclusión del procedimiento, de modo

9. STS 12 Feb. 1991; SAP Orense 15 Oct. 1991; SAP Madrid (Sección 13) 3 Dic. 1991.

automático, sin necesidad de resolución expresa que así lo declare. La trascendencia de esta afirmación es enorme en relación con la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1989. En la misma se considera que el acta levantada por el secretario en el supuesto de incomparecencia de ambas partes al que alude el art. 691 p. 3<sup>o</sup> no es documento susceptible de ser recurrido en casación. Pero por asimilación de supuestos entendemos que igualmente el acta en la que el secretario haga constar la renuncia tampoco es susceptible de casación ¿qué ocurre entonces en el hipotético caso de que se haya producido una renuncia y dados los postulados aportados por la sentencia anterior, no haya resolución alguna que concluya el procedimiento? La parte afectada queda en indefesión. Lo lógico sería que la solución fuese la misma que en el supuesto de incomparecencia de ambas partes, esto es: el secretario levanta la correspondiente acta y el juez dicta el debido auto de sobreseimiento, que sí es recurrible en casación.

Antes de poner fin a este estudio acerca de la Ley de Reforma 34/84, hagamos una breve referencia a la figura del **Sobreseimiento**, introducido por la citada Ley en Proceso Civil. Este instituto se prevé en dos ocasiones dentro de la comparecencia celebrada en el Juicio de Menor Cuantía; una en el art. 691.3 con ocasión de la inasistencia de ambas partes al acto de comparecencia: «*el Juez, sin más trámite, dictará auto de sobreseimiento del Proceso, ordenando el archivo de los autos*»; y otra en el art. 693 n<sup>o</sup> 4a: «*si el defecto o la falta fuera insubsanable o no se hubiera corregido en el plazo concedido se dará por terminado el acto y en el mismo día o al siguiente se dictará auto de sobreseimiento del proceso, ordenando el archivo del mismo con imposición de costas*».

Dejando de lado las discusiones doctrinales acerca de si realmente existen o no antecedentes históricos dentro del Proceso Civil de esta figura, los problemas más graves que plantea el auto de sobreseimiento previsto son los siguientes; por un lado, conocer cuál es su razón de ser. Parece que en el primer caso se pretende de algún modo sancionar la actitud indiferente de las partes al no asistir al acto de comparecencia. En el segundo caso el fundamento es distinto; razones de economía procesal llevan a que en este momento de la comparecencia se de por concluido un proceso que en todo caso llevaría a una sentencia absolutoria en la instancia<sup>10</sup>.

10. Alonso-Cuevillas y Sayrol, J.- La comparecencia preparatoria del Juicio de Menor Cuantía, Bosch. Barcelona, 1992. Pág. 146.

Por otro lado, parece interesante averiguar cuál es la naturaleza jurídica de este auto. Existe una amplia literatura jurídica<sup>11</sup> al respecto en la que no entraremos puesto que desde un punto de vista práctico más que disquisiciones doctrinales lo que nos interesa saber es el alcance y los efectos de esta figura.

El auto de sobreseimiento es claramente una resolución judicial que adopta la forma de auto (art. 369 *L.E.C.*) y que conlleva el archivo de las actuaciones. Con estos elementos deducimos que el auto de sobreseimiento pone fin al proceso y es por tanto una resolución de las consideradas definitivas por el art. 1689 *L.E.C.* y como tal susceptible de recurso de casación; por otra parte produce el efecto de cosa juzgada material<sup>12</sup> y por tanto mientras no prescriba la acción podrá ser promovida nueva demanda, pues no es posible deducir el efecto de cosa juzgada formal del archivo de las actuaciones, pues ello requeriría una resolución judicial de distinta índole.

La parquedad de la Ley nos exige una interpretación cercana a la analogía para poder dar un sentido a esta figura dentro de todo el contexto de lo que la comparecencia es dentro del Juicio de Menor Cuantía y de lo que éste supone dentro de la propia Ley de Enjuiciamiento Civil.

Como se puede observar son muchas las cuestiones pendientes tras la reforma llevada a cabo hace diez años. Quizás sea necesario un estudio más amplio que permita sacar a la luz nuevos defectos y lagunas para que así el legislador se haga cargo y, junto con el estudio detallado de los problemas a los que nuestros tribunales se han enfrentado en el momento de aplicar esta particular normativa, elabore un conjunto de medidas sin fisuras que permitan otorgar al Juicio de Menor Cuantía el verdadero carácter de un juicio tipo o modelo dotado de una serie de características que hagan del mismo un proceso judicial ágil, rápido y seguro. Nosotros, con este trabajo, únicamente hemos pretendido resaltar algunas imperfecciones de la actual regulación con el ánimo de colaborar en esta tarea.

11. Martín y de Vega, M.E.- La llamada comparecencia previa en el juicio de menor cuantía. *RVDP*. 1989, n<sup>o</sup> 3.

12. Broca Majada. ob. cit. pág. 1369

## MEDIDAS PROVISIONALES, MEDIDAS CAUTELARES Y MEDIDAS CAUCIONALES EN EL PROCESO MATRIMONIAL\*

F.J. PEREDA GÁMEZ.  
MAGISTRADO.  
PROFESOR ASOCIADO DE DERECHO  
PROCESAL UAB.

### I. INTRODUCCIÓN

El derecho procesal adquiere especiales características cuando afecta al derecho de familia, no sólo en cuanto a los principios que lo rigen (relativización del principio dispositivo por la intervención tuitiva de los Tribunales, mayor incidencia de la intermediación judicial, menor publicidad y mayor reserva ) sino también en la concreta regulación de los medios de alegación y defensa (así, en materia de prueba son características propias la habilitación de parientes para testificar, la exploración de menores o incapaces como nuevo medio probatorio, etc.).

---

\*El presente trabajo se ha elaborado a partir de la Ponencia sobre el mismo tema presentada en el 1<sup>er</sup> Encuentro de la Asociación de Abogados de Familia, celebrado en Madrid el mes de mayo de 1994.

La especialidad del objeto del proceso afecta también a la congruencia de la sentencia (que introduce elementos inquisitivos) y al alcance de la cosa juzgada, especialmente en cuanto a las relaciones entre el proceso matrimonial como proceso declarativo especial y el proceso declarativo ordinario que pueda plantearse «a posteriori» sobre cuestiones matrimoniales (régimen económico matrimonial, alimentos definitivos, patología de los contratos inter-conyugales, cesación del pro-indiviso de la vivienda conyugal, etc.). También se afectan los límites temporales de la cosa juzgada material pues la sucesión de procesos matrimoniales permite la revisión de lo ya juzgado por cambio sustancial de las circunstancias con notable amplitud.

La legitimación activa tiene un tratamiento específico en materia de derecho de familia pues o queda limitada (así en los procesos matrimoniales, o de filiación) o desdibujada en un interés legítimo indefinido o incluso en un interés difuso (por ejemplo el de los acogedores en el acogimiento, o el de los cuidadores o guardadores de hecho en la adopción) y la estructura judicial sufre cierta «metamorfosis» para adaptarse a demandas muy específicas (Juzgados de Familia, de Menores, de Tutelas e Incapaces, creación de equipos de apoyo, etc.).

En el concreto campo del derecho procesal matrimonial a estas características generales se une la proliferación de normas procesales que dan lugar a situaciones farragosas y poco ágiles y ello es conocido y ha sido ampliamente criticado por todos.

Los procesos matrimoniales (disposiciones adicionales 2, 5 y 6 de la ley 30/1981, de 7 de julio, en especial) plantean algunos problemas procedimentales en la fase declarativa pero aún así se produce un ritmo de resolución de los contenciosos relativamente adecuado. Es por ello lo cierto que las mayores disfunciones procesales se localizan en la fase de medidas anteriores al proceso principal, con multiplicación de actuaciones (medidas previas y coetáneas, modificación de unas y otras, oposición a las mismas) y también en la fase ejecución de las sentencias (ejecución «pluriforme» al afectar a muy diversos pronunciamientos judiciales).

El presente trabajo es esencialmente procesal, con referencia específica, dentro del derecho procesal, al derecho procesal matrimonial. Dentro de éste trataremos de estudiar las disposiciones adicionales de la Ley 30/1981, de 7 de julio en cuanto en los procesos matrimoniales se derive la necesidad de adoptar cautelas, garantías o «medidas» que prevengan el resultado final del proceso.

Es nuestra intención centrar aquí el análisis en la fase primera de la crisis matrimonial y en los procedimientos adecuados para prevenir una solución lo más equilibrada posible de la disputa conyugal.

Ello implica hacer unas reflexiones de tipo genérico sobre la prevención de las resultas del proceso matrimonial, es decir, un análisis de conjunto del panorama procesal en el primer momento de la ruptura conyugal.

Pretendemos adentrarnos, brevemente, en las consideraciones jurídicas sobre el tratamiento «provisional» de la crisis familiar y en concreto de la crisis matrimonial, es decir, analizar los problemas que, pendiente la litis, en concreto el proceso matrimonial contencioso, afectan a los que piden justicia.

Abarca pues la investigación esencialmente el estudio de las medidas cautelares en el proceso matrimonial, entendido este término «lato sensu», lo que afectará tanto a las medidas provisionales (también llamadas «previas» o «de primera fase») como a las provisionales (conocidas también como «coetáneas» o «de segunda fase»). Su concreto análisis nos hará ver que a pesar de la opinión mayoritaria dichos procedimientos no responden a la naturaleza jurídica de las medidas cautelares. También estudiaremos las medidas cautelares matrimoniales en sí y las denominadas medidas «caucionales».

No serán pues objeto de este trabajo otras medidas cautelares de derecho de familia como las establecidas en los procesos de filiación (art. 128 c.c.), las que deriven de la patria potestad (art. 158 c.c. y Disposición Transitoria 10 de la Ley 11/1981, de 13 de mayo) o las propias del proceso de incapacitación (arts. 203, 2º, 209 y 211 c.c.) encuadradas todas ellas en una más general concepción del derecho procesal de la familia.

No dudamos de que el correcto «enfoque» de los primeros síntomas de crisis cuando ya se ha perdido la buena fe que ha de regir las relaciones matrimoniales facilita una solución final del conflicto más equilibrada, acrecienta la conciencia de los justiciables de que «se hace justicia» y hace que desaparezcan muchos problemas sustantivos y procesales tanto de declaración como de ejecución.

Es lo cierto que desde el momento en que los cónyuges experimentan la fractura de sus relaciones personales corren peligro determinados derechos e intereses legítimos sometidos a situaciones de hecho como el lanzamiento inopinado del hogar, el expolio del ajuar, incluso con destrozos de elementos de obra, la apropiación de saldos de cuentas

corrientes, la sustracción u ocultación de los menores, el impago de préstamos, la disposición unilateral de bienes muebles o inmuebles y otras muchas acciones que de forma abusiva puede realizar uno de los consortes en perjuicio del otro o de los hijos. Todo ello además de preocupar a las partes y al juez de cara a la sentencia definitiva necesita de un tratamiento o protección «de choque» que creemos puede orientarse en una triple dirección:

a) En el sentido de «proteger» los derechos fundamentales de la persona (integridad física, libertad de domicilio y residencia, protección de los hijos de familia, derecho de acceso a los Tribunales como parte de una tutela judicial efectiva). Defendemos que las llamadas medidas «provisionalísimas» por su sentido histórico y por necesidades constitucionales están abocadas a asumir esta función.

b) En el sentido de atender de manera provisional a las necesidades de los miembros de la unidad familiar (atribución de la guarda y custodia de los hijos y establecimiento de un régimen relacional con el otro progenitor, fijación de la manera de atender a las cargas familiares, tanto respecto a los miembros de la unidad familiar como respecto a terceros, asignación del uso de la vivienda familiar, etc.). En este contexto queremos encuadrar las llamadas medidas provisionales o coetáneas. Los pronunciamientos provisionales son verdaderos juicios sumarios, contradictorios, con práctica de pruebas, que van destinados a resolver las pretensiones «materialmente», sobre los hijos, la vivienda, la contribución a las cargas del matrimonio y sobre el patrimonio común (ganancial, pro-indiviso o privativo especialmente afecto a las cargas del matrimonio) con un alcance sin duda de cosa juzgada formal y posiblemente también material (en parámetros de temporalidad). Es posible concebir que tal provisionalidad resuelva ya la crisis y por tanto desde la perspectiva teórica se puede prescindir de un nuevo análisis «plenario» de estos pronunciamientos.

La ley obliga a un posterior análisis, supuestamente más profundo del objeto de las medidas provisionales en el pleito principal, pero en las más de las veces no está clara la diferencia de objeto ni la limitación de medios de alegación y defensa entre el procedimiento de medidas («sumario») y el pleito de separación, divorcio o nulidad («plenario»). Respecto a los «efectos» de la crisis matrimonial la diferencia es más teórica que real. El objeto litigioso es el mismo, con la sola modificación de concretar las

cargas familiares en alimentos y añadir la pensión compensatoria (y para Cataluña la compensación económica del art. 23 de la Compilación) y decidir sobre la causa de separación (o de divorcio o de nulidad).

c) En el sentido, por último, de asegurar las resultas de los pronunciamientos provisionales, de los definitivos o de ambos, en cuyo caso hemos de hablar de las medidas cautelares que de forma innominada se refieren en los art. 102 y 103 c.c. y también en los arts. 1389, 1 y 2, 1377, 2 y 1320 del Código civil. Estas cautelas han de poderse construir a partir de los textos legales en aras a la efectividad de las resoluciones judiciales (ya sea el auto de medidas, ya la sentencia contenciosa).

Es evidente por tanto que no pertenecen a este grupo y no son por tanto medidas cautelares los medios de prueba preconstituídos (los reportajes fotográficos sobre el ajuar, incluso con acta notarial acreditativa de su existencia, la denuncia penal de abandono, el secuestro o apropiación de documentos del otro cónyuge, bancarios, amorosos o de otro tipo que acrediten bienes, etc.), porque en estos casos no existe actuación procesal y lo que se pretende es probar hechos pero no asegurar el cumplimiento de la parte dispositiva del auto de medidas provisionales o del fallo de la sentencia principal.

Tampoco podemos confundir las medidas que estudiamos con el elenco de medios ejecutivos de la resolución judicial y así el embargo de cuentas por impago de pensiones o el inventario que señala el art. 103.4 c.c. no son medidas cautelares de aseguramiento sino medidas tendentes a cumplimentar la ejecución.

Centrado así el objeto de nuestro análisis vamos a intentar dar algunas pinceladas someras y generales sobre cada uno de los aspectos enunciados.

## II. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LAS MEDIDAS PROVISIONALÍSIMAS

Se ha discutido mucho sobre la vigencia y alcance de los artículos 1881 a 1885 LEC, especialmente por la contradicción que plantea el art. 104 c.c. al permitir la presentación «previa» de las medidas provisionales del art 103 c.c. y por no haber modificado el legislador sustancial-

mente su regulación tras la reforma de la LEC por Ley 34/1984, de 6 de agosto. Esta ley se limitó a retoques de matiz en la redacción de estos preceptos adjetivos sin abordar, de forma injustificable, la reforma de todo el articulado que regula las medidas provisionales y las provisionales.

Es por ello que se ha producido muy variadas interpretaciones sobre el alcance actual de estas medidas provisionales:

A) Algunos las consideran medidas cautelares en las que el «*fumus bonis iuris*» sería «el dato objetivo de la incoación o posible incoación de un proceso matrimonial» y el «*periculum in mora*» los peligros derivados de la larga duración del proceso y la necesidad de facilitar a la mujer la preparación de la demanda (Ramos Méndez, en la obra conjunta con Serra Domínguez: «Las medidas cautelares en el proceso civil», Barcelona, 1974, p. 127).

Difícil nos parece considerar estas medidas como medidas cautelares pues:

a) no presentan las notas de accesoriedad o instrumentalidad respecto a un pronunciamiento principal, ya que la separación, nulidad o divorcio y sus efectos derivados no se ven favorecidos o predeterminados por las medidas previas y puede suceder que caducadas las medidas a los treinta días (art. 1885 LEC y 104.2 c.c.) se presente igualmente el pleito principal. Cabe también que tras las medidas previas se soliciten las coetáneas (art. 1886 LEC) con lo que la relación entre el pleito principal y el pronunciamiento previo queda aún más desdibujada,

b) no existe tampoco homogeneidad pues en las medidas provisionales se pretende ayudar a la mujer (o en su caso al marido) en aspectos fundamentales de su derecho (su integridad física, la libertad de salir del domicilio, de alimentarse) y el pleito principal tiene como fin establecer un estado matrimonial y resolver sobre los hijos y los bienes;

c) las medidas provisionales no están destinadas a asegurar el fallo de la sentencia de separación, nulidad o divorcio sino a prestar un auxilio jurisdiccional de derecho primario, de protección de derechos primigenios;

d) más que una apariencia de buen derecho en quien acude al juzgado solicitando se le designe un domicilio (sea la vivienda familiar

o no) o en quien impreca el auxilio jurisdiccional por malos tratos o peligro familiar parece que debemos hablar de un proceso sumarísimo de protección de la persona y en ningún caso esta situación puede equipararse a la exigencia de título («*fumus bonis iuris*»), preponderantemente escrito, que se exige para las medidas cautelares;

f) es impensable en todo caso que en medidas provisionales se exija una contracautela.

Entendemos que es dudosa la consideración de las medidas provisionales como medidas cautelares aunque predicáramos su carácter «innovativo» (cfr. Ortells Ramos, M.: «Derecho Jurisdiccional», t.II. p. 268) pues el concepto de medidas cautelares innovativas, más desarrollado en el ámbito de la propiedad industrial, supone a nuestro entender la confusión de lo cautelar con el juicio sumario.

B) Otros autores como González Cuéllar («Las medidas provisionales en las crisis matrimoniales», Rev. «Justicia», 1989, p.390) perfilan más, considerando que estas medidas tienden a alcanzar un doble objetivo: remover los obstáculos que puedan alzarse en el ejercicio del derecho de acción de uno de los cónyuges por la actitud que el otro pueda mantener y asegurar la igualdad de ambos consortes en cuanto a los medios materiales de que dispondrán en el proceso, y el autor mencionado hace referencia a las «litisexpensas», cuando los preceptos que estudiamos no las mencionan.

Según esta opinión doctrinal se trataría por tanto de facilitar la presentación de la demanda futura y por tanto estas medidas actuarían a modo de presupuesto de procedibilidad o «diligencia preliminar» del pleito conyugal.

El autor, en aras a la protección de situaciones de malos tratos y dependencia económica de muchas mujeres, considera adecuado este procedimiento y defiende que no sea necesaria la audiencia del marido. Por ello a su entender a pesar de la supresión de la expresión «urgencia y necesidad del caso» realizada por el art. 26 de la ley 34/1984, de 6 de agosto, deben ser apreciados tanto la urgencia como la necesidad en «una interpretación teleológica e histórica de las normas». «Nadie solicitará al juez que le autorice a separarse —dice— si no es con la intención de que le sea permitido recoger a sus hijos, ropas, dinero y se solucione el problema de la vivienda con vistas a la iniciación de un

proceso matrimonial, que afrontará teniendo durante ese tiempo una vida digna» (op. cit. p. 400).

Sería en este contexto que debería interpretarse el automatismo más marcado en la entrega de los hijos a la mujer (o al marido) solicitante (art. 1881, 2 LEC) o la mención a «las ropas, enseres y muebles» (art. 1881, 3 LEC) que, en correlación con el artículo 346, 2 c.c. no incluiría dinero, alhajas, libros ni otras cosas que no tengan por principal destino amueblar o alhajar las habitaciones. No es propiamente el ajuar lo que se atribuye sino aquellos elementos (cuna, lecho, instrumentos profesionales, etc.) íntimamente relacionados con las necesidades primigenias de la vida. La realización de inventario (art. 1881) no pretende justificar aquí un reparto de bienes sino garantizar que lo que se retira del hogar no son bienes gananciales (art. 1346, 7 y 8 c.c.) y por tanto no se apropia uno de los cónyuges de bienes computables en la liquidación de la sociedad conyugal.

En este mismo sentido, sin que pueda ya hablarse de «depósito» de mujer casada, la atribución de domicilio no ha de buscar tanto el reconocimiento de un derecho de uso provisorio ex. art. 103, 2 c.c. o definitivo ex. art. 96 c.c. sino proporcionar un techo y un abrigo a los interesados.

Vemos por tanto que el alcance de las medidas previas es «cuasi-policial» o si se quiere «interdictal», con lo que la actuación del juzgado requiere una inusitada urgencia, lo que justificaría la adopción de acuerdos «inaudita parte», no permitiendo siquiera la «inversión de la iniciativa del contradictorio» ni la réplica del otro cónyuge, en la medida que no se afecten sus expectativas o intereses. Por el contrario cuando se afecten derechos o se impongan obligaciones, por ejemplo en la fijación de auxilio económico –art. 1883– o cuando se le expulse del domicilio es obligada su audiencia. En esta línea es evidente que no puede admitirse una «oposición» a las medidas de primera fase y es defendible que no quepa apelación (sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sec.15 de septiembre de 1989 R.G.D. p. 1719, Auto de la Audiencia Provincial de Málaga de 8 de febrero del 1994, A.C. (a)1007, Auto de la Audiencia Provincial de Huesca de 24 de febrero de 1994, A.C. (a) 745).

C) Una tercera vía interpretativa, apuntada también por González Cuéllar llevaría a las medidas provisionálísimas la adopción de las medidas cautelares propias de las medidas coetáneas. Así las medidas

cautelares convenientes para asegurar el derecho de cada uno de los cónyuges sobre la vivienda familiar y el ajuar (art. 103, 2 c.c.), las medidas cautelares relacionadas con la contribución a las cargas del matrimonio y litisexpensas (no los pronunciamientos en sí) es decir las garantías, depósitos, retenciones u otras medidas cautelares convenientes a fin de asegurar la efectividad de lo que por estos conceptos un cónyuge haya de abonar a otro (art. 103, 3 c.c.) y la realización de inventario previo para asegurar después, ya en medidas coetáneas, la entrega de bienes gananciales, comunes y la administración y disposición de estos bienes y de los privativos especialmente afectados a las cargas del matrimonio (González Cuéllar, op. cit. p.409).

El planteamiento es sugestivo porque la ley no prevé cauce alguno para adoptar medidas cautelares en proceso matrimonial y en no pocas ocasiones fijar las cautelas tras la comparecencia de medidas puede ser inútil, perdido ya el efecto sorpresivo que una actuación cautelar «inaudita parte» consigue (retención de saldos, inventario de muebles y papeles, etc.).

Sin embargo los art. 1881 a 1885 no prevén la adopción de tales cautelas, lo que supone una cortapisa importante. A tal efecto cabe constatar que el art. 1891 LEC que sí las regula (aunque con alcance ejecutivo y no preventivo), no pertenece a los preceptos que regulan las medidas provisionálísimas sino las provisionales. Por ello creemos que no es el sentido de las medidas provisionálísimas el de establecer medidas cautelares del posterior pleito matrimonial.

En este sentido ni la naturaleza jurídica de las medidas provisionálísimas ni su cauce procesal es adecuado.

Por otra parte piénsese que si admitiéramos la viabilidad de las medidas cautelares «clásicas» (embargo preventivo, anotación preventiva de demanda, innominadas del art. 1428 LEC) su cauce no sería el de las medidas provisionálísimas sino el específico regulado en los arts. 1398 y ss. LEC, 41 de la Ley Hipotecaria y 1428 LEC.

Por otra parte cuando el legislador ha previsto una medida cautelar matrimonial ha establecido su concreta regulación. Así la anotación preventiva de demanda en los Registros de la Propiedad y Mercantil tiene fundamento suficiente en la disposición adicional novena párrafo 2 de la Ley 30/1981, de 7 de julio.

Además parece que en todo caso el momento para solicitar las medidas cautelares que denominaremos «propias» (en el sentido que luego

veremos) no sería normalmente el de medidas provisionalísimas sino que la petición es más propia de la demanda principal de nulidad, separación o divorcio, y generalmente se estructurará por medio de otrosí.

D) De todo lo expuesto hasta aquí debemos concluir que el procedimiento de medidas provisionalísimas está ahí, en la ley, y debemos analizar el verdadero alcance que puede tener en la perspectiva del derecho actual.

La finalidad histórica de las medidas provisionalísimas era la de permitir a la mujer que quería iniciar un proceso matrimonial contra su marido y cuya inocencia, por tanto, se presumía, salir de la potestad marital con el fin de evitar las agresiones de todo tipo que el marido pudiera ejercer contra ella (Mascarell Navarro, M.J.: «Nulidad, separación y divorcio» ed. Montecorvo, Madrid, 1985, p. 384) o como decía la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de julio de 1976 «preservar la seguridad o independencia de la mujer». Con la intervención judicial podía abandonar el domicilio conyugal sin incurrir en responsabilidad penal y podía presentar la demanda de separación matrimonial.

Es evidente por tanto que el legislador protegía la integridad física de la mujer, amparaba a los hijos (colocándolos en poder de aquélla) y aseguraba a todos ellos una mínima subsistencia (mediante el otorgamiento de un auxilio económico).

Entendemos que a pesar del desfase legal (hoy ya no se necesita autorización judicial para separarse, conforme al art. 105 c.c.) y las unívocas críticas a este procedimiento, este proceso está aún llamado a desempeñar esta función de protección de los derechos fundamentales de la persona.

A los efectos de nuestro análisis debemos constatar que el legislador no ha regulado aún el anunciado proceso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona previsto en el art. 53, 2 de la Constitución.

Establece dicho precepto que «cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y la Sección 1ª del Capítulo Segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, y en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional».

El planteamiento que mantenemos supone aplicar las medidas provisionalísimas, en tanto no se desarrolle la previsión constitucional,

para proteger frente al otro consorte la integridad física (art. 15 C.E.), la intimidad personal, la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones (art.18 C.E.), la libertad de residencia (art. 20 C.E.) y el derecho de acceso a la jurisdicción y a la asistencia letrada (art. 24 C.E.).

Es decir en el concreto ámbito del proceso matrimonial las previsiones constitucionales pueden ya defenderse, en cierta medida, por el cauce de las medidas provisionalísimas.

Es en esta línea que la Sentencia de la Sec. 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de septiembre de 1989 niega la posibilidad de recurso alguno frente al auto de medidas provisionalísimas apreciando «su especial y controvertida naturaleza en la que se integran factores de orden público, ejercicio de facultades y finalidades protectoras, con aspectos cautelares». En el caso enjuiciado estas consideraciones unidas a la de la caducidad en el caso que no se interpusiera la demanda en el tiempo señalado por la Ley —similar a la previsión contenida en los artículos 1411 y 1428 del la Ley de Enjuiciamiento civil respecto del embargo preventivo y de las medidas cautelares innominadas— lleva a la inadmisión de la apelación. En el mismo sentido se pronuncian la Sec. 14 de la propia Audiencia de Barcelona en sentencia de 15 de julio de 1992 y en contra la de Alicante de 18 de marzo de 1991.

En conclusión, en sentido estricto las medidas provisionalísimas no son medidas cautelares ni equivalen en su alcance a las medidas provisionales. Su verdadero alcance hay que buscarlo en la protección de los derechos fundamentales de uno de los esposos y de los hijos frente a los actos del otro miembro de la pareja.

### III. EL PROCESO SUMARIO FAMILIAR DE LAS MEDIDAS COETÁNEAS

Las medidas provisionales derivadas de la demanda de nulidad, separación o divorcio vienen previstas en nuestro ordenamiento jurídico, de forma ininterrumpida, desde la promulgación del Código civil en 1889 y tenían fundamento sustantivo en el artículo 68 hasta el año 1981. Estas medidas buscaban «servir de estatuto jurídico a la grave y

delicada situación familiar que es, al propio tiempo, antecedente inmediato y corolario seguro de una demanda de separación o nulidad» (Exposición de Motivos de la Ley de 24 de abril de 1958).

Desde el punto de vista procesal, como dice Vega Sala («Studia Iuridica», n.º 5, 1993, p.12. Ed. C.G.P.J. y Generalitat de Catalunya) las medidas provisionales aparecen en su actual estructura con la reforma de la L.E.C. de 1958, época en la que tan sólo existían procesos matrimoniales canónicos cuya duración era ciertamente dilatada.

La actual fundamentación sustantiva de las medidas provisionales está en el art. 103 c.c. El art. 102 no viene sino a fijar los efectos que por ministerio de la ley se producen por la sola presentación de la demanda por lo que realmente no son medidas provisionales.

La regulación procesal vigente viene recogida en los art. 1896 a 1900 LEC, mantenidos en lo esencial pese a las fundamentales variaciones de contexto tras las reformas de 13 de mayo y 7 de julio de 1981.

Dice Herrero García (M.J.: «Las medidas provisionales en la crisis matrimonial (comentario a los artículos 102 y 103 del Código civil)», Rev. de Derecho Notarial, I-II de 1982, p. 149) que la idea de «crisis» del matrimonio y la necesidad de establecer las normas adecuadas en protección de los sujetos más necesitados de ella, parecen exigir del legislador la regulación de estas medidas provisionales.

Pero rápidamente se deducirá que esta misma finalidad es la de cualquier proceso declarativo (regular una crisis entre litigantes, establecer una norma de protección mediante el reconocimiento de un derecho) lo que nos permite ya avanzar que no son propiamente fines de aseguramiento de un proceso principal los que motivaron al legislador a establecer las medidas provisionales, con lo que el carácter «cautelar» de las medidas queda en entredicho a pesar de la general opinión de los procesalistas (para una referencia a los autores que defienden el carácter «cautelar» de las medidas provisionales véanse las notas 114 –p. 51– y 15 –p. 127– del libro de Serra Domínguez y Ramos Méndez, citado y nota 1 en la ya mencionada obra de Herrero, p. 149).

Es decir que el proceso de medidas provisionales está más cerca de una declaración de derechos y de una condena de contrario que del aseguramiento de una sentencia futura.

De hecho el propio Ramos Méndez (op. cit. p. 131) dentro de los pronunciamientos del auto de medidas provisionales tan sólo considera

cautelar la separación provisional pues «las demás medidas previstas en los artículos 67 y 68 del Código civil no son verdaderas medidas cautelares, sino efectos de la separación de los cónyuges, constituyendo una verdadera regulación provisional de una de las fases de la situación jurídica del matrimonio separado». En el mismo sentido para Cortés Domínguez, V. («Derecho Procesal», T. 1 vol. 2, colectiva, ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 1988, p. 471) las medidas de la art. 102 c.c. (¿«rectius»: 103 c.c.?) no son medidas cautelares.

Con la reforma de 1981 ni siquiera nos parece que el primero de todos los pronunciamientos de un auto de medidas provisionales, el de «separar a los cónyuges», sea una cautela sino un pronunciamiento casi de estilo en la medida que al dictarse el auto y conforme al art. 105 c.c. la separación existe en la mayoría de los casos. En los escasos supuestos restantes la separación física o es consecuencia de medidas provisionales o, si no se ha producido antes de la sentencia, es una consecuencia del pronunciamiento de fondo (la declaración de separación, nulidad o divorcio) y no una medida cautelar.

La separación de cuerpos no es por tanto ya la «medida básica e imprescindible en todo proceso» (Herrero, op. cit. p. 150, nota 6) y hasta puede pensarse en la adopción de medidas permaneciendo ambos consortes en la misma vivienda. La separación provisional no puede tener el alcance de separar «cuerpos, mesa y cama» pues ello no es exigible jurídicamente. De hecho con frecuencia el auto en este punto no se cumple continuando las relaciones convivenciales e incluso las sexuales, aunque sean esporádicas. El pronunciamiento de separación provisional se ha convertido generalmente en instrumental de la atribución del uso de la vivienda familiar.

Queda con ello centrada la cuestión en analizar la naturaleza jurídica de los demás pronunciamientos del auto de medidas provisionales, en concreto, la fijación de la guarda y custodia y del régimen de visitas, la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar y de los elementos del ajuar, la fijación de la contribución a las cargas del matrimonio y la atribución de determinados bienes en administración. Avancemos que tales pronunciamientos no son tampoco medidas cautelares.

Dice Mascarell (op. cit. p. 389 a 392) que la temporalidad y la pendencia simultánea de un proceso principal se encuentran ciertamente en todas las medidas provisionales pero que la mayoría de estas

medidas carecen de las notas propias de las medidas cautelares: los alimentos para los hijos o para uno de los cónyuges (más propiamente debió decir la contribución a las cargas del matrimonio) y las litis-espensas no presentan la cualidad de instrumentalidad, no existe homogeneidad sino identidad de las medidas provisionales con las definitivas, no se exige el «*fumus bonis iuris*» en la adopción de efectos y medidas provisionales ni la fianza o contra cautela y el juez no debe entrar en la apreciación de si concurre «*periculum in mora*» bastándole con la manifestación del demandante de su intención de iniciar un proceso de nulidad, separación o divorcio, en el caso de medidas previas o en el hecho objetivo de la admisión de la demanda en el caso de las medidas coetáneas.

Coincidimos en no considerar las medidas coetáneas como medidas cautelares en sentido estricto (y en este sentido deben superarse opiniones doctrinales como las de Serra Domínguez - op. cit. p. 14 y ss.) pues los pronunciamientos económicos en medidas provisionales no tienen relación instrumental con el fallo, sino que pretenden simplemente dar cumplida respuesta a una demanda judicial.

La atribución de guarda y custodia y fijación de un régimen de visitas y relación o su atribución a tercero o a un centro, la asignación del uso de la vivienda familiar y de los bienes del ajuar, la fijación de la contribución a las cargas del matrimonio y la entrega de bienes gananciales, comunes o privativos especialmente afectos a las cargas y la asignación de los poderes de administración y disposición) no aseguran ningún pronunciamiento de futuro sino que constituyen en sí mismos pronunciamientos judiciales plenos y ejecutivos. No existe «instrumentalidad» «homogeneidad» ni «identidad» con los pronunciamientos de la sentencia definitiva.

La instrumentalidad no puede predicarse porque las medidas no son presupuesto ni medio necesario para el fallo ni vinculan en ningún sentido la potestad del juez para fallar en definitiva «*ex allegata el probata partium*» haciendo abstracción de lo acordado en medidas.

Cuestión distinta es que en ejecución de medidas se haya acordado un embargo (ejecutivo y no preventivo) o se haya aplicado cualquier otro medio de ejecución y se «convalide» la vía de apremio cuando la sentencia principal adquiera firmeza. Pero en ningún caso cabe hablar de instrumentalidad de la medida respecto a la sentencia.

No existe tampoco homogeneidad más allá de la que pueda existir entre un juicio sumario y un declarativo ordinario. Cierto es las materias resueltas en sentencia coinciden en gran medida con los pronunciamientos del auto de medidas provisionales pero ocurre lo mismo entre el juicio de alimentos provisionales y el de alimentos definitivos (art. 1617 LEC) entre el ejecutivo y el declarativo posterior (art. 1479 LEC) y en general en todos aquellos casos en que el juicio sumario permite el plenario al no concurrir la excepción de cosa juzgada material.

Cierto es que el juez en el procedimiento incidental matrimonial disfruta de mayor margen probatorio y de alguna manera «revisa» las medidas provisionales pero ni siquiera puede modificarlas por sentencia si ésta es apelada (al efecto es controvertida la posibilidad de la ejecución provisional parcial ex. art. 385 LEC).

Por último es evidente que no existe «identidad» entre lo resuelto en medidas y lo acordado en sentencia ya que en este último caso no sólo se amplía el objeto (ex. art. 97 c.c., por razón de la liquidación de bienes, en su caso) sino que además se produce una concreción de las cargas matrimoniales, hasta el punto que no parece admisible fijar una contribución a dichas cargas en la sentencia sino que debe procederse a una reducción y concreción en alimentos y/o pensión compensatoria (Sentencias de la Audiencia Provincial de Granada (3) de 19 de septiembre de 1991, de Madrid (11) de 12 de febrero de 1992) criticándose como viciosa la práctica de ratificar en forma genérica en la sentencia las medidas del auto provisional (sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (3) de 19 de septiembre de 1991-vid Colex Data).

Tampoco nos parece evidente (como defiende Mascarell) que exista identidad entre los pronunciamientos de medidas provisionales y la sentencia, no ya por la posibilidad de modificar los efectos sino por el proceso de concreción de las cargas del matrimonio que se lleva a efecto en el pleito principal, la apreciación de la pensión compensatoria como «*res nova*» no exigible en medidas y los pronunciamientos sobre régimen económico matrimonial propios de la sentencia definitiva.

Tampoco las notas de provisionalidad han de hacernos pensar en que se trate de medidas cautelares pues, como ocurre en otros procedimientos (interdictos, alimentos provisionales, sentencias con pronunciamientos de efectos temporales limitados) un pronunciamiento judicial

puede tener una limitación temporal (el año en el interdicto, por ejemplo) sin que la breve vida del auto de medidas provisionales sea tampoco tan extraordinaria (puede durar varios años, mientras no adquiere firmeza la sentencia principal).

Quedan así configuradas las medidas coetáneas no como medidas cautelares sino como un verdadero proceso sumarísimo de cognición limitado temporalmente en cuanto a la ejecutoriedad de la resolución judicial, en el que las partes alegan y prueban sus pretensiones y el juez resuelve conforme a derecho.

La posibilidad de presentación previa del art. 104 c.c. le da caracteres de proceso autónomo aunque su duración sea temporal. Las partes legitimadas lo están «per se» y no por haber presentado un pleito «principal» y la competencia del juzgado es territorial y no funcional en razón de otro pleito. De hecho pueden obviarse en las medidas provisionales anteriores a la demanda los criterios de la disposición adicional 3 de la ley 30/1981, de 7 de julio pues no existe propiamente (aún) «proceso de nulidad, separación o divorcio» que permita deferir el fuero a favor del juzgado de primera instancia del lugar del domicilio conyugal.

En otro caso las partes y el juez competente vienen determinadas por aplicación del art. 55 LEC.

Este «proceso sumarísimo de cognición» tiene en el primer supuesto (presentación coetánea con la demanda) normas específicas de postulación (art. 1895, 2 LEC) y en el segundo (art. 104 c.c, presentación previa) normas generales (art. 4 y 10 LEC), pues la disposición adicional sexta, punto 12 no es aplicable al estar prevista para los procesos de mutuo acuerdo.

Vemos pues que hay claras diferencias entre las medidas provisionales y las provisionales y existen matices diferenciales entre las medidas provisionales que se presentan antes de la demanda principal y las que se presentan después (competencia territorial, postulación, etc.)

Estas medidas provisionales se estructuran, ciertamente, en fase de alegaciones (las que realizan los cónyuges en la comparecencia), fase de prueba (regida por el principio de unidad de acto) y fase de conclusión, mediante resolución judicial en forma de auto. También prevé la ley un régimen de recurso, curiosamente no devolutivo sino mediante una oposición ante el propio juzgado: el trámite del art. 1900 LEC.

Es pues un proceso completo aunque se pueda criticar el engorroso trámite del recurso mediante la oposición del art. 1900 LEC y posterior apelación ante la Audiencia Provincial.

«De lege ferenda» fácil es adivinar que con mínimas modificaciones legales (ampliación del objeto litigioso a la causa de divorcio o separación, breve ampliación del periodo probatorio, apelación directa) el procedimiento que estudiamos podría suplir con pocas dificultades a la disposición adicional 5ª, lo cual simplificaría enormemente el trámite.

No queremos entrar, por no ser objeto de este análisis, de tipo procesal general, en la concreta descripción de los pronunciamientos posibles de medidas provisionales ni en el estudio de los aspectos procedimentales.

Queremos apuntar no obstante que no siempre podremos aplicar los criterios propios de la fijación de efectos de sentencia (arts. 92 a 101 del c.c. en particular) ni las normas generales de cada institución (patria potestad, régimen económico matrimonial) como lo demuestra, a título de ejemplo el diferente matiz en la atribución del uso de la vivienda familiar (subjetivo: «el interés más necesitado de protección» en medidas, objetivo: la atribución de la guarda de los hijos, en sentencia) o la fijación de los auxilios económicos («contribución a las cargas del matrimonio» en medidas, alimentos o pensión compensatoria en sentencia).

Cierto es que al incidir en la regulación de los arts. 102 y 103 c.c. diversos valores (igualdad, seguridad, justicia) e intereses (el interés de los padres, el de los hijos, el del Estado) razones de seguridad y justicia exigen que las medidas provisionales puedan utilizarse «ponderadamente y con exquisita prudencia» (Herrero, op. cit. p.164).

Ello hace dudoso que tanto conforme a la legislación vigente como en caso de su modificación en la línea que defendemos el trámite de medidas provisionales sea hábil para acordar la eficacia de determinados pactos complejos de un convenio regulador, la liquidación de grandes sociedades de gananciales o la división de pro-indivisos, por mucho que urja a los cónyuges. Pero esta es ya la situación cuando se plantean estos problemas por el cauce de la disposición adicional quinta de la ley del divorcio. Se impone pues la reserva del juicio declarativo correspondiente. No parece que nuestro ordenamiento jurídico se sitúe en la línea del Derecho alemán e italiano (art. 620 ZPO, por ejemplo)

que ensalzan los poderes de oficio del Tribunal y a pesar que se prevea en otros ordenamientos (art. 253 c.c. francés) la regulación voluntaria de los efectos provisionales de la crisis.

La ejecución del auto de medidas provisionales significa la utilización de medios muy parecidos a los de la ejecución de la sentencia definitiva, aún su marcada provisionalidad. Será por ello posible adoptar «garantías» para el cumplimiento de la resolución (que son lo que llamamos más adelante «medidas cautelares impropias») como la notificación al arrendador o al acreedor hipotecario de la asignación de uso de la vivienda familiar o la anotación de la misma en el Registro de la Propiedad (no ya con fundamento en la disposición adicional 9, párrafo 1, que prevé la anotación de la demanda o de sentencia pero no la anotación de auto, sino con base genérica en el art. 103, 2 «in fine» c.c.).

También entraría en el ámbito ejecutivo realizar inventarios, embargar, constituir depósitos y anotaciones o inscripciones en los Registros públicos o cualquier otra garantía de naturaleza análoga (vid. art. 1891 LEC) o en otras palabras «establecer las bases para la actualización de cantidades» y «asegurar la efectividad de lo que por estos conceptos un cónyuge haya de abonar al otro» (art. 103, 3 c.c.).

#### IV. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO MATRIMONIAL

La teoría general de las medidas cautelares las presenta como aquellas medidas que atienden a «la posible necesidad de asegurar, antes de la declaración o condena, que el largo y penoso camino que debe recorrerse hasta la resolución final y su ejecución no sea baldío porque, entretanto, haya desaparecido o resulte imposible lo que con el proceso se pretende» (Herce Quemada, V.: «Derecho procesal civil», 8º ed., 1976, vol. 2 p. 229).

Es generalizada la tendencia a considerar las medidas provisionales y provisionales de separación matrimonial como medidas cautelares, opinión que hemos rebatido en páginas anteriores. Hemos de centrarnos ahora en las verdaderas medidas cautelares matrimoniales.

Como dice Herrero (op. cit. p. 226) «Las medidas cautelares que el Juez puede aportar («rectius» aprobar) para lograr la efectividad de la contribución de los cónyuges, suponen una novedad del artículo 103-3º respecto al anterior art. 68 c.c. Existía ya la previsión del art. 1891 LEC pero ahora no sólo desaparece el límite temporal de un año de las medidas que a modo de embargo preventivo enuncia el precepto sino que se amplía innominadamente el número de medidas cautelares que se pueden acordar.

Ciertamente la ejecución se simplifica si se han adoptado medidas cautelares (Mascarell, op. cit. p. 412) entre las que la autora cita el embargo preventivo o el depósito de bienes.

Sin embargo previamente a la descripción de las concretas medidas cautelares procede analizar el alcance de la necesidad de «fumus», «periculum» y contracautela en las medidas cautelares matrimoniales.

Mientras que el peligro en la demora aparece claramente a poco que analicemos los riesgos de pérdida de patrimonio para hacer frente a las obligaciones económicas familiares o de afectación del derecho de uso de la vivienda familiar por falta de prevención frente a los derechos de terceros (arrendador, acreedor hipotecario, comunidad de propietarios), e incluso cabe ver un peligro para un correcto ejercicio de los derechos de guarda y custodia y de relación paterno filial (por la inestabilidad emocional de los hijos) que aconseje una medida cautelar personal de mediación asistencial con trabajadores sociales (equipo psicosocial, asistencia social pública, etc.), los otros dos requisitos de las cautelas son de más difícil construcción.

El «fumus bonis iuris» o apariencia de buen derecho puede construirse, no obstante, en base a la realidad familiar acreditada por la convivencia e incluso documentalmente con las certificaciones del Registro civil. No existe impedimento alguno para huir de la materialidad documental a los efectos de acreditar que la situación familiar del solicitante justifica una intervención judicial cautelar. La propia presentación de la demanda de separación, nulidad o divorcio y los hechos que allí se describan puede ser elemento clarificador suficiente de la necesidad de adoptar la cautela.

La «contracautela» o garantía de que de desestimarse la pretensión el perjudicado por la cautela podrá ser resarcido adquiere importancia porque la medida cautelar se adopta «inaudita parte». Efectivamente, si «ab limine litis» se acuerda una retención de saldos bancarios o un

embargo preventivo el solicitante debe prestar caución pues la convicción del juzgador puede ser insuficiente.

Sin embargo si la «cautela» se adopta tras oír a la parte contraria, por ejemplo en la comparecencia de medidas provisionales, ya no existe propiamente medida cautelar sino garantía de ejecución del pronunciamiento. Si la retención o embargo se acuerdan para asegurar las pensiones por un año ya no cabe hablar de medidas cautelares pues lo que se pretende es ejecutar un pronunciamiento y no asegurarlo y referir una contracautela carece por ello de valor.

Existen, efectivamente, en otras partes del ordenamiento jurídico situaciones en las que se produce un pronunciamiento judicial no estrictamente principal pero que pretende asegurar las resultas de éste. Así cuando en materia de desahucio se permite retener y embargar para rentas, alquileres o desperfectos (art. 1602 LEC) o cuando se regula el embargo «pre-ejecutivo» del art. 923, 2 LEC se parte de un pronunciamiento judicial y ni existe propiamente «fumus» ni es precisa contracautela.

Esta diferencia, quizás sutil, nos lleva a referir dos tipos de medidas cautelares aplicables también en el proceso matrimonial :a) las medidas cautelares «propias» que se caracterizan por las notas clásicas (jurisdiccionalidad, instrumentalidad, homogeneidad, provisionalidad discrecionalidad), en las que concurren los requisitos tradicionales («fumus», «periculum», contracautela) y donde la sorpresividad de la medida exime en algunos casos de la audiencia de parte; b) aquellas medidas cautelares «impropias», en las que no hay propiamente instrumentalidad u homogeneidad sino accesoriedad del pronunciamiento judicial principal, el «fumus» no existe por acompañar al pronunciamiento judicial, no son nunca sorpresivas o «inaudita parte» y no exigen contracautela.

El derecho procesal matrimonial y en general el derecho procesal derivado del derecho de familia no es muy propenso a las medidas cautelares propias (de tipo patrimonial, que se adoptan «inaudita parte», con prestación de firma) sino que introduce diversas referencias, en textos sustantivos básicamente (cfr. 91, 93, 97 «in fine», 103, 158, 203-2, 211-3 c.c.) sin reflejo procesal posterior, que tienen el carácter de medidas cautelares impropias o indirectas, de aseguramiento del pronunciamiento judicial ya adoptado.

Sólo si estos pronunciamientos se producen sin dilaciones, aunque sea «audita parte», tiene sentido la medida cautelar impropia.

Debemos tener en cuenta que lo cautelar alcanza a todos los pronunciamientos de futuro. A los pronunciamientos personales (que son precisamente los que dieron lugar a la «manus iniectio» y a la «pignoris capio» del derecho romano y al «arrestverfügung» del derecho germánico, antecedentes remotos de las medidas cautelares) pero también a los pronunciamientos patrimoniales.

#### A) Medidas cautelares propias:

Dada la nula previsión legal sobre la posibilidad de aplicar medidas cautelares propias en el proceso matrimonial debe irse construyendo, paso a paso, la posibilidad de adoptar en proceso matrimonial cautelas como el embargo preventivo (art. 1400 LEC), la anotación preventiva de demanda (art. 42, 1 Ley Hipotecaria), las prohibiciones de enajenar (art. 42, 4 de la misma ley) u otras de análogo alcance al amparo del art. 1428 LEC.

La «tipicidad» de las medidas cautelares (que no pueden inventarse) y la especial vocación «patrimonialista» de las mencionadas, junto con su general referencia al juicio declarativo «ordinario», frente al carácter «especial» del proceso matrimonial dificulta no obstante su posible aplicación.

Estas medidas están generalmente previstas para procesos declarativos de mayor y menor cuantía y son de alcance patrimonial y mal se avienen con un proceso declarativo especial de carácter personalista. Pero no es menos cierto que algunos preceptos (como la disposición adicional 9 de la ley de divorcio, art. 102 «in fine» c.c.) dan indicios de que en parte pueden ser posibles.

Defendemos así:

a) la posibilidad de anotación preventiva de demanda al amparo de la mencionada disposición adicional 9, sobre la vivienda familiar o para asegurar responsabilidades patrimoniales.

b) la prohibición de enajenar con base en el art. 42,4 L.H. con finalidad protectora de la vivienda familiar.

c) el precinto de bienes y la retención de saldos bancarios o depósitos al amparo del art. 1428 LEC con objeto de asegurar el ajuar o las responsabilidades económicas.

Para este último supuesto el concepto de «principio de prueba por escrito» debe redefinirse y la obligación que se pretenda asegurar debe conceptuarse no como la de entregar cosa genérica (dinero para atención de prestaciones alimenticias, obligación que no cabe presumir «ab limine litis») sino como una obligación «de hacer»: la de alimentar a los hijos (154,1 c.c., obligación solidaria de ambos padres sin necesidad de previo análisis o de resolución judicial) o la de pagar «anticipos» de la contribución al levantamiento de las cargas familiares –art. 1318, 2 c.c. En ningún caso el fundamento legal lo podemos buscar en el art. 103, previsto, como veremos, para las cautelares «impropias».

Tales medidas se deben solicitar por otrosí del escrito de demanda, se acordarán «inaudita parte» y requerirán la prestación de fianza.

#### B) *Medidas cautelares impropias:*

Venimos sosteniendo que junto a las medidas cautelares propias cabe hablar en pleito matrimonial de medidas cautelares «impropias», porque derivan ya de un pronunciamiento judicial y no tienden a asegurarlo.

Típicas de los procesos de derecho de familia concurren en ellas las notas de jurisdiccionalidad, provisionalidad (pues no pueden ser indefinidas ni pueden confundirse con los medios ejecutivos), instrumentalidad (pues guardan relación directa con la ejecución del auto o de la sentencia) y discrecionalidad (ya que el juez puede denegar su concesión).

Se trata pues de medidas que adopta el juez, de oficio (si afecta a los derechos de los menores) o a instancia de parte que pretenden asegurar que determinados pronunciamientos, que implican obligaciones de futuro y de tracto sucesivo (pago periódico de pensiones, realización regular del régimen de visitas) puedan tener efectividad.

No se trata como en las medidas cautelares propias de asegurar un pronunciamiento posterior definitivo en el pleito principal sino de asegurar o garantizar la ejecución de ese pronunciamiento principal una vez se ha producido.

El peligro en la demora («periculum») viene referido a la posible inefectividad del cumplimiento del fallo y no a la persistencia del objeto del proceso al momento de dictar sentencia. No existe «fumus

bonis iuris» sino resolución judicial que legitima la medida cautelar indirecta y por tanto en ningún caso cabe hablar de fianza o contracautela que desaparece pues el juez ya ha tomado cabal conocimiento de los hechos .

En cuanto al carácter sorpresivo de la medida viene mitigado por la previa audiencia pero no cabe excluirlo «a priori» pues no sólo es posible como dijimos, la adopción de medidas cautelares impropias de oficio sino que la rapidez de la resolución y ejecución puede permitir la eficacia del aseguramiento de la ejecución.

Las medidas cautelares impropias pueden afectar a los pronunciamientos «personales» (guarda y custodia, régimen de visitas) o a los pronunciamientos «reales» (atribución del uso de la vivienda familiar, medidas cautelares sobre la liquidación del régimen económico matrimonial, etc.).

#### a) *Medidas cautelares impropias sobre guardia y custodia y régimen de visitas:*

En lo personal el art. 103, 1 establece que el Juez acordará «tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código» por lo que se refiere a la guarda y custodia y las visitas.

Cabe considerar como medidas cautelares personales todas las que tiendan a asegurar la efectiva atribución de la guarda de los menores en el auto de medidas o en la sentencia definitiva. Por ello la orden a la Policía para la búsqueda del progenitor fugado con los niños o los requerimientos a los familiares que ocultan a los menores o dificultan su localización constituirían posibles medidas cautelares si la desaparición u ocultación es previa a la resolución judicial.

Sin embargo en muchos supuestos estas situaciones son claramente constitutivas de riesgos para los derechos fundamentales de la persona por lo que sería en el ámbito de la protección jurisdiccional de estos derechos y por tanto con intervención incluso de la jurisdicción penal o en el sentido que apuntábamos al hablar de las medidas provisionales donde tendrían mejor encuadre.

Un enorme campo de cautela se encuentra en la posible actuación de equipos de mediación, como actividad preventiva del proceso en cuanto a los problemas derivados de la guarda y custodia y el régimen

de visitas. Una correcta actuación de estos equipos puede sin duda facilitar la resolución de muchos conflictos conyugales y creemos posible procesalmente, que el juez encauce por el camino de las medidas cautelares la posible actuación preventiva de psicólogos, sociólogos, asistentes sociales y otros profesionales de las ciencias humanas.

*b) Medidas cautelares impropias sobre la vivienda familiar:*

En relación con los pronunciamientos de derecho matrimonial sobre cuestiones patrimoniales (no ajenas a consideraciones personalistas) pueden adoptarse medidas cautelares respecto a la vivienda familiar. El art. 103,2 c.c. establece que: el juez determinará «las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno» (sobre la vivienda).

La falta de mención de medidas cautelares específicas en el mencionado precepto lleva a la posibilidad de enumerar y estudiar un elenco extensísimo de cautelas por razón de la existencia de una norma en blanco lo que hace pensar en un «*numerus apertus*» de posibles medidas. A tal efecto el derecho comparado ilustra de figuras como el secuestro de bienes del cónyuge que haya abandonado la residencia familiar sin justa causa (art. 146 del Código civile italiano) la exigencia de garantías en la liquidación futura del régimen económico matrimonial (art. 620 ZPO alemán) o las medidas de conservación innominadas del derecho francés (art. 257 y 220, 1 del Códex).

Son posibles otras medidas como las de inventario del ajuar familiar, el requerimiento al acreedor hipotecario para que tenga presente en los derechos del contrato de préstamo hipotecario los intereses legítimos del ocupante, o el requerimiento al Presidente de la Comunidad de Propietarios o al arrendador a los mismos efectos.

Cierto es que tales requerimientos no alteran la relación contractual del prestamista o arrendador con el prestatario o inquilino ni modifica el estatuto de propiedad horizontal pero no dejan de cumplir una finalidad informativa que protege, ya en trance de litigiosidad, la posible indefensión del ocupante (que lo es en virtud de resolución judicial) ante la reclamación de desalojo o la exigencia del pago de cuotas, servicios o suministros comunitarios.

Por último cabe como medida cautelar impropia la anotación registral del derecho de uso concedido en sentencia (disposición adicional 9) posibilidad que los Registradores de la Propiedad vienen atendiendo con más facilidad en la actualidad que en tiempos pasados, y que protege frente a terceros adquirentes, sino desde el punto de vista de la preferencia tabular sí respecto a la situación posesoria, de la que el Registro informa. Más difícil será obtener la anotación del derecho de uso concedido en el auto de medidas provisionales precisamente por su configuración temporal.

*c) Medidas cautelares impropias respecto a pronunciamientos económicos:*

Sobre la contribución a las cargas del matrimonio establece el Código que el juez fijará «depósitos, retenciones u otras medidas cautelares convenientes, a fin de asegurar la efectividad de lo que por estos conceptos un cónyuge haya de abonar al otro» (art. 103, 3 c.c.).

El art. 1891 LEC, en sede de medidas provisionales, establece que «para el aseguramiento a que se refieren los artículos anteriores, y en especial para que quede gamatizado el pago de las pensiones alimenticias correspondientes a un año, como máximo, el Juez, de oficio o a instancia de parte, podrá acordar la formación de inventario, constitución de depósitos o anotaciones o inscripciones en los Registros públicos o cualquiera otra garantía de naturaleza análoga».

Es evidente que al amparo de estos preceptos la retención de saldos en cuenta bancaria, la intervención de rentas de las que sea titular el obligado (arrendaticias, societarias, etc.), la retención de indemnizaciones por despido o de otro origen (por siniestro asegurado, por indemnización judicial), la inscripción en el Registro administrativo de la Jefatura Provincial de Tráfico etc. son posibles. No se trata propiamente de un embargo (pues las pensiones no han vencido) sino de una cautela de futuro establecida en sentencia o auto judicial (o incluso adoptada con posterioridad) basadas en apreciaciones de que peligra la efectividad de la resolución judicial.

La cuestión no adquiere mayores dificultades cuando se trata de ejecutar la sentencia pues el art. 91 c.c. hace de «paraguas» al permitir

adoptar «las cautelas o garantías respectivas» respecto a la ejecución, expresión tan amplia que permite todo tipo de medidas.

*d) Inexistencia de medidas cautelares impropias de régimen económico matrimonial:*

Ni el art. 103 c.c. ni la LEC prevén expresamente que se puedan solicitar y acordar medidas cautelares impropias respecto al régimen económico matrimonial (cfr. art. 103, 4 y 5 c.c.) quizás porque la entrega repartida de los bienes ya en fase de medidas conlleva la facilidad de disfrute proporcionado y la posibilidad de establecer reglas sobre administración y disposición y la obligada rendición de cuentas sean suficientes. Así la mera posesión facultaría para recibir las rentas de los productos gananciales asignados por el juez y aplicarlos a las necesidades familiares y al propio mantenimiento del patrimonio, sin perjuicio de posterior rendición de cuentas. Parece por ello innecesario adoptar medidas cautelares impropias pues la ejecución se consuma con la entrega de los bienes en administración.

Dos precisiones queremos hacer. La primera que es posible que el patrimonio ganancial se «agote» en la ejecución de las medidas provisionales o de la sentencia definitiva, de manera que la atención prioritaria de las cargas familiares deje vacío de contenido el proceso de liquidación. La segunda que en todo caso, no corresponde al contexto de medidas cautelares impropias la administración o enajenación de estos bienes pues deberá estarse a la resolución judicial y a falta de petición de parte y de previsión en la resolución, la cuestión quedará imprejuzgada.

Sólo mediante petición posterior será autorizable por el juez la venta de determinados bienes previa información sumaria (art. 1377, 2 c.c.) «cuando lo considere de interés para la familia». Este precepto sustantivo no puede aplicarse directamente en sede de crisis matrimonial sino que, redactado conforme a la Ley 11/1981, de 13 de mayo, el cauce adecuado para solicitar la venta parece ser el de la jurisdicción voluntaria (Disposición Transitoria 10).

Por último sobre la titularidad de los bienes no cabe discutir en los procesos matrimoniales por lo que tampoco parece lógico que la ley prevea cautelas. La remisión al declarativo correspondiente debe conlle-

var la posible aplicación de normas cautelares más generales del derecho patrimonial, entre ellas la anotación preventiva de demanda (art. 42, 1 L.H.), el embargo preventivo, etc.

Como última apreciación queremos hacer constar que existirán algunas medidas (inventario, depósito) que en algunos casos tendrán el valor procesal de medidas cautelares, pero en otros serán un verdadero pronunciamiento principal (así la relación de bienes del ajuar cuyo uso se asigna a la esposa o el depósito cuya administración se atribuye al marido) y, por fin, en otros supuestos serán un medio ejecutivo (así cuando se haga inventario en sede del art. 1066 LEC, para liquidar los gananciales) o se constituya depósito judicial en diligencia de embargo ejecutivo.

Debe por tanto tenerse en cuenta esta ambigüedad de la terminología que no diferencia entre unos y otros supuestos y atender al verdadero sentido de la situación procesal para interpretar el alcance de la figura.

En todo caso la puerta debe quedar abierta en este lugar. Un análisis más detallado de estas medidas cautelares y del procedimiento para su solicitud y obtención requiere la admisión previa de lo que hasta aquí hemos avanzado y un ejercicio arriesgado de equilibrios entre el respeto al principio de legalidad (no inventando lo que la ley no prevé) y el principio de tutela judicial efectiva (protegiendo a quien lo merece).

Cuando siquiera son conformes los estudiosos sobre la existencia del proceso cautelar y sobre el alcance de lo cautelar en el proceso (vid. Vázquez Sotelo, J.L.: «La construcción del proceso cautelar en el Derecho procesal civil español». Rev. Justicia, 1990, p. 809 y ss.) ya nos daríamos por satisfechos si estas reflexiones abren nueva luz sobre el alcance de las medidas cautelares impropias en el proceso contencioso matrimonial especialmente en fase de medidas provisionales.

## V. MEDIDAS CAUCIONALES

La posibilidad de hablar de medidas «caucionales» en el proceso matrimonial deriva de la admisión de éstas por la doctrina entendidas

como las que implican la sustitución de una medida cautelar ya solicitada u obtenida por la parte contraria, por la prestación de caución suficiente (vid. la propuesta de Fairén Guillén, V.: «Los procesos y medidas cautelares», en «El sistema de medidas cautelares. IX Reunión de profesores de Derecho procesal», EUNSA, Pamplona, 1974, p. 37).

Trasladar a nuestro ámbito la anterior doctrina aparece muy dificultoso pues evitar las medidas cautelares personales mediante una caución, aunque se considere ésta en sentido amplio, incluyendo no sólo la caución económica (fianza, hipoteca, aval) sino también la personal como la promesa o compromiso de cumplir las obligaciones que el juez establezca o el apoyo de familiares o terceros a ese compromiso tiene difícil reflejo jurídico y más difícil expectativa de responder al interés de los menores. De hecho vendría a encubrir una actitud obstruccionista al cumplimiento de la resolución judicial.

También vemos difícil evitar la intervención del equipo psicosocial que pretende asegurar el futuro cumplimiento de un régimen de guardia y visitas mediante una caución o «contracautela» que compense el riesgo de la ineficacia de la medida cautelar.

Sin embargo que el padre pretenda obviar el embargo preventivo de su salario para evitar un conflicto laboral con la empresa o preservar ante el empresario la intimidad de su crisis familiar es concebible. Debería en este caso arbitrarse una caución homogénea consistente por ejemplo en la afección de su patrimonio o del de un tercero que evitara la publicidad de las obligaciones dimanantes del estado de crisis conyugal.

## VI. CONCLUSIONES

Como resumen de la exposición debemos apuntar que:

a) No cabe confundir las medidas cautelares de derecho matrimonial ni con las pruebas «preconstituidas» ni con los medios de ejecución de la sentencia. Por otra parte frente a las medidas cautelares «propias» («inaudita parte», con contracautela), adaptables al derecho procesal matrimonial con dificultades, este derecho da pie para construir procesalmente unas «garantías» o medidas de aseguramiento de la resolución judicial que hemos denominado «medidas cautelares impropias».

b) Concebimos las medidas «previas», «provisionalísimas», o de «primera fase» como una institución de protección de los derechos fundamentales de la persona humana y por tanto su aplicación práctica debe llevar a una actuación judicial atenta a los derechos constitucionales.

c) Las medidas provisionales «coetáneas», «provisionales» o de «segunda fase» vienen a configurar un proceso sumario declarativo, y no unas medidas cautelares. Existe en él fase de alegación, prueba y resolución y sus pronunciamientos, aunque con un inevitable término final (el de la firmeza de la resolución principal), no son instrumentales del proceso de la disposición adicional quinta.

d) Existen posibilidades para asegurar los resultados de los pronunciamientos judiciales matrimoniales. Las genéricas referencias legales, las del art. 103 c.c., en especial, permiten una construcción doctrinal y jurisprudencial de medios de aseguramiento y debe avanzarse en esta línea que tiene fundamento legal y es necesaria para una correcta resolución de los litigios matrimoniales.

e) En concreto caben medidas cautelares impropias respecto a pronunciamientos de guardia y custodia, régimen de visitas, uso de la vivienda familiar y pronunciamientos económicos pero no, por tener regulación específica, sobre régimen económico matrimonial.

f) Es poco adecuado defender que en derecho procesal matrimonial quepan medidas caucionales que dejen sin efecto las medidas cautelares.

## LOS TRIBUNALES HAN DICHO

CARME NAVARRO  
UNIVERSITAT AUTÓNOMA DE BARCELONA

### 1. EL JUEZ

JUICIO DE FALTAS: SE VULNERA EL DERECHO AL JUEZ IMPARCIAL CON LA ACUMULACIÓN EN LA MISMA PERSONA DE FUNCIONES INSTRUCTORAS Y DECISORIAS.

S. AP SEVILLA, SECC. 1<sup>ª</sup>, DE 20 DE OCTUBRE DE 1992.

*Séptimo:* Con estos antecedentes, se puede enfrentar ya el estudio de la validez constitucional de la actual regulación del juicio de faltas.

Hay que empezar por señalar que, en el sistema inicial de la LECrim., no se preveía para el proceso por faltas la señalada separación de funciones instructoras y juz-

gadoras, clave del sistema procesal por delito. Pero ello era debido a la propia regulación del juicio de faltas, en el cual no se preveía instrucción alguna, sino que, como señalaban los arts. 962 y 963 LECrim., «luego» que el Juez tuviera noticia de la comisión de una falta, mandaría convocar a juicio verbal al Fiscal, si se trataba de falta perseguible de oficio, «al presunto culpable», al querellante, si lo hubiere, y «a los testigos que puedan dar razón de los hechos». No se preveía, por tanto, en esta regulación (y quizás convenga ya avanzar que tampoco se contempla en la hoy vigente) la práctica de ninguna diligencia intermedia, salvo la declaración de los testigos y presuntos culpables que residieran fuera de la demarca-

ción del juez, a los que habría de recibirse declaración por medio de exhorto, pero, en todo caso, como prueba anticipada del plenario, no como diligencia de instrucción. Así lo pone de manifiesto la necesidad de citación del querellante particular, si lo hubiere, o del MF, si la falta puede perseguirse de oficio, como exigía y sigue exigiendo el art. 967 LECrim, sin que hayamos de pronunciarnos ahora sobre la ausencia de previsión alguna en tal precepto, en el caso de la declaración de los testigos, de la necesaria citación al denunciado.

*Octavo:* Pero, de modo paralelo a lo que ocurrió en el proceso por delito, la tramitación de los juicios de faltas también se apartó, tanto legalmente como más aún en la práctica, del esquema inicial de la LECrim. En parte por la mayor complejidad de algunas faltas, en las que no quedaba claramente determinada *a priori* la posición procesal de las personas que se relacionaban con ellas, y en parte por la incidencia de la ya comentada «práctica» de olvidar la importancia del juicio oral acumular todo el peso del proceso en la acumulación de material escrito, lo cierto es que se generalizó el sistema de oír primero, sin intervención contradictoria de las partes, a todos cuantos aparecieran relacionados con el hecho para, tras ello, convocarles a un juicio en el que, muchas veces, la audiencia de las partes y la práctica de prueba se limitaba a una ratificación formularia de lo antes actuado. Por su parte, el legislador vino a

prestar cobertura formal a esta práctica a través del art. 2 D 21 Nov. 1952, en el cual, con más que dudosa legitimidad, se introdujo una referencia a «las actuaciones preliminares o preparatorias».

En cualquier caso, lo cierto es que, en la mayor parte de los casos, la celebración del juicio venía precedida de una auténtica instrucción de hecho.

Pero es que incluso la instrucción precedente puede haber sido tramitada formalmente como tal. En el proceso penal ordinario se prevé, en los arts. 624 y 639, la remisión al órgano competente, tras la instrucción del sumario, si el juez instructor al concluir o el Tribunal en la fase intermedia estimasen que el hecho no constituye delito pero puede constituir falta. Similar posibilidad existe si el proceso se ha iniciado por la vía de las Diligencias Previas previstas en el art. 789 LECrim. para el procedimiento de urgencia, que pueden terminar, entre otras resoluciones, con el acuerdo de remisión de lo actuado al Juez competente si el juez «reputare falta el hecho».

*Noveno:* Una vez que hemos llegado a la posibilidad legal de una auténtica instrucción previa al juicio de faltas, es claro que en ninguno de los últimos supuestos antes señalados, es decir, la tramitación inicial de un Sumario o unas Diligencias Previas, podría plantearse, al menos en primera instancia, la acumulación de las funciones instructora y sentenciadora, ya que esta última venía encomendada a órganos dis-

tintos. Por ellos la posible incompatibilidad, que, por otra parte, no se planteó en ningún momento, quedaba reducida a la tramitación por el propio juez competente para el conocimiento y fallo de las ya señaladas «actuaciones preliminares o preparatorias».

El problema, no obstante, surge con toda su virulencia tras la supresión de los Juzgados de Distrito el 28 Dic. 1989 y la transformación de parte de ellos en Juzgados de Instrucción, en cumplimiento de la disp. trans. 3.ª LOPJ, a través del art. 42 L 38/1988 de 29 Dic., de Demarcación y Planta Judicial, del RD 122/1989 de 3 Feb., por el que se acuerdan medidas para su efectividad y, finalmente, de la Orden de 22 Nov. 1989.

A raíz de esta nueva planta, los Jueces de Instrucción asumen, tal como señala el art. 87.1 b) LOPJ «el conocimiento y fallo de los juicios de faltas, salvo los de competencia de los Jueces de Paz». La nueva redacción del art. 14 LECrim, introducida por la LO 7/1988 reiteraba esta competencia del Juez de Instrucción para el conocimiento y fallo de los juicios de faltas, que se acumula a la tradicional «para la instrucción de las causas», contemplada en el núm. 2 del mismo art. 14 LECrim. Con ello el juez sentenciador no sólo puede haber practicado actuaciones preparatorias del juicio de faltas, sino que la eventual resolución 2.ª del art. 789 LECrim., tras la tramitación de unas Diligencias Previas, o del art. 624 LECrim, en el momento de conclusión de un suma-

rio, tras seguir la instrucción propiamente dicha de un proceso por delito, no se traduce ya en la «remisión» al juez competente, sino en la continuación del procedimiento por el mismo juez, por los trámites del juicio de faltas.

*Décimo:* Esta situación reabre la puesta en cuestión por la doctrina de la regulación legal del juicio de faltas y su adecuación al derecho al proceso «con todas las garantías», y en concreto al derecho al juez imparcial.

De hecho, el TC ya se había ocupado en numerosas resoluciones de este proceso.

En S 54/1985 de 18 Abr., en la que confirmó la necesaria vigencia del principio acusatorio en el juicio de faltas, había estimado, en el f.j. 3, que se trataba de un proceso «carente de fase sumarial o de instrucción y de fase intermedia, pues luego de su iniciación de oficio o por ajena excitación de parte se abre inmediatamente, por propio impulso oficial, el juicio oral, en el que se practican las pruebas, se formaliza la acusación por las pretensiones de las partes y se dicta la oportuna sentencia», de modo que se trata de un proceso regido por «los principios procesales de concentración, intermediación, contradicción, oralidad y publicidad». No se apuntaba siquiera, por tanto la posible acumulación en el mismo juez de funciones instructoras y sentenciadoras. Pero sí se afirmaba el principio según el cual «las disposiciones constitucionales reguladoras de los derechos fundamentales y de

las libertades públicas que se otorgan a los ciudadanos, por su carácter general y expansivo impiden estimar exento de su cumplimiento a dicho juicio de faltas, por sencilla y abreviada que resulte su tramitación y benigno en sus sanciones, porque el imperio y efectividad de las beneficiosas garantías constitucionales también le comprenden».

Abundando en este criterio, la STC 84/1985 de 8 Jul., tras declarar, en términos generales, que la regulación legal del juicio de faltas «es sumamente defectuosa desde muchos puntos de vista y está indudablemente necesitada de una seria reforma», declaró que «ello no es óbice —lógicamente— para que se pueda interpretar tal legislación a la luz de los principios constitucionales», entre los que recordaba la necesaria vigencia del principio acusatorio en base al cual otorgó el amparo que se le demandaba. Basta recordar que, según ya se declaró en la citada TC S 54/1990 de 28 Mar., la exclusión de la posibilidad de acumulación en un mismo órgano judicial de funciones instructoras y decisorias constituía también una exigencia del principio acusatorio.

La doctrina se reitera en numerosas resoluciones posteriores, como las TC SS 240/1988 de 19 Dic., y 242/1988 de 19 Dic., 53/1987, 53/1989, 168/1990, 47/1991 y, recientemente, la 100/1992 de 25 Jun., también relativas al señalado principio acusatorio.

Pero finalmente, el Tribunal ha tenido que enfrentar directamente la

citada acumulación de funciones en el juicio de faltas al conocer de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el JI Córdoba núm 7 sobre el art. 14.1 LECrim, por estimar el cuestionante que tal acumulación de funciones instructoras y juzgadoras en el Juez de Instrucción, al atribuirle el conocimiento y fallo de los juicios de faltas, vulneraba el derecho al juez imparcial.

El TC inadmitió la cuestión por A 16 Oct. 1990. Pero lo que interesa destacar es que tal inadmisión no supuso en modo alguno consagrar la validez constitucional de tal acumulación de funciones. Lo único que hizo el Tribunal fue rechazar la posible inconstitucionalidad del concreto precepto que se cuestionaba, esto es, del precepto que se limitaba a la atribución competencial, y lo hizo por razones muy similares a aquellas por las que, en la ya comentada S 145/1988, había rechazado la inconstitucionalidad del art. 2.1 LO 10/1980, limitado igualmente a atribuir a los jueces de instrucción la competencia para conocer y fallar los procesos que en ella se regulaban. En efecto el Tribunal inadmite la cuestión por estimar que, en abstracto, la sola atribución competencial no puede considerarse contraria al art. 24.2 CE, ante la inexistencia en la regulación legal del juicio de faltas de una instrucción propiamente dicha. Pero también admite que, en determinados casos, puede existir instrucción y producirse la inconstitucional acumulación de funciones, de modo que «cuanto tal acumulación de fun-

ciones cree, a juicio del Juez, un conflicto entre su deber de absoluta imparcialidad y la existencia de un prejuicio originado en el curso de la instrucción, el propio Juez o las partes habrán de resolverlo utilizando los instrumentos que ofrecen, entre otros, los arts. 219 LOPJ y 54 y 55 LECrim.», esto es, haciendo uso de los mecanismos ordinarios de abstención y recusación y, una vez producida, de sustitución.

No es preciso insistir, entonces en que, en los ya señalados casos en que sí puede hablarse de una auténtica instrucción previa a la celebración del juicio, podría producirse una vulneración del derecho fundamental alegado.

*Undécimo:* Como resumen de la prolija exposición anterior, podemos deducir de la doctrina TC, que vincula al juez, ordinario en los términos del art. 5.1 LOPJ, las siguientes conclusiones:

1.º El derecho al juez imparcial forma parte del complejo de derechos fundamentales que integran el «derecho al proceso debido» o «derecho a un proceso público con todas las garantías» reconocido en el art. 24.2 CE.

2.º Se vulnera tal derecho, en su vertiente objetiva, esto es, sin poner en duda en absoluto la imparcialidad personal del juez, con la acumulación en la misma persona de funciones instructoras y decisorias, la cual también afecta al principio acusatorio, igualmente integrante de las garantías del art. 24.2 CE.

3.º La regulación procesal del juicio de faltas hace posible que,

por la vía de la práctica de «actuaciones preliminares o preparatorias» o por haberse instruido previamente el proceso con arreglo al procedimiento por delito, el juez competente para el conocimiento y fallo haya practicado previamente una auténtica instrucción.

4.º De haber sido así, lo cual ha de decidirse a la vista de las vicisitudes de cada caso concreto, han de entrar en funcionamiento los mecanismos ordinarios de abstención y recusación y posterior sustitución, para evitar la vulneración del derecho fundamental.

5.º Finalmente, ha de señalarse que el TC también tiene declarado que el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley comprende, como señala la TC S 47/1982 de 12 Jul. y reafirma la 44/1985 de 22 Mar., el de recusar cuando concurren las causas tipificadas como circunstancias de privación de idoneidad, tanto subjetivas como objetivas.

*Duodécimo:* De este modo la cuestión planteada se traslada, como ya ocurriera en los casos examinados por el TC relativos a procesos tramitados durante la vigencia de la LO 10/1980, a examinar si, en el caso concreto, el juez sentenciador había practicado actuaciones que pudieran considerarse instructoras.

Ya se ha señalado cómo la S 145/1988 estimaba como tales oír la declaración del detenido, decidir sobre su situación personal, las actuaciones destinadas a la comprobación del hecho denunciado, así

como las propuestas en la querrela y, en general, la práctica de los actos de investigación establecidos en la LECrim., así como la práctica anticipada de pruebas, y cómo, en suma, como cláusula general, se remitía para definir la instrucción a la definición de ésta en el art. 299 LECrim: «...actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes; actuaciones que también pueden instrumentarse formalmente a través de las diligencias previas contempladas en el art. 789 LECrim.

El mismo Tribunal, en sentencias posteriores, ha ido perfilando en qué casos podía hablarse de actividad instructora y en cuáles no. No hay tal cuando la actividad previa del juez sentenciador se limitó a ordenar el proceso y señalar fecha para la celebración del juicio oral, admitiendo las pruebas propuestas (S 164/1988 de 26 Sep. y 88/1990 de 24 May.). Sí existió instrucción y, por tanto, se produjo vulneración del derecho fundamental, cuando el Juez «no se limitó a simples actos de ordenación procesal, sino que, por las circunstancias del hecho... practicó diligencias propias de la investigación, tendentes... a determinar la existencia y veracidad de las imputaciones... entre las cuales cabe indicar las declaraciones tomadas por dicho Juez a los protagonistas del hecho y a diversos testigos» (S 11/1989 de 24 Ene.),

o el interrogatorio judicial del detenido, conforme al art. 386 LECrim., ya que en él las preguntas del juez han de ser directas y dirigirse a la averiguación de los hechos y la participación en ellos del procesado (S 106/1989 de 8 Jun.), u «oír en declaración a los agentes de policía actuantes... y la práctica de un careo entre los acusados y los citados agentes» (S 151/1991 de 8 Jul.) y, en general «la toma de declaraciones a los protagonistas de los hechos» (S 113/1992 de 14 Sep.).

Así pues, como ya indicaba la S 145/1988 y resume recientemente la S 113/1992, la pérdida de aptitud objetiva para el conocimiento y fallo del proceso penal no se produce por cualquier intervención anterior del juez sentenciador, pero sí «por el hecho de haber estado en contacto con las fuentes de donde procede el material necesario para que se celebre el juicio», entre las que se señala, concretamente, la toma de declaraciones a las personas que intervinieron en el hecho a enjuiciar.

*Decimotercero:* En este caso el Juez de Instrucción que celebra el juicio y dicta sentencia es el mismo que recibe tres partes médicos dando cuenta de las lesiones sufridas por los que luego han ocupado la posición jurídica de perjudicados, acuerda la incoación de Diligencias Previas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 789 LECrim., reclama luego el juicio de faltas que había incoado con posterioridad otro Juzgado de Instrucción, que recibió el atestado instruido por la

Guardia Civil de Tráfico y, sin practicar ninguna otra diligencia, dicta auto en el que acuerda «continúe la tramitación de estas actuaciones como juicio de faltas en este Juzgado para depurar las responsabilidades a que hubiera lugar por la falta cometida». Como fundamento de la resolución se estima que «de todo lo actuado se desprende que los hechos investigados no son constitutivos de delito, aunque sí pueden serlo de una falta».

Tras el «visto» de este auto por el MF, sin que hubiera en ese momento ninguna otra parte personada, el mismo juez instructor continúa el procedimiento ya en juicio de faltas y acuerda oír a los lesionados, que serían reconocidos por el médico forense, y oír al titular del camión y conductor del mismo, testimoniándose la documentación del vehículo.

Conforme a lo acordado, recibe declaración a los tres perjudicados, ante él se emite por el médico forense el informe sobre las lesiones que padecieron, oye al conductor que luego fue condenado y al propietario del camión, también condenado como responsable civil subsidiario, recibe los documentos que aportan los perjudicados y, una vez acreditada la sanidad de D.<sup>o</sup> Estrella H., convoca a las partes a juicio, haciendo saber a D. Rafael C., D.<sup>o</sup> Rafaela C. y D.<sup>o</sup> Estrella H. su calidad de «denunciantes», a D. Guillermo P.M. la de «denunciado», a D. Guillermo P.H. la de «responsable civil subsidiario» y a las aseguradoras A. y H.A. la de «responsables directos». Todas las actuaciones

señaladas se practican por el Juez de forma no contradictoria, esto es, sin citación e intervención de las partes.

Aplicados a estas actuaciones previas los criterios del TC que han quedado señalados, no pueden considerarse actuaciones instructoras la mera incoación de Diligencias Previas ni el auto que acordaba continuar el proceso por los trámites de juicio de faltas. Tampoco la acreditación de sanidad y reseña de documentos ni, obviamente, la convocatoria a juicio. Especialmente, en lo que se refiere a esta última, el hecho de hacer saber a cada parte la condición con la que se le cita no afecta a la imparcialidad objetiva si deriva de la mera constatación de las imputaciones que se han formulado.

Pero, por el contrario, sí constituye actos de auténtica instrucción, tal como señaló la citada S 113/1992, «la toma de declaraciones a los protagonistas del hecho», en este caso a los lesionados y al conductor denunciado, ya que precisamente esta reunión de material necesario para la celebración del juicio y este contacto previo con dicho material son los que «pueden hacer nacer en el ánimo del juez instructor prejuicios y prevenciones respecto de la culpabilidad del encartado» en que se funda su necesario apartamiento de la fase plenaria.

Por lo tanto, debió estimarse la recusación planteada y dar lugar a la sustitución, y al no hacerlo así, se incurrió en la vulneración del señalado derecho fundamental y, conse-

cuentemente, en la nulidad del proceso seguido en primera instancia, nulidad que ha de retrotraerse al momento de la citación para el juicio, pues fue en dicho momento en el que el juez debió inhibirse del conocimiento del asunto sin esperar a que se le recusase, tal como señala el art. 55 en relación con el 54.12 LECrim.

*Decimocuarto:* Queda por considerar si la vulneración producida en primera instancia puede subsanarse en esta segunda, en la que el Magistrado que ha visto la apelación ningún contacto previo ha tenido con el proceso y, por tanto, puede examinar de nuevo, de forma libre e incontaminada, el material probatorio.

La respuesta la da, entre otras muchas, la ya citada S 113/1992 de 14 Sep., que, en un caso similar (la Audiencia estimó que podía subsanar la vulneración producida en un proceso tramitado conforme a la LO 10/1980), en la que el TC estima que tal solución acabaría por vulnerar, en todo caso, otra de las garantías constitucionales del proceso. En efecto, dentro del complejo del derecho fundamental a un proceso «con todas las garantías» se comprende el derecho al doble grado de jurisdicción en materia penal, como consecuencia de lo dispuesto en el art. 14.5 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El Tribunal recuerda, además, la doctrina sentada desde una de sus primeras sentencias, la 28/1981, según la cual los derechos fundamentales del proceso han de obser-

varse en cada instancia. El enjuiciamiento fundado exclusivamente en el examen directo del material probatorio en fase de apelación, transformando así al órgano de apelación en juzgador de primera instancia, no sólo vulneraría la garantía de la doble instancia penal, sino que también, puede añadirse, la garantía del proceso público, predominantemente oral (art. 24.2 en relación con el 120), ya que en esta fase no se ha practicado prueba alguna, sino que todo el material probatorio a examinar sería el practicado ante otro órgano.

*Decimoquinto:* La nulidad que se declara lleva consigo la aplicación del sistema de sustitución previsto en el art. 227.2 y 210.1 de la LOPJ, sin que sea esta sentencia la sede adecuada para resolver los problemas de funcionalidad a que podría dar lugar la abstención generalizada de los jueces de instrucción para el conocimiento de juicios de faltas en los que hayan desarrollado actividad instructora.

EL ACUSADOR PARTICULAR CARECE DE LEGITIMACIÓN PARA EXIGIR LA IMPARCIALIDAD OBJETIVA DEL JUZGADOR QUE SOLO PUEDE HACERSE VALER POR EL ACUSADO.

STC 136/1992, 1ª S. de 13 de octubre.

*Segundo:* Es doctrina reiterada de este Tribunal la de que entre las garantías del art. 24.2 CE debe incluirse el derecho a un Juez imparcial, fundamental en un Estado de

Derecho, que excluye, por exigencia del principio acusatorio, la posibilidad de acumulación en un mismo órgano judicial de funciones instructoras y decisorias (SSTC 145/1988, 164/1988, 11/1989, 106/1989, 98/1990, 151/1991). Dicha doctrina se asienta sobre dos ideas esenciales: de un lado, que el hecho de haber estado en contacto con el material de hecho necesario para que se celebre el juicio puede hacer nacer en el ánimo del Juez o Tribunal sentenciador prejuicio y prevenciones respecto de la culpabilidad del imputado, quebrándose así la imparcialidad objetiva que intenta asegurar la separación entre la función instructora y la juzgadora (STC 145/1988); de otro, será en cada caso concreto donde habrá que determinar si se da o no la apariencia de imparcialidad, pues es la investigación directa de los hechos, con una función inquisitiva dirigida frente a determinada persona, la que puede provocar en el ánimo del instructor prejuicios e impresiones respecto del acusado que influyan a la hora de sentenciar.

Ahora bien, la exigencia constitucional de que no se acumulen en un mismo órgano judicial las funciones de instrucción y enjuiciamiento ha sido afirmada por este TC únicamente respecto del acusado, por ser dicha exigencia una derivación del principio acusatorio. En efecto, precisamente porque la actividad instructora comporta una labor esencialmente inquisitiva, encaminada preparar el juicio y practicada para la comprobación del delito y averiguación del delincuente,

es por lo que es preciso separar de la función decisoria, no sólo la función de acusar (*Nemo iudex sine accusatore*), sino también la de instruir, a fin de evitar la denominada «contaminación inquisitiva» y que el acusado sea juzgado por un órgano falto de independencia.

Por el contrario, las exigencias derivadas del derecho al Juez imparcial consagrado en el art. 24.2 CE no son extensibles, sin más, a la parte acusadora, puesto que, por la propia naturaleza y finalidad de la instrucción preparatoria, ningún prejuicio o prevención puede nacer en el ánimo del Juez sentenciador en relación con la acusación por el solo hecho de haber instruido la causa. En consecuencia, pues, la denominada imparcialidad «objetiva» sólo puede hacerse valer por el acusado, al contrario de lo que ocurre con la imparcialidad «subjetiva», predicable tanto para el acusado como para las partes acusadoras. Es preciso recordar, por lo que se refiere a esta concreta cuestión, de una parte, que la instrucción supone una investigación objetiva de la verdad, en la que el instructor ha de indagar, consignar y apreciar las circunstancias, tanto adversas como favorables al imputado (art. 2 LECrim), y de otra, que para garantizar la independencia judicial surge en la esfera del proceso la abstención y recusación, con el fin de evitar la privación en los órganos jurisdiccionales de la idoneidad subjetiva o de las condiciones de imparcialidad o de neutralidad (SSTC 47/1982 y 44/1985).

*Tercero:* En el caso que nos ocupa, el examen de las actuaciones arroja, a los efectos que para la resolución del recurso interesa, los siguientes extremos: a) el Juez de instrucción realizó actos de verdadera instrucción junto a su función de enjuiciamiento, pues, aparte otras resoluciones, dictó Auto de procesamiento, para lo cual necesariamente debió apreciar la concurrencia de indicios racionales de criminalidad en la conducta de la querellada y recibió declaración indagatoria al procesado; b) una vez concluido el sumario y remitido a la AP, la Sala, en A 2 Nov. 1987, ordenó continuar la causa por los trámites del procedimiento de la LO 10/1980 ante el propio JI y acordó dejar sin efecto el procesamiento en su día decretado por el instructor; c) formulados escritos de acusación por el MF y la acusación particular (el hoy recurrente de amparo), el Juez de Instrucción, en A 29 Nov. 1987, acordó admitir las pruebas propuestas y procedió a señalar fecha para el juicio oral, y d) celebrado el juicio, el Juez dictó S 16 Ene. 1988, en la que absolvió a la acusada, al estimar, en síntesis, que de los hechos declarados probados no se derivaba responsabilidad criminal alguna de la acusada.

*Cuarto:* De cuanto antecede, y de conformidad con la doctrina constitucional ante expuesta, ha de concluirse que en el presente caso no es posible apreciar la vulneración del derecho al Juez imparcial (art. 24.2 CE) alegada por el recurrente de amparo.

En efecto, en primer término, el recurrente se limita a denunciar que en el caso que nos ocupa no existió separación entre las funciones instructoras y la juzgadora, y que, por ello, ha sido infringido el derecho constitucional al Juez imparcial. Pero como la duda sobre la imparcialidad del juzgador la formula el recurrente en su condición de acusación particular, carece de fundamento, de conformidad con lo antes expuesto, la aducida infracción del derecho al Juez imparcial.

En segundo término, además, las objeciones que el recurrente hace no dejan de ser meramente retóricas, pues en nada concreta de forma verosímil la parcialidad del Juez en relación con las partes en el proceso o en razón de su relación con el objeto del mismo. En este sentido, no basta con constatar el hecho de que el Juez sentenciador hubiese realizado, como efectivamente realizó, actos de naturaleza instructora, como por ejemplo el procesamiento de la querellada (STC 55/1990), sino que es preciso además acreditar, siquiera sea indiciariamente, que la actividad instructora llevada a cabo por el Juez para averiguar el delito y sus posibles responsables pudo provocar en su ánimo prejuicios e impresiones a favor de la acusada. Por lo que respecta a esta concreta cuestión es preciso resaltar, de una parte, que son manifiestamente infundadas las alegaciones del recurrente de que el Juez instructor, después de haber dictado Auto de procesamiento, participó activamente en distintas

diligencias de prueba practicadas en la fase de instrucción, pues, como se comprueba del examen de las actuaciones, con posterioridad al Auto de procesamiento y a la declaración indagatoria de la procesada no se llevó a cabo actividad instructora alguna. De otra parte, como pone de manifiesto el Fiscal, en los autos no se encuentra acto procesal en que pueda fundarse la queja de la parcialidad del Juez, como no sea la Sentencia absolutoria dictada en la instancia en el libre ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE).

CORRESPONDE AL ESTADO LA COMPETENCIA PARA LA CONVOCATORIA DE OPOSICIONES Y CONCURSOS A PLAZAS VACANTES DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES SITOS EN CATALUNYA. QUEDA RESERVADA A LA GENERALITAT LA FACULTAD DE INICIATIVA E IMPULSO DE LA MISMA. STC PLENO 158/1992, DE 26 OCTUBRE.

*Primero:* El objeto del presente conflicto es determinar la titularidad de la competencia relativa a la convocatoria de concursos para la provisión de plazas de Jueces y Magistrados en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cataluña, debiendo precisarse –subsidiariamente y para el caso de que tal competencia correspondiera al Estado– si incurre en vicio de incompetencia la convocatoria de un concurso por parte del M.<sup>o</sup> Justicia sin haber mediado im-

pulso previo de la Comunidad Autónoma promotora del presente conflicto competencial.

Así delimitado el objeto de la controversia, procede, en primer lugar y con carácter previo a cualquier pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión debatida, confirmar su subsistencia, pese a que la disposición impugnada haya agotado sus efectos. Y ello porque, aun siendo cierto que ha culminado el proceso de selección de Magistrados iniciado con la convocatoria contenida en la Orden de 7 Feb. 1986, este agotamiento de los efectos directos e inmediatos de la disposición causante del conflicto no supone en modo alguno la desaparición de la cuestión controvertida, toda vez que en un proceso constitucional como el presente no se trata sólo del enjuiciamiento singular del acto o disposición desentendado del mismo, sino también del discernimiento de los ámbitos competenciales de cada una de las entidades en conflicto, presentándose el acto o disposición impugnados como mera consecuencia de un ejercicio competencial que la parte promotora del conflicto considera propio. Así las cosas, es evidente que la Orden de 7 Feb. 1986 ha agotado plenamente sus efectos inmediatos, pero aún subsiste –y de ahí la necesidad de continuar este procedimiento– su condición de disposición evidenciadora de una pretensión de competencia por parte del Gobierno de la Nación: pretensión competencial que, discutida por el Consenso Ejecutivo de la Generali-

dad de Cataluña, ha puesto de relieve la existencia de un conflicto de atribuciones que a este Tribunal corresponde resolver.

*Segundo:* Cosa bien distinta es que, como han señalado las partes en sus respectivos escritos de alegaciones ex art. 84 LOTC, la solución que haya de darse a la controversia venga ya en buena medida dada por lo resuelto en la STC 56/1990, si bien sólo respecto de uno de los términos del conflicto puede en puridad sostenerse que se ha verificado una desaparición del objeto de este proceso por obra de la doctrina constitucional contenida en aquella sentencia y reiterada en la 62/1990.

El Consejo Ejecutivo catalán pretende que se le reconozca la competencia para convocar concursos para la provisión de plazas de Jueces y Magistrados vacantes en su territorio, pretensión que fundamenta en una interpretación del art. 18 EA Cataluña que no se corresponde con la efectuada por este Tribunal en la ya citada STC 56/1990. En efecto, en dicha sentencia se ha interpretado el alcance de las cláusulas subrogatorias como las contenidas en el meritado precepto estatutario, en el sentido de considerarlas referidas únicamente a la «Administración de la Administración de Justicia», quedando claro que «las competencias que asumen las Comunidades Autónomas por el juego de la cláusula subrogatoria no pueden entrar en el núcleo de la Administración de Justicia en sentido estricto, materia inaccesible por man-

dato del art. 149.1.5. CE» [FJ 8.º ap. a)] y STC 62/1990 [FJ 5.º ap. a)]. En punto a los procesos de selección de los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial, es evidente que nos encontramos en el ámbito de lo que STC 56/1990 ha calificado de «materia inaccesible» a las Comunidades Autónomas por imperativo del art. 149.1.5 CE, toda vez que tales procesos selectivos –en los que, obviamente, se integra la fase de convocatoria ahora discutida– determinan de manera incuestionable la integración de un conjunto orgánico –el Poder Judicial– cuyo estatuto y régimen jurídico es de la exclusiva competencia del Estado.

De otra parte, y aun siendo clara la incardinación de la competencia controvertida en el ámbito del art. 149.1.5 CE y, por ello, su evidente titularidad estatal, a la misma conclusión habría de conducir la aplicación de lo dispuesto en el art. 122.1 CE; pues del mismo modo que en la STC 56/1990 se sostuvo que la decisión del legislador orgánico de integrar al personal al servicio de la Administración de Justicia en Cuerpos Nacionales, aun cuando no era constitucionalmente la única aceptable, determinaba en todo caso que «lo que afecta a la selección, formación y perfeccionamiento (del citado personal) posee una dimensión supraautonómica» [FJ 11, ap. a)], dando lugar a su atribución –como competencia– al Estado, con mayor razón ha de admitirse esa titularidad estatal cuando la integración de los Jueces y Magistrados en un

único Cuerpo –con las consecuencias ya señaladas– no responde a una legítima decisión legislativa, sino a un expreso mandato del constituyente, que ha configurado a los órganos jurisdiccionales como integrantes de un único poder judicial (art. 117.3 CE).

En definitiva, sea por la vía del art. 149.1.5, sea por la del art. 122.1, es lo cierto que toda competencia en materia de selección de Jueces y Magistrados corresponde, con carácter exclusivo, al Estado.

*Tercero:* Pretende el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, subsidiariamente y para el supuesto –ya acaecido– de que se declare que la competencia principalmente discutida corresponde al Estado, que se pronuncie este Tribunal acerca de la posible vulneración de la competencia reconocida a la Generalidad de Cataluña en el art. 22 de su Estatuto, al haberse dictado la Orden impugnada sin que hubiera mediado el impulso previo que a estos efectos atribuye a la Generalidad el meritado precepto estatutario.

De acuerdo con el art. 22 EA Cataluña, «a instancia de la Generalidad, el órgano competente convocará a los concursos y oposiciones para cubrir las plazas vacantes en Cataluña de Magistrados, Jueces, Secretarios judiciales y restante personal al servicio de la Administración de Justicia, de acuerdo con lo que disponga la LOPJ». Por su parte, el art. 315 LOPJ –destinatario de la remisión contenida en el anterior precepto– dispone que «las

oposiciones y concursos para cubrir vacantes en la Carrera Judicial, del Secretario y del resto del personal al servicio de la Administración de Justicia serán convocadas, a instancia de la Comunidad Autónoma en cuyo ámbito territorial se produzcan las vacantes, por el órgano competente y de acuerdo con lo dispuesto en esta Ley». A juicio de la Generalidad de Cataluña, el reconocimiento de esa facultad de impulso supone que, mediante la Orden que se impugna, el Gobierno de la Nación ha desconocido el ámbito competencial de la Comunidad Autónoma de Cataluña, al convocar concursos para la provisión de plazas de Jueces y Magistrados en el territorio de la Comunidad Autónoma sin mediar el oportuno requerimiento de la Generalidad, padeciendo vicio de incompetencia la convocatoria realizada sin impulso autonómico previo.

*Cuarto:* Para resolver el conflicto así planteado se hace necesario interpretar conjuntamente el art. 22 EA Cataluña y el art. 149.1.5. CE. Ciertamente, el art. 315 LOPJ, en conjunción con lo dispuesto en el art. 22 EA Cataluña, habilita a la Generalidad para desarrollar una actividad de iniciativa e impulso, instando la convocatoria de aquellas vacantes que se produzcan en órganos jurisdiccionales radicados en su territorio. Ahora bien, esta disposición no puede interpretarse de forma que contradiga o haga imposible la competencia exclusiva del Estado en materia de Administración de Justicia que deriva del

citado mandato constitucional, y que se refiere, como ya se dijo, de forma innegable al régimen de selección de Jueces y Magistrados. Y se produciría esa contradicción si, llevando a sus extremos la lógica de la argumentación del representante de la Generalidad, el retraso o la ausencia de la iniciativa de la Comunidad Autónoma instando la convocatoria de las plazas vacantes supusieran un obstáculo insalvable para que el órgano estatal competente llevara a cabo tal convocatoria; pues, en ese caso, no sólo desaparecería el carácter exclusivo de la competencia estatal, sino que, en realidad, se convertiría en una competencia vacía de contenido, al depender su ejercicio de la voluntad de la correspondiente Comunidad Autónoma.

*Quinto:* Ello no obstante, el ejercicio de esa competencia estatal, de convocatoria de oposiciones y concursos para cubrir plazas vacantes en el territorio de Cataluña, ha de ejercitarse sin menoscabar las competencias que a la Comunidad Autónoma atribuye su Estatuto; y ese menoscabo se produciría (y la correspondiente facultad del art. 22 EA Cataluña se vería vacía de contenido) si el órgano estatal competente procediera a la convocatoria de esas oposiciones y concursos prescindiendo totalmente de la intervención de la Generalidad, de forma que ésta no tuviera ni siquiera la oportunidad de llevar a cabo su facultad de instancia o iniciativa que le reconoce su Estatuto, y que recoge el art. 315 LOPJ.

*Sexto:* La coexistencia, pues, de una competencia exclusiva estatal (que supone que no puede privarse al órgano estatal de la decisión sobre la convocatoria de oposiciones y concursos a plazas vacantes en la CA Cataluña) y de unas facultades autonómicas que no pueden ignorarse hace necesaria la instrumentación de fórmulas que hagan posible que, sin perjuicio de la decisión del órgano estatal competente, la Generalidad de Cataluña tenga oportunidad de llevar a cabo la iniciativa que le atribuyen el EA Cataluña y la LOPJ. No corresponde a este Tribunal pronunciarse sobre cuáles deberían ser tales fórmulas: pero siendo así que el principio de colaboración imperante, con carácter general, en las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas (SSTC 64/1982, 252/1988, entre otras) es necesario para el buen funcionamiento del Estado de las Autonomías, incluso al margen de la distribución constitucional y estatutaria de las respectivas competencias, y encuentra en los arts. 22 EA y 325 LOPJ una manifestación concreta y específica, sí le corresponde examinar si, efectivamente, la Orden impugnada ha vulnerado o no el EA Cataluña al haber sido adoptada y publicada, respecto de las vacantes en Cataluña, sin haber mediado la instancia de la Generalidad prevista en los artículos arriba mencionados.

*Séptimo:* Pues bien, de lo que resulta del texto de la Orden que se impugna el M.<sup>º</sup> Justicia procedió a la convocatoria de (entre otras) siete

plazas vacantes en Cataluña, para ser cubiertas por concurso entre juristas de reconocida competencia y con más de diez años ejercicio profesional. Y, de acuerdo con la consideraciones arriba efectuadas, no cabe negar la competencia estatal para llevar a cabo tal convocatoria. Pero resulta igualmente patente que ello se realizó sin que por parte de la Generalidad de Cataluña se hubiera ejercitado instancia o iniciativa alguna, y al margen de cualquier fórmula o procedimiento que, en aras del principio de buena fe autonómica, y de colaboración, hubiera hecho posible que la Generalidad ejercitase las facultades que al respecto le reconoce el art. 22 EA Cataluña, o, al menos, le hubiera garantizado una razonable oportunidad para ello. Ello supone –y así debe hacerse constar– que la actuación estatal ha venido a ignorar el mandato contenido en ese artículo, así como lo dispuesto, concordantemente, en el art. 315 LOPJ.

El fallo del presente conflicto ha de derivarse de las conclusiones que se han expuesto. Sin duda, la titularidad de la competencia controvertida corresponde al Estado, según lo dispuesto en el art. 149.1.5 CE. Pero, en el presente caso, el ejercicio de esa competencia ha supuesto un menoscabo de las facultades atribuidas a la CA Cataluña por el art. 22 del Estatuto de Autonomía, y así debe ser declarado en el fallo.

Esta consideración, no obstante, no debe llevar a una declaración de nulidad de la Orden en cuestión, como nos pide la representación de

la Generalidad. De acuerdo con el art. 66 LOTC, cabe que este Tribunal se pronuncie sobre la titularidad de la competencia disputada sin que la apreciación de la existencia de una transgresión competencial deba comportar forzosamente la anulación de la disposición impugnada, pudiendo disponer el Tribunal lo que fuera procedente respecto de las situaciones de hecho o de derecho creadas al amparo de la misma. Y tal anulación no procede en este caso, a la vista de las circunstancias que concurren en la disposición que se impugna, disposición dictada en el ejercicio de una competencia estatal y que además –como reconoce la misma representación de la Generalidad, según se hace constar en el antecedente núm. 6 de la presente sentencia– ha agotado en la actualidad todos sus efectos.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO SR. GABALDON LOPEZ A LA SENTENCIA DICTADA EN EL CONFLICTO POSITIVO DE COMPETENCIA NUM. 676/1986, AL QUE SE ADHIEREN LOS MAGISTRADOS SR. DIAZ EIMIL Y SR. RODRIGUEZ BEREJO

Lamento disentir de mis colegas en el fallo y la segunda parte de los fundamentos de esta sentencia (desde el fundamento 4.º hasta el final).

Las razones de mi discrepancia son las siguientes:

La denominación de la Orden que en el conflicto se impugna, cuando se la califica como «concurso para cubrir vacantes de Magistrado», puede inducir a un equívoco

esencial, es decir, a considerarla como un concurso de provisión de vacantes cuando en realidad y preponderadamente es un concurso de méritos para el ingreso en la Carrera Judicial, por la categoría de Magistrado, para juristas de reconocida competencia con más de 10 años de ejercicio profesional, según lo previsto en los arts. 311.1 y 313 LOPJ. Procedimiento de provisión absolutamente distinto de aquéllos a los que se refiere el art. 315 de la propia Ley, en cuanto aquél es (repetido) un concurso de méritos para selección de aspirantes a ingresar en la Carrera Judicial, mientras el art. 315 se refiere en general a concursos de provisión de vacantes en la plantilla orgánica de los diversos Cuerpos de la Administración de Justicia en órganos radicados en las Comunidades Autónomas.

La Orden que nos ocupa formuló, sin embargo, el concurso de acceso a la Carrera por plazas determinadas de Magistrados en lugar de dejar, como en todos los demás sistemas de ingreso, la provisión de las plazas para un momento ulterior al de selección y nombramiento; éste es el hecho susceptible de producir cierta confusión en cuanto al deslinde de competencias entre el Estado y la Comunidad Autónoma.

Ninguna objeción tengo a la afirmación que en la sentencia se hace de que «toda la competencia en materia de selección de Jueces y Magistrados corresponde, con carácter exclusivo, al Estado» (FJ 2.º, *in fine*), y comparto las razones en que esa conclusión se apoya. Pero

entiendo que la misma deba ser aplicada, también en este caso, contemplando en primer plano el aspecto fundamental y previo de la convocatoria, o sea, el de selección para ingreso en la Carrera Judicial.

La propia fundamentación de la sentencia señala que el art. 22 EA Cataluña (el 315 LOPJ) no pueden «interpretarse de forma que contradigan o hagan imposible la competencia exclusiva del Estado en materia de Administración de Justicia que deriva del citado mandato constitucional (el art. 149.1.5 CE), y que se refiere, como ya se dijo, de forma innegable al régimen de selección de Jueces y Magistrados»; y agrego: dentro del régimen de selección de Jueces y Magistrados se halla el sistema previsto en los arts. 311.1 y 313 LOPJ para selección e ingreso en la Carrera Judicial entre juristas de reconocida competencia. Este carácter esencial debe prevalecer sobre la mera provisión de vacantes, aunque la convocatoria se haya formulado para el ingreso por plazas determinadas.

El art. 22 EA Cataluña y el 315 LOPJ atribuyen a la Generalidad una facultad de iniciativa («a instancia de la Generalidad», dice expresamente aquél) para la incoación de los procedimientos de provisión de vacantes («plazas vacantes», dice también el art. 22) de los distintos Cuerpos de Administración de Justicia en órganos de su territorio. Evidentemente, una facultad de iniciativa dista de ser una competencia y menos en relación con la que es exclusiva del Estado; ni el citado

art. 22 del Estatuto le califica como competencia ni ello resulta de ningún otro precepto; y su alcance en cuanto mera facultad de instar del órgano competente no puede entenderse que constituya una condición previa para la actividad de éste, o sea, la incoación del procedimiento correspondiente para la provisión de vacantes en la plantilla de los órganos jurisdiccionales del territorio de la Comunidad Autónoma.

Pese a aquel limitado alcance, dicha facultad de iniciativa cumple un papel importante en cuanto a estímulo o motor del órgano competente para tramitar los procedimientos de provisión de vacantes, aunque en modo alguno pueda interferir la competencia exclusiva del Estado para convocar cualquiera de los procedimientos de selección e ingreso en la Carrera Judicial.

Lo antes dicho determinaría una decisión desestimatoria, declarando que la competencia para convocar el concurso discutido y todos los de ingreso en la Carrera Judicial corresponde al Estado. No existiría obstáculo para declarar también que a la Generalidad corresponde una facultad de instancia o iniciativa para la provisión de plazas los distintos cuerpos de la Administración de Justicia vacantes en la plantilla orgánica de los Juzgados y Tribunales sitios en la Comunidad; facultad a la cual ni cabe calificar como competencia ni su falta de aplicación condiciona la de los órganos del Estado, pero obliga a éste a incoar los procedimientos de provisión de vacantes en la plantilla or-

gánica cuando sea requerido a ello por la Generalidad.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL SR. DE MENDIZABAL ALLENDE, MAGISTRADO DE ESTE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, RESPECTO DE LA SENTENCIA QUE LLEVA FECHA DEL 26 OCT. 1992, QUE DECIDE EL CONFLICTO POSITIVO DE COMPETENCIA 676/1986, PROMOVIDO POR EL CONSEJO EJECUTIVO DE LA GENERALIDAD DE CATALUÑA

La sentencia contiene una sólida argumentación que desemboca en el primero de sus pronunciamientos, donde se declara la competencia del Estado para convocar oposiciones y concursos a plazas vacantes en los órganos jurisdiccionales y también en los sitios dentro del territorio de Cataluña. No es tan convincente, a mi entender, y adolece de un cierto voluntarismo, la otra parte del razonamiento jurídico, en el cual se intenta justificar, sin demasiada fuerza persuasiva para mí, el segundo de los pronunciamientos, según el cual la Orden en entredicho «ha desconocido» la facultad de instancia reconocida en el art. 22 EA Cataluña. Aquí surge la discrepancia que planteo, con el máximo aprecio de la mayoría y con el ánimo constructivo de esclarecer, hasta donde yo sepa y pueda, el sentido y alcance de esa facultad.

No es ocioso, al efecto que me interesa, recordar —por una parte— que la Justicia es competencia exclusiva del Estado, como tal, según el art. 149.1.5 CE, que sigue en esto

una tradición casi milenaria, pues era la primera de las prerrogativas de la Corona en Las Partidas y en nuestro Derecho Histórico. Se califica como exclusiva, insisto, y lo es en un sentido propio, a diferencia de otras que no obstante tal consideración de principio se recogen en algunos de los Estatutos de Autonomía, también adjetivadas así –exclusivas– con posibilidad de desarrollo legislativo y ejecución por las correspondientes Comunidades. Hemos dicho ya que la operación jurídica de sumar competencias exclusivas, estatales y autonómicas, da por resultado competencias compartidas (STC 135/1992).

No es éste el caso de la Administración de Justicia. El Estado, en su acepción de poder central, no comparte con ningún otro tal atribución. Las Comunidades Autónomas, cualesquiera que fueren sus características y su nivel de competencias, carecen de ella, en el sentido propio y riguroso de la expresión, como categoría jurídica, respecto de la materia. Algunos Estatutos permiten a ciertas Comunidades la posibilidad de intervenir en contados procedimientos administrativos para la consecución de objetivos mediales, instrumentales. Así, en la elaboración de las demarcaciones judiciales, participarán por vía de propuesta no vinculante, determinarán por Ley propia la capitalidad de los partidos judiciales y podrán gestionar todo tipo de recursos (arts. 35.2, 36.6 y 37.3 LOPJ), y así también los concursos y oposiciones para la cobertura de vacantes del personal

judicial serán convocadas a instancia de la Generalidad (art. 22 EA Cataluña, que el 315 LOPJ hace extensivo a todas las Comunidades).

En este momento del discurso no está de más traer a colación que la Justicia se administra por Jueces y Magistrados que forman un *Cuerpo único*, según el art. 122 CE, norma que dota a la Carrera Judicial de un singular *status* y despliega efectos trascendentes, en la acepción más ajustada a su etimología, muy especialmente en este caso concreto. No se olvide, al respecto, que la Orden dictada por el Ministerio de Justicia el 7 Feb. 1986 tenía como contenido exclusivo la convocatoria del concurso para acceso directo de juristas, sin pruebas selectivas, a la categoría de Magistrados, conocido coloquialmente como «cuarto turno» por razones históricas y legales a la vez. Se trataba, pues, de un modo de ingresar en la Carrera o Cuerpo constitucionalmente único.

Pues bien, como se anticipó más arriba, el EA Cataluña establece que el órgano competente (estatal) convocará a instancia de la Generalidad los concursos y oposiciones para cubrir las plazas vacantes en Cataluña de cualquier clase de personal judicial. Unos años después, la LOPJ incorpora a su estructura tal norma, dada su vocación codificadora, haciéndola extensiva a todas las Comunidades Autónomas. Esta previsión tiene su razón de ser, por supuesto, que es una razón histórica. En un pasado próximo era frecuente que en el ámbito territorial de Cataluña y en algún otro de

España quedaran sin cubrir muchas vacantes por falta de solicitantes por motivos socioeconómicos, y en claro por la desproporción entre el nivel de vida allí y el de los salarios judiciales en sus diferentes escalones. Esa es la situación que está detrás, como telón de fondo, del precepto estatutario y ayudaría a entender la *voluntas legislatoris*, lo que quisieron los autores del Estatuto. Sin embargo, lo decisivo es el mandato legal en sí mismo, la voluntad objetiva de la Ley, que conocemos mediante su lectura y a través de las palabras que emplea.

En esta línea discursiva, el tenor literal del texto, y el lenguaje tiene sus propias leyes y las impone, permite una *iniciativa*, nada más pero nada menos, con el contenido y eficacia que luego intentaré explicar, la iniciativa para la incoación de un procedimiento administrativo encaminado a la cobertura de vacantes. Por ser toda instancia un modo o mecanismo para poner en marcha algo, es en nuestro ordenamiento jurídico una *facultad*. No configura una *competencia*, que consiste en un haz de atribuciones a ejercitar como titular con potestades decisorias, definición que conviene tanto al Derecho público, administrativo, constitucional o internacional, como al privado, por tratarse de un supraconcepto o una categoría universal. La competencia es una estructura compleja que desemboca en la función, mixtura de derecho y de deber, potestad en suma. La instancia, que es una petición o solicitud, acicate, sirve de soporte a una facultad de impulso

que se agota en éste y resulta innecesaria cuando lo que se desea impulsar está ya en movimiento.

La palabra y su calificación jurídica indican de consumo, con gran intensidad expresiva, lo que tampoco es tal facultad, como reverso delimitador. Instancia no es sinónima de *propuesta*, acto inmediatamente anterior a la resolución, ni tampoco de *audiencia*, trámite en garantía de los interesados para propiciar su defensa, y ni siquiera un informe o *dictamen*, mera opinión. La instancia, esta instancia en concreto, es una facultad de iniciativa cuyo efecto inmediato consiste en que el Estado quede obligado a («deberá...») incoar el procedimiento para la cobertura de las vacantes producidas en Cataluña, deber que por otra parte se le impone, con o sin iniciativa ajena, para éstas y para las producidas en el resto de España. En definitiva, tiene una fuerza compulsiva para la incoación y el órgano estatal *ad hoc* cometería al menos un acto de deslealtad constitucional si no lo hiciera así, pero carece de otros efectos. No es el primero ni el único ejemplo de norma jurídica «imperfecta» en una terminología quizá obsoleta, pero no desprovista de utilidad.

Como facultad de impulso para el ejercicio de una competencia no puede dársele una preeminencia tal que condicione aquella. Por tanto, la inactividad o pasividad del titular de la facultad no excluye ni puede excluir el derecho-deber del Estado para abrir por sí, *ex officio*, el expediente correspondiente una

vez conocida la existencia de vacantes doquiera que se hayan producido y ni siquiera podría demostrarlo. A la Generalidad le otorgan el Estatuto una espuela o acelerador que nunca puede volverse contra su propia finalidad o razón de ser cuando el Estado ha cumplido con su obligación principal. Convertir un requisito instrumental en una causa de nulidad sería dar primacía a los medios sobre los fines y transformar la forma, como elemento de garantía, en puro y simple formalismo, corrupción o perversión de la forma. Otra cosa es que, una vez inserta esa facultad de iniciativa autonómica en el procedimiento para ejercer la competencia estatal exclusiva, quizá fuera bueno abrir una norma que haga viable la coordinación de ambas Administraciones, general y territorial, por exigencia del art. 103 CE, para evitar conflictos en falso, carentes de sustancia, como el presente, puesto todo conflicto está en la patología de la convivencia.

En tal aspecto, el Estatuto y la Ley Orgánica parecen necesitados de una norma que desarrolle los arts. 22 y 315, respectivamente. Ahora bien, mientras no se promulgue, el hecho de prescindir a sabiendas de la instancia autonómica (lo que aquí no consta que haya ocurrido) en una vieja y sutil distinción podría tacharse de ilicitud, pero ésta nunca viciaría de invalidez la convocatoria, porque su misma existencia subsana el defecto originario y convalida el contenido. Otra solución sería contraria a la propia función del

impulso. Aquí está la razón profunda, y no en el agotamiento de sus efectos, por la que la Orden habiendo «desconocido» la facultad de instancia —según el pronunciamiento del cual discrepo—, no puede ser considerada nula. Por otra parte, la inexistencia de la iniciativa de los servicios catalanes *ad hoc*, mejor informados sobre la producción de vacantes en su territorio por la proximidad geográfica y la relación funcional con los órganos judiciales donde se producían, no puede ser imputada jurídicamente sin más al M.<sup>º</sup> Justicia, a quien nadie se había dirigido a pesar del tiempo transcurrido y que, por tanto, no desoyó petición alguna, ni la rechazó, sino que actuó sin ella. Ni siquiera desde esta perspectiva contingente de lo sucedido puede imputarse al órgano estatal actuante la inactividad del órgano autonómico, que sólo dio señales de vida cuando apareció la convocatoria, para hacer la cual ninguna norma le exige dirigirse a la Generalidad para provocar su iniciativa, convirtiendo lo espontáneo y voluntario en un rival desprovisto de utilidad.

Como consecuencia de lo expuesto, el autor de este voto particular opina, como propuso en su momento, que el razonamiento jurídico de la sentencia hubiera debido discurrir por estos derroteros, suprimiéndose en la parte dispositiva el segundo de sus pronunciamientos, que me parece inexacto en su doble dimensión de hecho y de imputación jurídica.

## 2. LAS PARTES

**TASACIÓN DE COSTAS: EL ARTÍCULO 423 LEC NO EXIGE LA CONSIGNACIÓN DE LA CUANTÍA CONCRETA ASIGNADA A CADA CONCEPTO DETALLADO EN LA MINUTA.**

**STS, 1<sup>ª</sup> S, DE 4 DE NOVIEMBRE DE 1992.**

*Segundo:* Pasando a examinar la oposición concerniente a la minuta de Honorarios del Letrado, vemos que se proyecta a que en ella no hay la menor referencia a actuación profesional alguna, desconociéndose, por tanto, si la total cantidad cifrada obedece a una o varias actuaciones profesionales en el recurso. En este aspecto, la jurisprudencia de la Sala venía orientándose en interpretar los arts. 423 y 424 del texto procesal en el sentido de que debía fijarse por separado y detalladamente cada uno de los conceptos objeto de minutación, a fin de posibilitar detraer las cantidades correspondientes a las partidas de abono impropio, y así se manifestaron las sentencias citadas en el escrito de oposición a la tasación, sin embargo, la doctrina de la Sala ha ido evolucionando sobre tal particular, al mantenerse que el art. 423 LEC exige la aportación de minuta detallada pero no la consignación de la cuantía concreta asignada a cada concepto detallado, pues éste ha de resultar, indudablemente, del aspecto proporcional asignable a cada una en las corres-

pondientes normas, y que como pone de manifiesto el art. 429, la impugnación de costas por indebidas ha de basarse, exclusivamente, en la inclusión de partidas de derechos de honorarios cuyo pago no corresponda al condenado en costas, pero sin imponer minutar por separado cada uno de los conceptos detallados, y como perteneciente a la susodicha doctrina evolutiva pueden citarse entre otras las SS 26 Nov. 1980 y 20 Abr., 15 Jul. y 16 Dic. 1992. Por otro lado, es de decir que, en realidad, no es admisible la afirmación de desconocerse la una o las varias actuaciones profesionales incluidas en la minuta, ya que al citar la minuta las normas colegiales de aplicación y detallar la fijación de honorarios conforme a las escalas y porcentajes colegiales, así como concretar el porcentaje del 60% que corresponde a honorarios de la parte recurrida, cabe apreciar que tales actuaciones fueron las específicas que requería el recurso para el recurrido: trámite de instrucción, preparación y asistencia a la vista con informe en Sala. Así pues, cuanto ha quedado razonado lleva a desestimar la impugnación relativa a los honorarios de la dirección letrada, y, por consiguiente, únicamente procede excluir de la tasación de costas las partidas de la Cuenta de la Procuraduría a que se hizo mención, sin que proceda, por último, hacer ningún pronunciamiento acerca de las costas causadas en el presente incidente, al no concurrir méritos bastantes para ello.

NO CAUSA INDEFENSIÓN LA PRÁCTICA DE CITACIONES, NOTIFICACIONES Y EMPLAZAMIENTOS EN EL DOMICILIO REGISTRAL DEL TERCERO POSEEDOR O ÚLTIMO TITULAR INSCRITO SI ÉSTE NO HA HECHO CONSTAR SU DOMICILIO REAL.

STS, 1.<sup>ª</sup> S, DE 23 DE OCTUBRE DE 1992.

*Tercero:* En los precedentes y restantes motivos, se mantiene pues la pretensión ejercitada y el rehúse de los mismos, ratificando el razonamiento de la Sentencia apelada, previene de las siguientes consideraciones: 1.<sup>ª</sup> que en efecto, por lo antes transcrito se subraya que en todo momento en el juicio ejecutivo núm. 681/1984 del mismo JPI Matarró núm. 1, instado por el cauce del art. 131 LH, se actuó conforme a la normativa aplicable, esto es, tras los trámites correspondientes a que se contraen las reglas 1.<sup>ª</sup> y 4.<sup>ª</sup> art. 131, después de haberse acreditado, con la expedición de la certificación del registro, de la existencia de persona a cuyo favor resulte practicada la última inscripción de dominio o posesión, esto es, el recurrente (cuando con posterioridad a la existencia del préstamo hipotecario adquirió la mitad proindivisa de la finca hipotecada en 9 Dic. 1982, en cuya escritura declaró conocer y aceptar la situación registral de la finca, escritura que accedió al Registro de la Propiedad en 12 May. 1983, o con posteriori-

dad a la existencia de dicha escritura de hipoteca otorgada en 14 Jul. 1982, e inscrita en el Registro de la Propiedad de 1 Oct. 1982 y por lo tanto la que dio base a la operatividad de procedimiento judicial sumario (del art. 131) y se repite, fue requerida de pago al no haberse practicado con la misma ninguno de los requerimientos a que se contrae la regla 3.<sup>ª</sup> de dicho precepto, cuyo requerimiento se practicó notificando a la misma la existencia del procedimiento que se llevó a cabo en el lugar prevenido en la regla 3.<sup>ª</sup> de este art., esto es, justamente en el domicilio presunto y vigente en el Registro, según esa regla 3.<sup>ª</sup>, domicilio que habrá de referirse, sin lugar a dudas, al fijado por el deudor en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 130.1 en la escritura de hipoteca, que es la que dio lugar al procedimiento, especial sumario del art. 131, sin que, por tanto, sea atendible la alegación de que dicho domicilio debía ser el real que figurase en la posterior escritura de compraventa de la mitad proindiviso. 2.<sup>ª</sup> Que la práctica de dicha notificación no sólo se acomodó a lo dispuesto en la regla 5.<sup>ª</sup> sino en especial a lo establecido en esa regla 3.<sup>ª</sup>, en donde se prescribe que la notificación practicada en el domicilio registral se verificará, bien personalmente con la persona interesada o bien con el pariente más próximo, familiar o dependiente que se hallaren en el mismo, tal y como ocurrió, justamente, cuando se practicó la notificación con el yerno del hoy recurrente, que, en puridad era

la persona deudora de dicho préstamo hipotecario, con lo cual, asimismo, como dice la Sala, se cumplieron los presupuestos establecidos en la normativa contenida en los arts. 268 a 275 LEC, aplicables en lo atinente; que esa cédula se entregó al pariente más próximo el cual tenía la obligación de hacérsela llegar al tercer poseedor o adquirente del derecho interesado en el conocimiento de la vertencia, de tal forma que, en el caso hipotético de que por parte de éste no se hubiese cumplido su obligación de hacérsele llegar a su conocimiento, cualquier posible resquicio de responsabilidad derivada de esa omisión deberá zanjarse entre las partes interesadas; que asimismo de lo anterior no se deriva, que se haya producido la indefensión ni que exista ningún desajuste que pueda vulnerar el principio de tutela consagrado en el art. 24 CE, que como norma aplicable, entiende el recurrente puede provocar la estimación de la inconstitucionalidad parcial del precepto controvertido, porque de la observancia del mismo no cabe, en caso alguno, pueda darse el fenómeno de la indefensión o falta de tutela de la persona interesada, ya que en dicho precepto –regla 5.<sup>ª</sup> art. 131– se hace constar, «si de la del registro apareciese que la persona a cuyo favor resulte practicada la última inscripción de dominio o posesión, en su caso, a que se refiere el extremo 1.<sup>ª</sup> regla 4.<sup>ª</sup>, no haya sido requerido en ninguna de las formas notarial o judicial antes indicadas, se notificará a la misma la existen-

cia del procedimiento en el lugar prevenido en la regla 3.<sup>ª</sup> de este artículo para que pueda, si le conviene, intervenir en la subasta o satisfacer antes del remate el importe de crédito y los intereses y costas en la parte en que está asegurada con la hipoteca de su finca», y todo ello porque, como se ha expuesto, al no haberse acreditado, según lo actuado, el inicial requerimiento de pago al que se refiere la regla 3.<sup>ª</sup> art. 131, en relación con la prescripción de la regla 4.<sup>ª</sup>, se practicó la notificación de la vertencia sobre la existencia del procedimiento al tercer poseedor, en este caso, al titular de la última inscripción de dominio de la finca hipotecada en el 50% al haberlo adquirido de los anteriores propietarios, codeudores del préstamo hipotecario. 3.<sup>ª</sup> Que en términos generales no puede considerarse que el seguimiento de dicha regla 5.<sup>ª</sup> suponga un desconocimiento de la titularidad efectiva y provoque la indefensión por vulneración del principio del art. 24 CE, ya que no es posible que se dé ese riesgo de indefensión o perjuicio, cuando la propia LH tiene suficientes medios para poder evitar que cualquier persona interesada, sea tercer poseedor o último titular, que se vea afectado por la existencia de ese procedimiento judicial sumario, no conozca la existencia del mismo a los fines de poder liberar la finca mediante el pago correspondiente del descubierto, en razón a que su domicilio no coincida con el registral que, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 130, al deudor

expuso como lugar de recepción de los requerimientos y citaciones correspondientes; y es que esas indefensiones y ese riesgo no son reales por las siguientes previsiones y las posibilidades del art. 130: a) el domicilio que figure en la escritura del préstamo hipotecario, base del procedimiento posterior judicial sumario, será aquél que fije el deudor para la práctica de los requerimientos y notificaciones, en cuyo domicilio, naturalmente, se practicará todo aquello que después acontezca al instar este procedimiento especial; b) que ese domicilio es perfectamente posible se pueda cambiar por la propia voluntad del deudor, siempre y cuando se cumpla lo dispuesto en el tercer párrafo de dicho art. 130; c) pero, sobre todo, ese último párr., como dice la Sala, es donde se contiene una norma elemental de previsión para evitar ese riesgo o perjuicio de que por no conocer el procedimiento especial sumario, el tercer poseedor o último titular se vea afectado por un procedimiento el cual ignora al no haberse recibido las citaciones en su propio domicilio sino en el que figura en la escritura del préstamo hipotecario o de la hipoteca base del trámite cualificado de este art., ya que, en efecto, en ese precepto se dice que «todo posterior adquirente de la finca podrá variar el domicilio que encontrase fijado al tiempo de la adquisición, pero sujetándose a las condiciones y requisitos antes expresados, y, en su defecto, queda vigente el que aparezca en el registro»; en otras palabras puede, en

todo caso, dicho tercer poseedor o último titular inscrito, hacer constar cuando haya adquirido la finca hipotecada cuál sea su domicilio real para que en él se practiquen las citaciones, notificaciones y emplazamientos, de tal forma que si no aprovecha ese tercero esta posibilidad de cambio, se mantendrá, pues, el domicilio registral, circunstancia ésta que permite que dicha persona interesada pueda en todo caso introducir su verdadero domicilio a los fines de evitar repetido riesgo de desconocimiento; todo ello en relación pues con lo acaecido en autos, demuestra la procedencia de ratificar lo resuelto por la Sentencia recurrida, ya que jamás por parte de este tercer poseedor se aprovechó esa posibilidad de introducir su domicilio real, por lo cual devienen inconsistentes las afirmaciones al respecto vertidas en el motivo, pues no se ha producido indefensión, ya que, se reitera, por la Sala se actuó en todo momento ajustándose a lo prevenido en dicha normativa, sino que, además, practicándose las citaciones en el domicilio registral, y habiendo recibido la cédula el pariente más cercano del mismo, — yerno del recurrente—, en todo momento, pudo tener conocimiento o constancia de la existencia de dicha vertencia, sin que, finalmente, sea tampoco atendible o pueda variar el sentido del Fallo lo establecido en el art. 25 RH, por cuanto que aparte de su inferior rango para poder equipar un recurso por la vía de la infracción del ordenamiento jurídico, en todo caso, no hace sino

extender las personas legitimadas para recibir las notificaciones y requerimientos a que se contrae este procedimiento especial, y entre ellas, por supuesto, está el tercer poseedor o titular inscrito, cualidad que figuraba a favor del hoy recurrente y sin que, por último, la Sala tenga que variar su decisión y razonamiento por el mero hecho de que no fuese titular de la totalidad de la finca hipotecada sino solamente del 50%, ya que no se veda, por ello, esa posibilidad de poder introducir el nuevo domicilio real del titular, por el dato de que al ser solamente titular de la mitad, no pudieran coexistir perfectamente en el registro la dualidad de domicilios, la del deudor ya propietario de la mitad y del nuevo titular propietario de la segunda, por todo lo cual, se añade en pos de la tesis que se declare, que no sólo contradictorio con sus propios actos, sino demostrativo de una elemental dejación en la defensa de sus intereses, resulta la conducta del hoy recurrente, pues, pese a no actuar conforme le permitía esa última previsión legislativa del art. 130, impeditiva del riesgo acusado, ahora, se decide, extemporáneamente, a instar una pretensión acusando de inconstitucionalidad, con la consiguiente nulidad de actuaciones, a un precepto que, por lo razonado, no sólo no lo es, sino que, en una interpretación sintomática con los precedentes, contiene remedios suficientes para que cualquier persona

diligente, a su socaire, pueda impedir el supuesto quebranto, que, como se dice ahora, se pretende paliar improcedentemente, tesis, por último, sobre la no nulidad pretendida, que reitera la doctrina de esta Sala en S 2 Abr. 1992, en un caso análogo [al decir: La denunciada infracción de las reglas 3.ª y 5.ª art. 131 LH, y consecuentemente la del art. 24.1 CE, no se han producido, ya que: a) el Juzgador de instancia ha cumplido con toda eficiencia dogmática lo dispuesto en referidas reglas, en cuanto, como aparece probado el requerimiento judicial único que conforme a la regla 4.ª del referido precepto era de aplicación en este caso al no haberse llevado a efecto el notarial, fue efectivamente realizado; b) la práctica del mismo, como claramente señala la regla 3.ª del citado precepto, deberá hacerse en el domicilio que resulte vigente según el Registro, y fue en él precisamente donde se efectuó; c) pero es que *ad maior abundantiam* ha de señalarse que en la escritura pública ambas prestaciones e hipotecantes aparecen con domicilios distintos, bien que se unifiquen en su cláusula o ap. VI, como se ha dejado indicado en el núm. 1 del Fundamento segundo de esta Sentencia»]. Por lo que, con el rehúse de los motivos, procede desestimar el recurso, al ser impertinente la inconstitucionalidad postulada y la derivada nulidad de acción asimismo adosada la pretensión ejercitada.

## 3. LA PRUEBA

LA INTRODUCCIÓN DE HECHOS NUEVOS DISTINTOS AL *THEMA PROBANDI* MEDIANTE LAS DILIGENCIAS PARA MEJOR PROVEER VULNERA EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

S. TC 137/1992, 1ª S, DE 13 DE OCTUBRE.

*Quinto:* La incongruencia omisiva por falta de respuesta alcanza, sin embargo, relevancia constitucional con respecto del primero de los motivos formulados en el recurso de suplicación. Aquí la recurrente imputaba a la Sentencia de instancia infracción de los arts. 120 párrs. 2 y 3 LPL, 359 LEC y 24.1 CE por apartarse de los términos de debate procesal y por la falta de pronunciamiento respecto del único tema planteado en la demanda, en particular si el cuadro clínico de la actora era o no determinante de una invalidez permanente en el grado de total. Alegaba la actora que el Magistrado de instancia había introducido en su Sentencia «una cuestión nueva que no fue tomada en cuenta en la vía previa», cual es la de que la enfermedad de la actora no puede ser calificada en sentido técnico-jurídico como «profesional». La novedad de esta cuestión derivaría de que en las bajas previas concedidas por la Mutua Murciana, en sus informes y en los diversos escritos emitidos en el procedimiento de evaluación de incapacidades, siempre se

habían considerado sus dolencias como profesionales. Por otro lado, en la vista del juicio oral —a la que no comparecieron ninguno de los codemandados— no se planteó la inexistencia de enfermedad profesional, «siendo alegada por primera vez en el escrito presentado para mejor proveer por la Mutua Murciana».

En efecto, la resolución judicial impugnada no contiene la más mínima referencia a este referido vicio de incongruencia. Existe la posibilidad de que, de haber tenido en cuenta el motivo alegado, el TCT habría resuelto el recurso de forma estimatoria, ya que la Sentencia de instancia únicamente dio importancia al origen profesional o no de las secuelas padecidas por la recurrente. La estimación del motivo formulado podía haber llevado al TCT a reconocer que se encontraba aquejada de una incapacidad permanente total sin perjuicio del carácter común o profesional de la enfermedad.

*Sexto:* De otra parte, tal posibilidad de estimación del motivo de suplicación, orillado por la Sentencia de forma inmotivada, no era infundada, dado que el órgano judicial de instancia, al basar su decisión en el examen de una alegación deducida por la parte demandada en forma extemporánea, modificó la pretensión ejercitada. Aun cuando el litigio versaba sobre la solicitud de declaración de invalidez permanente en el grado de total derivada de enfermedad profesional, nadie, en la fase de alegaciones, había

cuestionado el origen profesional del cuadro clínico de la actora. El asunto litigioso, que consistía, por tanto, en determinar, partiendo del carácter profesional de la enfermedad, la concurrencia de la invalidez reclamada, fue resuelto en la Sentencia en sentido desestimatorio mediante la introducción sorpresiva e intempestiva de un hecho nuevo que deviene en factor decisivo del fallo, cual es el referido a la etiología común de la patología observada, suscitado por primera vez por la Mutua Murciana una vez concluido el juicio oral y en escrito de solicitud de práctica de «diligencias para mejor proveer».

A este respecto, hay que resaltar que las diligencias para mejor proveer no constituyen un instrumento hábil para que las partes puedan introducir nuevas alegaciones al proceso, sino un recurso excepcional que dispone el juzgador para, una vez concluido el juicio y antes de dictar Sentencia, complementar el material probatorio aportado, siempre y cuando la prueba practicada de oficio recaiga sobre el *thema probandi* delimitado por las partes en su demanda y contestación. Así las cosas, al posibilitar mediante la práctica de tales diligencias que la Mutua Murciana pudiera traer al proceso hechos nuevos no planteados en el juicio (ni siquiera en el expediente administrativo) se infringió el principio de congruencia, causando indefensión, en la medida que la resolución judicial se desvió de los términos en que fue planteada la controversia procesal, produ-

ciéndose un fallo, extraño a la *causa petendi* de la pretensión y del objeto procesal deducido en el juicio oral.

*Séptimo:* La introducción extemporánea de una nueva *causa petendi* ha ocasionado, pues, una sustancial alteración del objeto procesal, provocando la consiguiente indefensión a la parte demandante, quien no pudo articular la oportuna actividad probatoria frente a la alegación intempestiva (el carácter no laboral de la enfermedad de la recurrente) introducida por la demandada en el referido trámite de las diligencias para mejor proveer, sin que pueda erigirse en causa de justificación de la resolución adoptada en la instancia y confirmada en suplicación la supuesta indefensión aducida por la demandada (su incomparecencia al juicio oral por la existencia de una presunta «amenaza de bomba» en el momento de su celebración) o la circunstancia de que, del resultado de la práctica de aquellas diligencias, se le diera traslado a la actora.

Que la parte demandada no sufrió indefensión alguna lo demuestra el hecho de que, con independencia de que un mínimo deber de diligencia debió motivar la comprobación de la verosimilitud de esta causa de fuerza mayor (pues el juicio se celebró), la demandada tenía la carga de solicitar la suspensión del juicio oral por dicha causa o su nulidad al amparo de lo dispuesto en los arts. 283.2 y 3 y 242.2 LOPJ lo que tampoco hizo; lejos de ello, articuló un auténtico escrito de contestación

a la demanda en su solicitud de práctica de diligencias para mejor proveer, dando entrada en el proceso a la denominada «ciencia privada del Juez».

Es cierto, por otra parte, que del resultado de la práctica de las diligencias para mejor proveer se le dio traslado a la demandante, pero el traslado de dicha diligencia no garantiza el cumplimiento de los principios de contradicción e igualdad de armas, por cuanto la actora no tuvo oportunidad procesal de rebatir o de contestar a la nueva alegación introducida por la demandada en dicho trámite, ni de proponer la prueba necesaria para justificar el carácter profesional de la enfermedad hasta ese momento nunca puesto en duda por nadie. En cualquier caso, ha de estimarse contrario al derecho a la tutela y a un proceso con todas las garantías la posibilidad de introducir alegaciones o hechos nuevos distintos al tema de la prueba al amparo de la facultad inquisitiva contenida en aquellas diligencias, pues ello significaría desvirtuar la naturaleza del trámite de las diligencias para mejor proveer (convirtiéndola en una suerte de segunda fase de alegaciones y de ejecución de prueba), así como desconocer la exigencia de que en un proceso oral el material de hecho y su prueba ha de aportarse exclusivamente a la fase del juicio oral, el cual ha de celebrarse con unidad de acto.

**PRUEBA TESTIFICAL: LA DECLARACIÓN DE LOS COACUSADOS HA DE VALORARSE DENTRO DEL CONJUNTO DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA.**

**S. TS, 2ª S, DE 2 DE DICIEMBRE DE 1992.**

*Primero:* Se interpone por infracción del principio de presunción de inocencia consagrado en el art. 24.2 CE, al amparo del art. 5.4 LOPJ.

Es muy frecuente, y no hay en ello ninguna censura, sino la constatación de un hecho sociológico con proyección jurídico-procesal, que los recurrentes que invocan el principio de presunción de inocencia, básico y fundamental en nuestro Estado de Derecho, expongan una teoría general del principio constitucional, impecable, incondicionada y absolutamente asumible por la Sala, pero que, a continuación, en la incidencia de la misma en el caso real objetivo de recurso, se separan frontalmente de ella y se sitúan ya fuera de la doctrina constante y reiterada del TC y de esta sala.

En efecto, es imprescindible que a toda condena, en cualquiera de los ámbitos del llamado Derecho sancionador (administrativo, civil, laboral, mercantil y, por supuesto, con especial relevancia, penal), preceda una prueba, procesalmente válida, es decir, practicada de manera regular, correctamente y, por consiguiente, sin vulneración de derecho alguno y con todas las garan-

tías y que pueda estimarse racionalmente de cargo, este es, de signo inequívocamente acusatorio.

Sólo bajo estos presupuestos el art. 741 LECrim cobra su auténtica y profunda significación en el sentido de ser conforme en todo a los principios en que se inspira nuestra CE. El Tribunal de instancia tiene libertad de apreciar la prueba, puesto que en nuestro Derecho procesal penal rige el principio de libre apreciación de la prueba y, por consiguiente, no fija criterios de preferencia respecto a los distintos medios probatorios, todo ello, por supuesto, siempre que haya prueba y que ésta se desarrolle en el juicio oral en presencia del Tribunal sentenciador y bajo los principios de oralidad, contradicción, intermediación, igualdad en los derechos de las partes, etc... Esta ha sido, esencialmente, la significación del principio a la luz de la CE, corrigiéndose así una práctica inveterada no correcta. No caben conjeturas, sospechas o intuiciones: el hecho penal nuclear y las circunstancias que lo acompañan han de estar probados, aunque el convencimiento del jugador *a quo* pueda alcanzarse, como ya queda dicho, por muchos caminos, con tal de que éstos sean legítimos, es decir, conformes a la Ley. Dar más o menos credibilidad a un testigo, comparar unos testimonios con otros y decidir, en función de lo que dijeron en la fase de investigación y en el juicio oral (que es el centro mismo del proceso penal, al que nada llega probado), de lo que no se dijo y de lo que no se dice, de

los gestos, que también son una forma de expresión, dar más fiabilidad a una prueba pericial que a otra, etc., etc., es algo que corresponde llevar a cabo, con carácter exclusivo y excluyente, al juzgador en la instancia.

Lo que no es posible ni hacedero es que esta Sala, que no ha visto ni oído estas declaraciones, sustituya el criterio objetivo, imparcial, sereno, del Tribunal *a quo*, cuando éste se corresponde con las reglas de la lógica, la experiencia y el criterio científico, por el suyo propio que, con toda evidencia, carece de las exigencias que el propio sistema tiene establecido para poder resolver, decisión que ha de ser, desde luego, motivada, esto es, como acaba de decirse, razonada, conforme a criterios de lógica, de experiencia humana y de reglas científicas con unas determinadas especificidades si se trata de prueba indirecta o indiciaria, que no es el caso.

En este orden de cosas, el recurrente introduce un dato importante: se viene a decir que sólo existe una prueba, las declaraciones de un coimputado, Ramón Martín E.S., manifestaciones que tacha de inválidas por animadversión hacia el inculpado D. José Antonio G.A., porque, no teniendo trabajo conocido, ingresó en el Cuerpo de Policía de la CA País Vasco, es decir, en la Ertzaina, en el que se sentía incómodo, hasta el punto de que en él pidió la excedencia 2 meses después de realizar la declaración inculpatoria, por resentimiento, dada la exigencia disciplinaria que el re-

currente le exigía; también por su capacidad de fabulación e invención, destacada, según se dice, por varios testigos, así como el afán autoexculpatorio que se puso de relieve al alegar obediencia debida, arrepentimiento espontáneo o, incluso, una causa de justificación extralegal, señalándose, por último, el intento de implicar al Consejero.

El motivo no puede prosperar. Esta Sala y el TC han reiterado con precisión el tema de la condena penal que se construye sobre la acusación de un coimputado. Respecto a ello hay que decir lo siguiente: la valoración de las declaraciones de los coacusados no está prohibida por la Ley, sin que, obviamente, pueda ser discutida su condición de prueba testimonial. A renglón seguido, a modo de orientación general, pero de extraordinario relieve, hay que destacar que la declaración del coimputado ha de examinarse, efectivamente y sin duda, dentro del conjunto de la actividad probatoria: racionalidad, carencia de contradicciones, relaciones anteriores y coetáneas con el imputado a quien se acusa, etc., con especial cuidado para comprobar si pueden existir sentimientos de venganza, de odio, resentimientos o intereses espurios, soborno, autoexculpación, etc. Todo ello es así, pero que así sea, no obstaculiza que tal declaración puede tenerse en cuenta y apoyar en la misma la convicción del Tribunal en los términos ya señalados.

Pero, salvo supuestos que habrían de considerarse excepcionales, su-

cede, a su vez, que tales circunstancias sólo las puede valorar el juzgador de instancia, no esta Sala, porque su apreciación exige inmediatez y contradicción directa, que aquí no se dan. ¿Existía realmente odio o venganza, porque su finalidad era precisamente la de hacer daño al resto de los implicados? ¿Cuál era el fin que se perseguía? Se trata de interrogantes que, en principio, sólo puede resolver el Tribunal de instancia.

Incluso, para agotar en lo posible la tutela judicial efectiva que se nos pide y acudiendo a las propias razones que el recurrente aporta, respecto a la relación coimputado, acusador y acusado D. José Antonio G.A., debemos observar que el razonamiento del recurrente se refiere a lo que podría calificarse como de poco espíritu respecto al Cuerpo al que pertenece y a una cierta resistencia frente a la exigencia de disciplina por parte de su superior carece de consistencia. Todo ello no explicaría, sin más, la reacción de llevar a cabo una acusación tan grave, teniendo en cuenta que también puede razonarse que su existencia se produjo porque, tras la citada acusación, podía ser incómoda su presencia en el citado Cuerpo, después de sus intervenciones en el proceso al que se refiere este recurso extraordinario de casación.

No hay nada, pues, que conduzca a la tacha del testigo, teniendo en cuenta que sus manifestaciones se insertan en un contexto complejo que el Tribunal de instancia, sin duda, y esta misma Sala ha exami-

nado detenidamente sin encontrar ninguna patología en ellos.

Es por ello por lo que procede la desestimación del motivo.

*Segundo:* Bajo la misma apoyatura procesal se denuncia la misma infracción respecto del condenado Javier M.<sup>º</sup> A.Q. y respecto de tal invocación deben hacerse las mismas consideraciones que quedan recogidas en el anterior Fundamento de Derecho y, en este sentido, ha de responderse a la interrogante que formula el recurrente. La prueba que existe, como ya se ha dicho, es precisamente la del imputado, sobre la que no puede ponerse ninguna tacha esencial más allá de los grados de credibilidad de los testigos – también son testigos los coimputados, las víctimas y los perjudicados – que ha de valorar el juzgador de instancia, quien, tras la prueba ante él practicada con toda regularidad, encontró acreditados unos hechos y unos partícipes, lo que no implica, obviamente, como sucede en muchas ocasiones, que no hubiera o pudiera haber otros implicados en unos comportamientos tan graves y trascendentes para el buen orden político y social como el que se enjuicia, aunque, en su caso, respecto de ellos no se pudiera acreditar, como exige nuestra CE y el resto del Ordenamiento jurídico, su intervención.

Procede la desestimación.

LA SUSPENSIÓN DEL JUICIO ORAL PARA LA PRÁCTICA DE UNA PRUEBA TESTIFICAL INNECESARIA O IRRELEVANTE CONSTITUYE DILACIÓN INDEBIDA.

STS, 2<sup>a</sup> S, DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 1992.

*Primero:* En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del art. 850.1 LECrim., se invoca quebrantamiento de forma al haber sido denegada una diligencia de prueba que, propuesta en tiempo y forma, se considera pertinente, y en concreto, el no haberse suspendido el acto del juicio oral ante la incomparecencia de los testigos Mohamed B., Taher B. y Abdennabi El H., que habían sido propuestos por el MF, a cuyo testimonio se había adherido la defensa, que hizo constar su protesta ante la decisión del Tribunal de instancia de no acceder a tal petición de suspensión.

Ha sido criterio jurisprudencial, hoy día casi abandonado, exigir que el testigo hubiese sido propuesto de forma nominativa por la parte que solicita la suspensión, para que el Tribunal puede acceder a tal petición. La jurisprudencia más reciente, por el contrario, ha estimado que la simple adhesión a la prueba testifical de las partes acusadoras puede ser presupuesto válido para solicitar, en su caso, la suspensión del juicio (Cfr. S 7 Dic. 1988).

La doctrina de esta Sala se ha preocupado de distinguir entre pertinencia y necesidad de la prueba

testifical interesada. Entre otras muchas, es exponente la S 13 Jun. 1989, en la que se expresa que «es preciso ante todo, distinguir claramente entre "pertinencia" y "necesidad" de un determinado medio de prueba. El art. 656 LECrim., al regular el trámite de admisión de las pruebas propuestas por las partes, alude al concepto de pertinencia; sin embargo, el art. 746 LECrim., al referirse a la suspensión del juicio oral, es más riguroso, pues exige que el Tribunal «considere necesaria» la declaración del testigo no comparecido. De ahí que haya de examinarse ponderadamente las circunstancias que concurren en cada caso, teniendo particularmente en cuenta el número y clase de los testigos propuestos, el ámbito y contenido de sus respectivos testimonios, así como las preguntas que en su caso pretendieran hacerse al testigo no comparecido...».

Si pertinente es lo oportuno y adecuado, necesario es lo que resulta indispensable y forzoso, y cuya práctica deviene obligada para evitar que pueda ocasionarse indefensión.

La decisión del Tribunal sobre la necesidad de la declaración testimonial le vendrá, pues, determinada por el alcance de las demás pruebas practicadas y por el contenido de las preguntas a que se iban a someter al testigo incomparecido y probable resultado de su declaración. Será objetivamente innecesario cuando la prueba testimonial interesada resulte irrelevante o prescindible respecto al acreditamiento de los hechos enjuiciados.

No se puede olvidar que el art. 24.2 CE proclama, entre otros, el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas. Suspender un juicio para la práctica de una prueba testimonial innecesaria e irrelevante constituye una dilación indebida que viene constitucionalmente proscrita.

En el supuesto que nos ocupa, los extremos sobre los que se iba a concretar el interrogatorio de los testigos incomparecidos —presunta relación laboral con el acusado y si solicitaron del mismo les diera trabajo por estar de paso camino de Francia— son reconocidos por el propio recurrente y vienen corroborados por el testimonio depuesto por el testigo querellante comparecido y por la documental incorporada a las actuaciones. Sus testimonios no eran, pues, necesarios.

A mayor abundamiento, los testigos incomparecidos no pudieron ser ni siquiera citados al acto del juicio oral, por encontrarse en ignorado paradero, habiéndose ordenado por el Tribunal sentenciador su localización por la policía, obrando incorporado a las actuaciones el resultado infructuoso de las gestiones policiales realizadas. En tales supuestos, como se afirma por el TC, en S 137/1988 de 7 Jul., es posible traer las diligencias sumariales al juicio como prueba anticipada o preconstituida, en los términos señalados en el art. 730 LECrim. Esta posibilidad está justificada por el hecho de que, estando sujeto también el proceso penal al principio de búsqueda de la verdad material, es preciso asegurar que no se pier-

dan datos o elementos de convicción, utilizando en estos casos la documentación oportuna del acto de investigación, llevado a cabo, en todo caso, con observancia de las garantías necesarias para la defensa. Esta Sala tiene declarado, igualmente, que de acuerdo con el art. 730 LECrim. las diligencias del sumario únicamente pueden ser leídas en el juicio oral cuando «por causas independientes de la voluntad de las partes no pueden ser reproducidas» en aquél. El Tribunal, por consiguiente, podrá tomar excepcionalmente en cuenta las declaraciones testimoniales obrantes en el sumario, previa lectura en el juicio, cuando el testigo haya muerto, o se encuentre fuera de la jurisdicción del Tribunal y no sea factible lograr su comparecencia o sea imposible de localizar por desconocimiento de su paradero (Cfr., entre otras, SS 4 Mar. 1991 y 1 Abr. 1992).

El TEDH en S 19 Feb. 1991, caso *Isgrò*, no consideró violación del Convenio el que fueran tenidas en cuenta unas declaraciones sumariales cuando el testigo se encontraba ilocalizable pese a las gestiones realizadas en su busca. El Tribunal tuvo en cuenta que dichas declaraciones habían sido realizadas ante un magistrado cuya imparcialidad no había sido puesta en duda, así como que junto a tales declaraciones existían otros testimonios diferentes.

Acorde con la doctrina expuesta, en el presente supuesto, pudo perfectamente el Tribunal sentenciador haber tenido en consideración las declaraciones sumariales de los tes-

tigos que acreditadamente se encontraban en ignorado paradero.

Así las cosas, fue perfectamente correcta la decisión del Tribunal de instancia de no considerar necesario el testimonio de los testigos incomparecidos, como igualmente fue acertada su decisión de no acceder a la suspensión del juicio oral.

PRUEBA DE CONFESIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS: UNA PARTE NO PUEDE IMPONER LA PERSONA CONCRETA QUE DEBE ABSOLVER POSICIONES EN NOMBRE DE LA SOCIEDAD.

S. TS, 1ª S, DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1992.

*Tercero:* El motivo segundo se apoya en el art. 1692.3 y denuncia quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras que rigen los actos y garantías procesales, que han producido indefensión. La norma conculcada se concreta en los arts. 578.1 y 585 LEC y en el art. 283.3 LOPJ y doctrina jurisprudencial que lo interpreta.

En el cuerpo del motivo se narra que la parte demandada propuso la confesión del representante legal de la actora «Banco de A., S.A.» y, declarada pertinente, fue practicada con el propio abogado director de la demandante, que exhibió poderes para absolver posiciones cuando acudió a la diligencia de prueba.

El motivo no puede prosperar por diversas razones que a continuación se detallan.

Primera. Siempre que se alega quebrantamiento de las formalidades legales es preciso agotar los cauces procesales para corregirlos, y si la parte entiende que la absolución de posiciones no fue emitida por quien debió comparecer como representante legal, además de hacer constar la protesta pudo decir en segunda instancia que se practicara, y no lo pidió a pesar de que el Juez de Primera Instancia cuando decidió entender la diligencia con el letrado director así se lo indicó a la parte, sugiriéndole que, en su caso, designara persona concreta para nueva confesión.

Segunda. El contenido del pliego de posiciones fue contestado afirmativamente en su casi totalidad y sólo fueron negadas posiciones relativas a la firma de las pólizas y su renovación, que en modo alguno cabe imaginar que sean actos personales del máximo representante del Banco, a la sazón el Sr. B.B.

Tercera. En los procesos contra compañía mercantil o contra otras personas jurídicas tienen capacidad para absolver posiciones las personas físicas que tienen la representación de aquéllas, o a las que los órganos correspondientes se la otorgan; que no puede imponer caprichosamente una parte la persona concreta que debe contestar por la sociedad, y sólo cuando la pregunta por su naturaleza y contenido lo requiera podría originar la convocatoria *nominatim* del representante que conozca personalmente la cuestión.

Cuarta. Que cuando se pregunta por hechos que no son personales

de quien absuelve las posiciones, puede éste provocar la confesión deferida que permite el art. 587.2 LEC, de cuyo contenido puede entenderse que hacen uso las sociedades cuando designan por sí mismas quién ha de absolver posiciones, porque sus respuestas desde luego vinculan a la parte.

La desestimación de este motivo conlleva la del motivo 3.º, en el que se denuncia vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por no haber dado respuesta a la petición de nulidad de una diligencia. Esta petición de nulidad no requiere respuesta en la sentencia puesto que no forma parte del *petitum* de los escritos fundamentales. Sólo puede dar, en su caso, lugar a la casación si la omisión produjera indefensión, lo que ya se ha razonado que no ocurre. La tutela efectiva nada tiene que ver con el problema suscitado, que no es más que una invocación en vano del texto constitucional al que no hay que acudir cuando las leyes procesales conceden cauce de rectificación, y el recurso de casación concede oportunidad de obtener la nulidad de lo actuado cuando se dan los requisitos legales conforme disponen los arts. 1692.3 y 1693 LEC.

EL RECIBIMIENTO A PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO DE IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES HA DE SOLICITARSE EN LA DEMANDA O EN LA CONTESTACIÓN.

S. TS, 1ª S, DE 4 DE DICIEMBRE DE 1992.

*Primero:* En los dos primeros motivos de su recurso, plantea la parte recurrente sendas infracciones o defectos procedimentales, citando como infringidos los arts. 70.6 LSA, y 5.4.2 LSP. En el primer supuesto se aduce la denegación del recibimiento a prueba, acordada por el JPI y por la AP, que según el recurrente le ha producido indefensión. Conviene empezar transcribiendo el precepto legal que se cita como infringido, para señalar a continuación las vicisitudes procesales que acontecieron en los presentes autos. El art. 70.6 LSA dispone: «Evacuado el traslado de contestación, el Juez determinará, sin ulterior recurso, si es o no necesario el recibimiento a prueba, debiendo acordar su celebración, cuando lo soliciten todos los litigantes, o cuando, habiéndolo solicitado alguno, la impugnación del acuerdo se fundamenta en la lesión, en beneficio de uno o varios accionistas, de los intereses de la Sociedad». Es decir, se le concede al Juez la facultad de decidir sin ulterior recurso si es o no necesario el recibimiento a prueba, debiendo acordarlo en dos supuestos: cuando lo solicitan todos los litigantes, o cuando sin concurrir

esa unanimidad la impugnación del acuerdo se fundamenta en una lesión para la Sociedad en beneficio de uno o varios accionistas. En el presente caso sólo se solicitó el recibimiento a prueba en el escrito de contestación a la demanda, no habiéndolo efectuado la parte demandante en su escrito inicial, por lo que el JPI, por A 23 Oct. 1987, entendió que no concurrían las circunstancias que señala la Ley en el último inciso del precepto transcrito, y acordó no haber lugar al recibimiento solicitado por la parte demandada. Firme la anterior resolución, con fecha 26 Oct. 1987 la parte demandante, y ahora recurrente, presenta un escrito solicitando el recibimiento a prueba, pues entiende que no es obligatorio pedir tal trámite procesal en el escrito de demanda, y aunque estima «que en esencia las razones y motivaciones que se articulan en el escrito rector de estas actuaciones dejan reducido el supuesto de hecho de la convocatoria, y acuerdos en ella adoptados, a lo que la doctrina científica y la jurisprudencia de nuestro TS viene denominando "puntos de derecho" sobre los que, por su propia naturaleza, no se precisa práctica de prueba...», por si algunos hechos de la demanda fueran cuestionados por la entidad "B., S.A."... se solicita se reciba a prueba este proceso». De tal escrito se da traslado a la parte demandada, que contesta: «Mostramos nuestra conformidad con la resolución judicial de no admitir a prueba los presentes autos, por los fundamentos legales razonados en

la resolución misma». El JPI insiste en lo dispuesto en el A 23 Oct. 1987, y la parte actora interpone recurso de reposición, que no es admitido en providencia 10 Nov. 1987; se dicta sentencia y en el trámite de apelación se vuelve a solicitar tal recibimiento, siendo definitivamente denegado por A 25 Nov. 1988 del Tribunal *a quo*. Según el sentido literal del comentado art. 70.6 LSA, el recibimiento a prueba en el presente procedimiento impugnatorio habrá de solicitarse en los escritos rectores de la litis, pues no otra opción concede la expresión «evacuado el traslado de contestación el Juez determinará, sin ulterior recurso... etc.»; no existe por tanto término hábil para efectuar la solicitud fuera de la demanda y de la contestación; la parte demandante (que creía reducida la cuestión litigiosa a unos «puntos de derecho») prescindió de solicitar el recibimiento a prueba en el momento procesal oportuno, y el Juez, usando de la facultad que le concedía la Ley, entendió que el trámite solicitado por una sola de las partes no se ajustaba al supuesto contemplado en la norma, decidiendo no acordar el recibimiento a prueba, en resolución que no era recurrible; resolución que es necesario calificar ahora como correcta, pues así lo avalan: la expresa conformidad de la única parte que había pedido la decisión contraria y el carácter condicionado con que pide el recibimiento la actual parte recurrente, en su escrito de fecha 26 Oct. 1987: «que se tenga por interesado el

recibimiento a prueba, en el caso de no reconocimiento de los hechos que sustentan la demanda...».

#### 4. LA SENTENCIA

**COSA JUZGADA MATERIAL: PROHIBE ABRIR UN NUEVO PROCESO POR LOS MISMOS HECHOS CONTRA LA MISMA PERSONA IMPUTÁNDOSELE UN DELITO DIFERENTE POR UN ACUSADOR PARTICULAR O POPULAR QUE NO ACTUÓ CON EL PROCESO ANTERIOR.**

**S. TS. 2ª S, DE 23 DE DICIEMBRE DE 1992.**

*Séptimo:* La eficacia de cosa juzgada material consiste en aquella que producen las sentencias de fondo (en derecho penal lo son todas, habiendo quedado suprimida la absolción en la instancia) y otras resoluciones a ellas asimiladas (como los autos de sobreseimiento libre), por la cual no pueden ser atacadas en otro proceso posterior relativo al mismo objeto antes enjuiciado y ya definitivamente solventado.

En otras ramas del Derecho puede existir una eficacia de cosa juzgada material de carácter positivo, o prejudicialidad, cuando para resolver lo planteado en un determinado proceso ha de partirse de lo ya antes sentenciado con resolución de fondo en otro proceso anterior.

Pero esta eficacia de la cosa juzgada material, que en realidad

es la pretendida por los recurrentes en el motivo aquí examinado —y también por Nicolás L.L. en su motivo 2.º—, no tiene aplicación en el ámbito del proceso penal, pues cada causa criminal tiene su propio objeto y su propia prueba, y conforme a su propio contenido ha de resolverse, sin ninguna posible vinculación prejudicial procedente de otro proceso distinto (otra cosa son las cuestiones prejudiciales de los arts. 3 y ss. LECrim.), todo ello sin perjuicio de que la prueba practicada en el primero pueda ser traída al segundo proceso para ser valorada en unión de las demás existentes.

La única eficacia que la cosa juzgada material produce en el proceso penal es la preclusiva o negativa, consistente simplemente en que, una vez resuelta por sentencia firme o resolución asimilada una causa criminal, no cabe seguir después otro procedimiento del mismo orden penal sobre el mismo hecho contra la misma persona, pues aparece reconocido como una de las garantías del acusado el derecho a no ser enjuiciado penalmente más de una vez por los mismos hechos.

Tal derecho, que es una manifestación del principio *ne bis in idem* en el ámbito del Derecho procesal, puede ser considerado como una de las formas en que se concreta el derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 CE y por ello debe ser reputado con rango constitucional, máxime si tenemos en cuenta lo dispuesto en el art. 10.2 de nuestra Ley Fundamental, en relación con el art. 14.7 del

Pacto de Nueva York sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966, ratificado por España, que dice literalmente así:

«Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme, de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.»

Como consecuencia precisamente del mencionado rango constitucional de que goza en nuestro Derecho la referida eficacia preclusiva de la cosa juzgada material en materia penal, ha de entenderse que cabe su alegación y aplicación en cualquier estado del procedimiento.

Si, pese a la prohibición de seguirse causa contra una persona ya juzgada anteriormente por el mismo hecho —condenada o absuelta—, el segundo proceso se inicia, en cualquier momento de este último cabe plantear y resolver su exclusión del mismo, bien en la llamada fase intermedia como artículo de previo pronunciamiento (art. 666.2 LECrim), bien en el seno del propio juicio oral a resolver en sentencia (arts. 676 y 678 de la misma ley), bien antes, en cualquier fase de la instrucción de la causa, bien después, a través del recurso de casación, utilizando en este último caso el cauce del art. 5.4 LOPJ.

Sin embargo, siempre han de tenerse en cuenta cuáles son los elementos identificadores de la cosa juzgada material en materia penal, que constituyen, a la vez, los límites de su aplicación, los cuales se deducen de lo antes expuesto.

Tales elementos y límites son dos: identidad de hecho e identidad de persona inculpada.

El hecho viene fijado por el relato histórico por el que se acusó y condenó (o absolvió) en el proceso anterior, comparándolo con el hecho por el que se acusa o se va a acusar en el proceso siguiente.

Por persona inculpada ha de considerarse la persona física contra la que se dirigió la acusación en la primera causa y ya quedó definitivamente absuelta o condenada, que ha de coincidir con el imputado del segundo proceso.

A los fines aquí examinados carece de significación cualquier otro dato: ni la identidad de quienes ejercitan la acción (sujeto activo), ni el título por el que se acusó, o precepto penal en que se fundó la acusación.

La acusación en el proceso penal la ejerce, por regla general, el MF, lo que, por esta misma circunstancia, es un elemento indiferente a los efectos aquí examinados.

Si hubo o no antes acusación particular o popular, y luego en el proceso posterior existe otra distinta, que es precisamente lo que ocurrió en el caso presente, ello no puede ser obstáculo para la operatividad de la eficacia preclusiva de la cosa juzgada, pues el derecho fundamental del acusado a no verse envuelto en un nuevo proceso penal por el mismo hecho ya enjuiciado no puede quedar sujeto a la circunstancia de que alguien que no actuó en el proceso anterior quiera hacerlo después ejercitando la acción

penal en el nuevo proceso, máxime cuando nuestro Derecho positivo es tan abierto en esta materia permitiendo la acusación por cualquier persona, incluso aunque no sea perjudicada por el delito.

Por razón semejante tampoco tiene eficacia alguna, en orden a impedir la producción de la cosa juzgada material, la norma penal en que se funda la acusación. Por los mismos hechos ya enjuiciados e imputados a una misma persona, no cabe acusar a ésta después en otra causa distinta con el subterfugio de pretender que se trata del ejercicio de distinta acción penal porque se le acusa por delito diferente.

Lo antes expuesto son criterios pacíficamente admitidos en la doctrina que enlazan con lo que esta Sala ha venido proclamando en esta materia en SS 24 Sep. 1981, 3 Mar. 1983, 24 Abr. 1984 y 24 Nov. 1987.

*Octavo:* En el caso presente, tanto el motivo 5.º de los formulados por Salvador L.L. y Piedad P.P., como el 2.º de los del recurso de Nicolás M.-M. de la T., los recurrentes, por el cauce del art. 849.2, como ya se ha dicho, alegan que hubo error de hecho en la apreciación de la prueba, aduciendo como documento acreditativo de tal error la existencia de la sentencia dictada con fecha 24 Abr. 1985 por la AP Albacete resolviendo recurso de apelación y confirmando la absolución dictada en primera instancia por el JI Albacete núm. 1 (las resoluciones de ambas instancias aparecen testimoniadas en la presente causa a los

folios 63 y 229 del rollo de la Audiencia, junto con otros extremos también testimoniados relativos al Procedimiento Oral núm. 41/1984 de dicho Juzgado de Instrucción).

Las dos referidas sentencias dictadas en el mencionado Procedimiento Oral 41/1984 absuelven a Salvador L.L. del delito de alzamiento de bienes de que fue acusado, al mismo tiempo que absuelven a otro que, por hechos diferentes, también fue acusado de otro delito, asimismo, de alzamiento de bienes.

Entre los hechos que aparecen como probados en dichas dos sentencias, en lo referente a dicho Salvador L.L. que es lo único que aquí interesa, aparece la misma escritura de capitulaciones matrimoniales de 30 Jul. 1981, por la que Salvador L.L. y Piedad P.P. pactaron régimen económico matrimonial de separación absoluta de bienes disolviendo y liquidando la sociedad de gananciales en los términos ya expresados, así como la escritura por la que Piedad P.P. el 20 Ago. 1982 hipotecó los inmuebles que le habían sido adjudicados en la mencionada liquidación de gananciales en favor de N., S.A.

En base a tales escrituras acusaron el MF y el Banco de Madrid por estimar que mediante ellas habían salido determinados bienes del patrimonio de dicho Salvador L.L., lo que había ocasionado la imposibilidad de ejecutar el crédito que dicho Banco tenía contra el tal Salvador L.L. en calidad de avalista solidario respecto de la deuda pendiente de Reformas U., S.A., fundándose tal

acusación en el tan repetido delito de alzamiento de bienes del art. 519 CP.

El JI Albacete núm. 1 absolvió por estimar que no había quedado «plenamente acredita la insolvencia, total o parcial, de los acusados», y tal resolución fue confirmada en apelación por la AP, como ya se ha dicho.

Los hechos por los que condenó la sentencia ahora recurrida son los mismos por los que antes había sido acusado y absuelto Salvador L.L.

Conforme a la doctrina expuesta en el fundamento de derecho anterior de esta misma resolución, es claro que la eficacia de cosa juzgada material del pronunciamiento absolutorio dictado en el referido Procedimiento Oral 41/1984 tenía que haber operado en la causa presente, con la consecuencia de que no debiera haberse seguido procedimiento penal respecto de Salvador L.L. por un hecho del que ya se había sido juzgado anteriormente. Y si indebidamente tal procedimiento continuó hasta juicio oral llegando incluso a dictarse sentencia condenatoria, ahora en este trámite de la casación ha de dejarse sin efecto la condena que fue pronunciada indebidamente con lesión de un derecho fundamental de quien ya había sido juzgado por el mismo hecho.

Los condenados en la instancia por la sentencia ahora recurrida han pedido, en el presente trámite de la casación, que esas sentencias dictadas en el proceso anterior, de contenido absolutorio se considerasen

por esta Sala como de vinculación obligatoria, de modo que no fuera posible condenar aquí en base a unos hechos contradictorios con los que antes se había estimado probados en aquel otro proceso que terminó con absolución. Como antes se indicó, en realidad, los recurrentes pretenden que se tenga en cuenta la anterior sentencia absolutoria como si pudiera producirse en el ámbito de la jurisdicción penal una eficacia de cosa juzgada positiva o prejudicial, y ya se ha dicho que esto no es posible en este orden jurisdiccional.

Pero sí es necesaria la aplicación de la cosa juzgada material en su eficacia negativa o preclusiva, si bien con la limitación subjetiva que se deriva de la imposibilidad de que la cosa juzgada aproveche a sujetos distintos de aquellos a los que personalmente se refirió la primera sentencia.

Es claro que el derecho fundamental relativo a la prohibición de no juzgar dos veces a la misma persona por el mismo hecho no impide seguir proceso por el mismo hecho contra personas diferentes, siempre que su responsabilidad pueda establecerse con independencia de aquella otra que ya se había juzgado antes, como ocurre en el caso presente.

En efecto, ocurrió aquí que Piedad P.P. actuó en una primera fase en los hechos de autos, conforme lo relata la Audiencia en la sentencia recurrida, en una posición subordinada a la de su marido, en cuanto que él era el deudor que trataba de

excluir bienes de su patrimonio para impedir u obstaculizar la acción ejecutiva que pudieran emprender contra él sus acreedores. Concretamente en tal posición subordinada actuó Piedad P.P. cuando otorgó la tan repetida escritura de capitulaciones matrimoniales de 30 Jul. 1981.

Pero tal subordinación no existió cuando ella, titular ya de los bienes inmuebles que se le habían adjudicado por esa primera escritura, en tal concepto, por sí misma, como dueña de unos bienes contra los cuales se podía seguir la acción ejecutiva de los acreedores (bien porque pudiera declararse la nulidad de esa primera escritura, bien porque, incluso sin tal nulidad, pudiera existir responsabilidad suya, los hipoteca con el fin de apartarlos definitivamente de la posibilidad de ejecución por parte de los acreedores que antes lo eran sólo del marido, pero que, a virtud de la adjudicación hecha a su favor, pasaron también a ser acreedores suyos.

Conforme a lo expuesto, no puede hablarse de que la acción de la mujer fuera meramente colaboradora en un delito de alzamiento que cometió el marido (así ocurrió sólo en la referida primera fase), sino que en la fase segunda (cuando ella hipotecó) actuó con el carácter de autora principal sin esa subordinación que antes había tenido su conducta respecto de la de su esposo.

Por tanto, hemos de entender que la mujer fue condenada por la vía del art. 14.1 CP, esto es, como

autora directa del delito de alzamiento de bienes, sin que el principio de accesoriedad pueda operar respecto de ella con referencia a la responsabilidad penal de su marido, y que la actuación de Nicolás M.-M. de la T., colaborador en la escritura de hipoteca en cuanto que él intervino en la misma a nombre y como accionista de N., S.A. a cuyo favor se constituyó la hipoteca, fue accesoría respecto de Piedad, pero no respecto de Salvador L.L., por más que éste pueda aparecer como el principal instigador de todo lo ocurrido.

Las consecuencias, conforme a los argumentos antes expuestos, han de ser las siguientes: 1.º La absolución de Salvador L.L., que no debió ser sometido a juicio por un hecho respecto del cual ya había sido absuelto. 2.º La declaración de ineficacia de la cosa juzgada respecto de Piedad P.P. y Nicolás M.-M. de la T., que no fueron condenados como cooperadores respecto de un delito cometido por Salvador L.L. (si así hubiera sido, el principio de accesoriedad que rige en materia de complicidad, tanto necesaria como no necesaria —complicidad propiamente dicha del art. 16 CP—, habría llevado consigo la absolución también de Piedad P.P. y Nicolás L.L.), sino ella —Piedad P.P.— como autora principal y él —Nicolás L.L.— como cooperador necesario del art. 14.3 respecto de la conducta delictiva en que incurrió Piedad P.P.

Por tanto, ha de estimarse el motivo 5.º en cuanto a su primera parte ahora examinada, si bien sólo

de modo parcial, en lo concerniente a la persona de Salvador L.L. y no respecto de Piedad P.P., y ha de rechazarse en su integridad el motivo 2.º de los del recurso de Nicolás L.L.

Conviene aclarar aquí que la eficacia de cosa juzgada en favor de Salvador ha de operar no sólo respecto de la condena por alzamiento de bienes, sino también de la que la sentencia recurrida hizo contra éste por el delito de falsedad.

En efecto, aparece cometida la falsedad en cuanto que se simuló la existencia de una deuda de 41.600.000 ptas. en cuya garantía se constituyó la tan reiterada hipoteca. Aunque en el primer proceso en el que fue absuelto Salvador L.L. no se acusó por este delito, es claro que el hecho de la falsedad ideológica por el que se condenó después en el segundo proceso, se encontraba presente en tal acusación, porque era precisamente esa inexistencia de la deuda en cuya garantía se hizo la hipoteca lo que cubría de ilicitud la mencionada segunda fase del alzamiento en la cual la protagonista fue la esposa titular de los bienes hipotecados y el marido sólo obró como inductor o instigador, conforme antes se ha dicho.

Así pues, en base a esos mismos hechos pudo haber sido acusado Salvador L.L. por el delito de falsedad, lo mismo que se hizo luego en el segundo proceso. Como antes se ha explicado, no puede seguirse nueva causa penal por el mismo hecho ya sentenciado, aunque se cambie la calificación jurídica.

AUSENCIA DE COSA JUZGADA EN UN JUICIO DE DESAHUCIO RESPECTO A UN PROCESO DE DESAHUCIO ANTERIOR POR FALTA DE IDENTIDAD DE LOS LITIGANTES.

S.TS, 1ª S, DE 27 DE NOVIEMBRE DE 1992.

*Segundo.* En el recurso se formulan dos motivos al amparo del art. 5.4 LOPJ, el primero de ellos, y del art. 1692.5 LEC, el segundo, en el que se denuncia la infracción del art. 1252 CC, por aplicación indebida, y de la jurisprudencia que le interpreta, y ambos motivos deben estudiarse conjuntamente por la íntima relación existente entre ellos. El desarrollo argumental del primer motivo responde, resumidamente, a cuanto sigue: El art. 24.1 CE, garantiza el derecho a que un Tribunal conozca de las pretensiones atinentes a sus derechos e intereses legítimos, con las garantías precisas para que no se produzca indefensión, derecho al proceso que se somete a la salvaguardia última del TC, y en el caso de autos, la apreciación de la presunción de cosa juzgada material, ha impedido obtener una resolución fundada en derecho sobre el fondo. El TS, en constante jurisprudencia, ha declarado que en los juicios de desahucio por precario no pueden dilucidarse cuestiones que versan nada más que sobre la simple situación de un estado posesorio, y si concurren circunstancias ambiguas o de cierta complejidad, no pueden ser objeto de discusión

en ese procedimiento, y por muy notorio que sea el título legitimario de la demanda, no procede discutir en juicio de desahucio, ni resolver en él, incidentalmente, cuestiones de propiedad ni excepciones que tiendan a desconocer el derecho de propiedad del accionante, ni siquiera el mejor derecho a poseer (SS 7 Nov. 1904, 26 Dic. 1907, 24 Sep. 1913, 9 Dic. 1915, 23 Nov. 1917, 12 Dic. 1919, 15 Ene. 1947, 27 Mar. 1950 y 26 Abr. 1963, etc.); y debe evitarse que el proceso de desahucio, dada su naturaleza sumaria, se convierta en medio de obtener la invalidación de contratos o situaciones jurídicas sin las suficientes garantías de defensa (SS 2 Jul. 1926, 21 Feb. 1949, 18 Dic. 1953, 29 Oct. 1956 y 26 Jun. 1964). Y la argumentación correspondiente al segundo de los motivos, cabe sintetizarse así: Los juicios de desahucio no producen los efectos de la cosa juzgada que sanciona el art. 1252 CC, respecto a los ulteriores pleitos declarativos que puedan surgir entre los interesados, porque al escapar su conocimiento del ámbito de aplicación de tales juicios, carecen de la *eadem causa petendi* indispensable para la aplicabilidad de la presunción (SS 22 Mar. 1907, 6 Jul. 1915, 25 Oct. 1927, 6 Jul. 1954 y 4 Dic. 1964); la cosa juzgada, tal como la regula el art. 1252, exige comparar la acción ejercitada en el segundo proceso con la sentencia dictada en el primero, que es la que produce, en su caso, los efectos de cosa juzgada material, esto es, imposibilidad

de volver a someter a los jueces la misma cuestión (S 26 Ene. 1990); y comparando la simple lectura de la parte dispositiva de la S 26 Dic. 1984 dictada en el primer proceso por el JD Baracaldo núm. 1, que fue confirmada por la de 20 May. 1985, pronunciada por la Secc. AP Bilbao, que hace la expresa declaración de «haber lugar el desahucio en precario solicitado y condena a D. Isidro N.U. a que tan pronto sea firme esta resolución, una vez transcurrido el término legal, desaloje y deje a la libre disposición de la actora el Servicio de Bar, Cafetería y Restaurante, sito en los locales de la Ciudad Sanitaria de la S.S. «Enrique S.» de Cruces-Baracaldo, con apercibimiento, en su caso de lanzamiento»; con el suplico de la demanda origen del segundo proceso, es decir, del que dimana la sentencia recurrida, es claro que la acción ejercitada en este segundo proceso se concreta a la de renovación del contrato de arrendamiento formalizado el 15 May. 1981 entre INSA LUD y D. Isidro N.U., sin que las cuestiones planteadas en el referido suplico pudieran ser objeto de alegación en el juicio de desahucio, y su solución no cabe plantearla más que en el declarativo, además, su pronunciamiento afecta a INSA LUD y a «Olalbe S.R.L.», entidades que no fueron parte en el desahucio.

*Cuarto:* Es cierto que en razón a la naturaleza especial y sumaria que caracteriza al juicio de desahucio, el mismo no puede producir, en principio, efecto de cosa juzgada, y así ha venido manteniéndose reite-

radamente en la jurisprudencia emanada de la Sala, pero no es menos cierto que también es doctrina consolidada la admisión de mentada excepción cuando la cuestión litigiosa viene a coincidir con la que ya fue objeto de discusión y resolución en un previo juicio de desahucio, doctrina ésta que aparece recogida, además de en las sentencias citadas en la recurrida (30 Dic. 1931 y 6 Nov. 1955), en las de fechas 14 Nov. 1988 (que alude a las de 20 Feb. y 8 Mar. 1951, 30 Ene. 1954, 6 Nov. 1965, 26 Jun. 1967 y 21 Nov. 1969) y 28 Feb. 1991, llegándose a declarar en esta última que se encuentran protegidas por la cosa juzgada tanto las cuestiones expresamente resueltas, como aquellas otras que no habiendo sido objeto de resolución pueden estimarse implícitamente resueltas por hallarse comprendidas en el *thema decidendi*.

*Quinto:* Dicho lo anterior y visto el contenido del art. 1252 CC, es evidente que la eficacia vinculante de la cosa juzgada material exige la concurrencia de las tres identidades de personas, cosas y causa o razón de pedir, determinando la preclusión de todo juicio ulterior sobre el mismo objeto y la imposibilidad de decidir de manera distinta al fallo precedente, evitando que la controversia se renueve o que se actúen pretensiones que contradigan el contenido de la sentencia firme, siempre partiendo de la certeza de una resolución sobre idéntico conflicto, puesto que la pretensión que ya ha sido examinada y resuelta, ha quedado satisfecha y no existe razón válida para volver

a ocuparse de ella, así pues, la concurrencia de las referidas identidades ha de apreciarse estableciendo un juicio comparativo entre la sentencia anterior y las pretensiones del ulterior proceso, de manera que la paridad entre los dos litigios ha de inferirse de la relación jurídica controvertida, comparando lo resuelto en el primero con lo pretendido en el segundo, teniendo en cuenta la parte dispositiva de aquél, interpretada, si es preciso, por los hechos y fundamentos de derecho que sirvieron de apoyo a la petición y a la sentencia, y requiriéndose, en definitiva, para apreciar la situación de cosa juzgada una semejanza real que produzca contradicción evidente entre lo que se resolvió y lo que de nuevo se pretende, de modo que no puedan existir en armonía los dos fallos, ya que, en el fondo, la cosa juzgada en sentido material es la exclusión de la posibilidad de volver a tratar y a decidir sobre el mismo objeto ya resuelto en firme.

*Séptimo:* Efectuado un juicio comparativo entre las pretensiones transcritas y el contenido del anterior proceso de desahucio, resulta claro que a través de tales pretensiones se intenta revivir, directa e indirectamente, la relación arrendaticia que, de manera definitiva y terminante, se declaró extinguida en el proceso precedente, con lo cual, concurre entre ambos procesos la paridad y semejanza real a que se hizo referencia. Cuanto antecede, conduce a apreciar la concurrencia de las identidades que reclama el art. 1252 CC en relación con las cosas y la causa o razón de

pedir, pero no sucede lo mismo respecto a los elementos personales, pues en el anterior juicio de desahucio, la relación jurídico-procesal se constituyó únicamente entre D.<sup>a</sup> Carmen A.E. y D. Isidro N.U., y aunque en dicho juicio cabe afirmar que, en alguna manera, fueron tomados en consideración los derechos e intereses del INSALUD, lo cierto es que no fue parte en aquél, y esa tal ausencia en la relación procesal, es dable predicarla, con mayor fundamento, respecto a la sociedad «Olalbe, S.R.L.». Esta quiebra en la identidad de las personas de los litigantes, origina inevitablemente, no obstante todo lo razonado con anterioridad, la estimación de los motivos defendidos en el recurso, al haber incidido el Tribunal *a quo* en la aplicación indebida del referido art. 1252 y, por ende, no entró en el estudio de la cuestión de fondo, y de aquí, que procede, en definitiva, la casación y anulación de la sentencia recurrida, con lo cual la Sala recobra plena jurisdicción en orden a conocer del tema litigioso.

LA VIOLACIÓN DEL DERECHO A SER JUZGADO SIN DILACIONES INDEBIDAS NO PUEDE CONSIDERARSE ATENUANTE ANALÓGICA DEL ARTÍCULO 9.10<sup>º</sup> DEL C.P.

S.TS, 2<sup>a</sup> S, DE 14 DE OCTUBRE DE 1992.

*Cuarto:* En el motivo tercero, asimismo en base al art. 5.4 LOPJ, se aduce infracción del derecho a un

proceso sin dilaciones indebidas, también proclamado en el art. 24.2 CE.

Se dice que desde que fue concluido el sumario, el 27 May. 1983, hasta que se dictó S 10 Nov. 1989, transcurrió un tiempo excesivo, habida cuenta de que la complejidad de la causa no lo exigía, y superior al que normalmente suele emplearse en esta clase de procedimientos.

Examinadas las diligencias por esta Sala se advierte que, efectivamente, las practicadas ante la Audiencia no justifican tan largo período de tiempo, más de 7 años, para celebrar el juicio oral en la presente causa. Por tanto, hemos de entender que, por las propias argumentaciones del recurrente, existió una violación del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas.

Pero el problema se plantea a la hora de determinar el efecto que tal violación ha de producir en el ámbito de las responsabilidades penales, si es que ha de producir alguno.

Se ha dicho que, como no hay ninguna razón para disminuir o eliminar la responsabilidad penal en estos casos, ha de dictarse desde luego sentencia condenatoria y simplemente no ejecutarse después la pena. Pero esta tesis carece de apoyo legal, al no haber norma alguna que pudiera fundamentar tan anómala solución, pues dictada sentencia ésta evidentemente ha de ejecutarse en cuanto sea posible, y lo contrario supondría una denegación del derecho a la tutela judicial del art. 24.2 CE (TC SS 176/1985, 4/1988, 193/1988, 148/1989, 152/1990, 189/1990 y 85/1991).

Asimismo se ha barajado la tesis opuesta, que patrocina una sentencia absolutoria por aplicación analógica de la institución de la prescripción, porque, se dice, la analogía se apreciaría en beneficio del reo y ello siempre es posible en el Derecho Penal. Pero esta solución parece olvidar que la aplicación de la prescripción en el ámbito del Derecho no obedece a razones de justicia, sino simplemente de seguridad jurídica, apareciendo como un supuesto excepcional en el cual el transcurso del tiempo como mero hecho produce unos determinados efectos jurídicos que, en principio, han de reputarse anómalos, o extraños al mecanismo propio de la institución jurídica de que se trate, de modo que aparece siempre como una excepción a aquello que ordinariamente se produce en el ámbito de las correspondientes relaciones jurídicas, siendo tal carácter excepcional el que impide la posible aplicación por analogía de la prescripción.

Una solución intermedia es la que acogió esta Sala en una S 14 Dic. 1991 que aplicó la circunstancia atenuante 10.<sup>ª</sup> art. 9 CP con unos argumentos que no han tenido continuación en este Tribunal, que en pronunciamientos posteriores se ha apartado de este criterio (S 12 Feb. 1992) corroborando así la postura tradicional de esta Sala (S 20 Dic. 1990).

Se funda tal S 14 Dic. 1991 en que las penas han de ser «proporcionadas a la gravedad de la culpabilidad, y, por lo tanto, si el acusado ya ha sufrido un mal con la

excesiva duración del proceso, éste debe serle computado en la pena». Es decir, que como la pena es un mal que se impone por el Estado al delincuente, el propio Estado debe tener en cuenta el mal que ya le ha ocasionado con la larga duración del trámite penal, produciéndose entre ambos males una compensación que determina una necesaria rebaja de la pena.

Tal razonamiento en principio parece correcto, y podría ser útil de *lege ferenda*, pero de *lege data* carece de posibilidades de aplicación.

En efecto, la mencionada sentencia reconduce su argumentación a la aplicación de la llamada atenuante analógica, la 10.<sup>a</sup> art. 9, como ya se ha dicho, que prevé disminución de pena par «cualquier otra circunstancia de análoga significación de las anteriores», precepto que se viene interpretando como posibilidad de atenuación cuando exista algún supuesto que pudiera reputarse como semejante a alguno de aquellos que en concreto se recogen en alguno de los números anteriores.

Pero, incluso aunque se entendiera que esa «análoga significación» puede referirse no en concreto a alguna de «las anteriores», sino a todas ellas en su conjunto, de modo que pudiera aplicarse a ciertos supuestos en que hubiera una razón de semejanza, no con una sola de ellas, sino con varias, extrayendo de todas una significación global, como pudiera ser la menor gravedad de la culpabilidad a que se refiere la S 14 Dic. 1991 referida, incluso en tales supuestos, a juicio

de esta Sala, tampoco podría aplicarse la circunstancia atenuante 10.<sup>a</sup> art. 9 al caso de las dilaciones indebidas ahora examinado. Y ello por una razón muy simple: porque en todas y cada una de las nueve circunstancias anteriores (que son las que, conforme al propio texto legal, han de tenerse en cuenta para establecer la comparación que toda analogía entraña) lo que se tiene en cuenta son circunstancias de hecho relativas a la persona del reo y a su personal comportamiento (todas coetáneas al delito, salvo la del núm. 9, arrepentimiento espontáneo, que se refiere a actuaciones posteriores, pero inmediatas, «antes de conocer la apertura del procedimiento judicial»), y ello es así porque la medida de la culpabilidad del reo de una infracción penal en nuestra legislación siempre se hace en base a datos relativos al propio reo y a su conducta, y nunca teniendo en cuenta elementos extraños a tales datos, como pudiera ser el que el proceso hubiera tenido una duración excesiva, por más que haya de reconocerse que tal duración ocasiona un mal al reo, que, además, constituye una violación de rango constitucional.

Sería deseable que nuestras leyes penales previeran esta violación como un supuesto que permitiera rebajar la pena, una compensación que el propio Estado otorgaría en el momento de imposición de la sanción en consideración al mal que lleva consigo para el reo la existencia de una dilación indebida. El mal que la pena ocasiona al reo se vería disminuido a la vista del mal

ya producido antes por la inobservancia de un razonable plazo de tramitación. Incluso sería posible una ampliación legal en relación con el ámbito de aplicación de la prescripción, para absolver en supuestos extremos en que se entendiera que una duración prolongada en demasía así pudiera justificarlo.

Ahora bien, con la legislación vigente en estos momentos, como una manifestación más del principio de sumisión del Poder Judicial al imperio de la Ley (art. 117.1 CE), en los casos de dilaciones indebidas como el presente no cabe otra opción que imponer la condena que corresponda conforme a las normas penales existentes (con su correlativa ejecución, desde luego), midiendo la pena con arreglo a los preceptos que nuestra Ley penal nos proporciona y, a lo sumo, si se entendiera que la sanción pudiera ser excesiva, solicitar del Gobierno indulto parcial, o total en los casos extremos, sin perjuicio de reservar al interesado su derecho a reclamar del Estado lo que crea que pudiera corresponderle como consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (arts. 106.2 CE y 292 y ss. LOPJ), siendo como es el supuesto de dilaciones indebidas uno de los casos paradigmáticos en que tal funcionamiento anormal puede manifestarse.

En el caso presente, habida cuenta de las circunstancias antes expuestas, esta Sala acuerda proponer al Gobierno indulto de la cuarta parte de la pena impuesta por la Audiencia, para que, si así se esti-

ma oportuno por quien ha de resolver sobre esta medida de gracia, el mal que el retraso ha supuesto para la persona del reo quede compensado con una disminución en la pena que haya de cumplirse.

También este motivo tercero ha de ser rechazado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO SR. BACIGALUPO ZAPATER EN RELACION A LA SENTENCIA RECAIDA EN EL RECURSO DE CASACION NUM. 731/1990 DE 14 OCT. 1992.

*Primero:* Con todo respeto por la opinión de la mayoría de la Sala el Magistrado que suscribe se siente obligado a enseñar su discrepancia – de todos modos cordial– con la sentencia recaída en el presente recurso.

*Tercero:* Asimismo el Magistrado que suscribe discrepa de la tesis sostenida en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia, en tanto allí se sostiene que el principio de sumisión del Poder Judicial al imperio de la Ley (art. 117.1 CE) no le permite reparar judicialmente la lesión de un derecho fundamental.

a) En primer lugar, cabe señalar una respetuosa discrepancia inicial respecto de la posibilidad de aplicar el art. 9.10.<sup>a</sup> CP en la forma en la que lo admitió la TS S 14 Dic. 1991, es decir, una discrepancia a la cuestión de si la Ley vigente permite que sean los Tribunales los que reparen este tipo de lesiones jurídicas.

La mayoría ha entendido que la atenuante del art. 9.10.<sup>a</sup> CP no es aplicable al caso de las dilaciones indebidas, pues la situación no es

análoga. Dice en este sentido la mayoría de la Sala que la analogía no es posible porque en todos los casos contemplados en el art. 9 CP la atenuación se basa en circunstancias que obraron sobre la motivación del autor antes del hecho o, en todo caso, en un «*actus contrarius*» de este mismo realizado luego de la comisión del delito (art. 9.9.º CP). De aquí se deduciría, en opinión de la mayoría, que la lesión del derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas no sería análogo a ninguna circunstancia, pues ni ha obrado sobre la motivación del autor ni es un *actus contrarius* de éste.

Sin embargo, a pesar de la brillantez con la que se lo ha expuesto, este argumento es, al modo de ver del Magistrado que suscribe, equivocado, pues sitúa el problema de la interpretación del art. 9.10.º CP en el nivel de la analogía puramente formal, sin tener en cuenta ni la esencia de las circunstancias atenuantes ni el texto mismo del art. 9.10.º CP. Desde la perspectiva de su esencia, por el contrario, las atenuantes importan, en todos los casos, una menor culpabilidad, sea porque el autor obró en circunstancias que impidieron una motivación totalmente libre, o que con actos posteriores haya compensado y, por lo tanto, extinguido una parte de su culpabilidad (en el caso citado del art. 9.9.º CP). Dicho de otra manera: la propia Ley admite que la extinción *ex-post-facto* de la culpabilidad tiene igual significado que la culpabilidad disminuida del momento de la acción.

En la tradición del derecho penal de culpabilidad, como es sabido, todo mal que el autor sufra como consecuencia del delito extingue la culpabilidad en todo o en parte. La pena, para poner el más clásico de los ejemplos, extingue la culpabilidad precisamente porque constituye un mal que el autor sufre en la forma de pérdida de derechos. Cuando el Estado priva al autor del delito del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, por otra parte, le inflige un mal, que, obviamente, en tanto tal, debe ser compensado mediante el correspondiente cómputo de la parte de culpabilidad extinguida, proporcional con la gravedad de la lesión del derecho fundamental infringido. Es evidente que este mal no ha sido sino un adelanto de, al menos, una parte de la pena y por ello tiene fuerza para extinguir también parte de la culpabilidad.

Admitido lo anterior parece claro que una extinción de la culpabilidad *ex-post-facto*, proveniente de la lesión de un derecho fundamental ocasionada por el mal funcionamiento puntual de la Administración de Justicia, se debe considerar análoga a la extinción de la culpabilidad *ex-post-facto* proveniente de un acto contrario. Es evidente que ambas han sido generadas por hechos posteriores a la comisión del delito y que ambas tienen los mismos efectos sobre la culpabilidad. Si se exigiera más coincidencias para aplicar el art. 9.10.º CP, ya no se trataría de una circunstancia análoga, sino de una circunstancia idéntica.

El criterio formal propuesto por la mayoría, además, es contrario al texto de la ley, es decir, no es un criterio *de lege data*. En efecto, lo que la ley exige no es la semejanza formal de las circunstancias, sino la «análoga significación», es decir, la analogía de efectos sobre la culpabilidad.

Por lo tanto, demostrado que la lesión del derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas tiene un efecto extintivo de la culpabilidad, al menos en parte, se debería admitir que la aplicación del art. 9.10.º CP no encuentra en estos casos obstáculo alguno en el art. 117.1 CE.

b) En segundo lugar, el Magistrado que suscribe estima que el derecho a la tutela judicial efectiva, art. 24.1 CE, garantiza a los ciudadanos que los Tribunales determinarán la reparación que corresponda cuando se compruebe la lesión de un derecho. La remisión de una lesión jurídica a la discrecionalidad del derecho de gracia no constituye, por lo tanto, una respuesta que satisfaga el derecho de las partes a una decisión judicial. En un Estado de Derecho en el que rige la división de poderes los Tribunales deben determinar de qué manera se deben reparar las lesiones de derechos, sin que quepa dejar la cuestión en manos del Ejecutivo, para que la decida según criterios que no implican una reparación de la lesión de un derecho fundamental, sino simplemente cuestiones de utilidad social de la ejecución de la pena.

A ello se debe agregar que tampoco la posibilidad de una reparación patrimonial por parte del Estado

resuelve el problema de la aplicación de una sanción penal sin legitimación en la culpabilidad del autor.

En efecto, la aplicación de una sanción sin atenuación de la pena por compensación de una extinción parcial de la culpabilidad es en todo caso ilegítima, aunque el Estado repare los aspectos patrimoniales del daño, dado que vulnera el principio de culpabilidad. Su ejecución, por lo tanto, es incompatible con el principio del Estado de Derecho, en la medida en la que éste impone al Estado no obrar contra la CE aunque pague por ello.

Por estas razones la Sala debería haber estimado, al menos parcialmente, el tercero de los motivos, aplicando el art. 9.10.º CP.

## 5. RECURSOS

EL RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA: DEBE CONTENER LA EXPOSICIÓN DE LA CONTRADICCIÓN ASÍ COMO LAS SENTENCIAS CON RESPECTO A LAS QUE ÉSTA SE PRODUCE.

A. TS, 4º S, DE 13 DE NOVIEMBRE DE 1992.

*Primero:* La parte aquí recurrente en queja combate el auto de la Sala de lo Social del TSJ País Vasco, que tuvo por no preparado el recurso de casación para la unificación de doctrina que intentaba contra la sentencia dictada por dicha Sala, centrando su postura en dos puntos concretos que resumen todo su plan-

teamiento: en primer lugar, entiende que, en contra del criterio de la resolución que impugna, su escrito de preparación cumple suficientemente el requisito de la «exposición sucinta» a que se refiere el art. 218.2 TA LPL. En segundo lugar, arguye que si así no fuese, la Sala de suplicación, antes de tener por no preparado el recurso debió abrir el trámite de subsanación a que se refiere el art. 206.3 TA LPL. En orden al primer punto dice que «la exposición suficiente que se refiere en el escrito de preparación del recurso, es un requisito subjetivo que como tal habrá de interpretarse, y siempre contraponiéndolo a la exposición precisa y detallada que debe hacerse en el propio escrito de interposición del recurso de casación». En relación con la segunda alegación argumenta que «en razón del art. 11.3 LOPJ resulta desproporcionado inadmitir el recurso por motivos formales en base al derecho a la tutela judicial efectiva que se determina en el art. 24 CE.

*Segundo:* 1.-Por lo que se refiere al primero de los puntos establecidos en el razonamiento que precede, la cuestión se sitúa en determinar el alcance que ha de darse a la exigencia que en este punto introduce el art. 218.2 TA LPL cuanto establece que el escrito de preparación debe contener «una exposición sucinta de la concurrencia de los requisitos exigidos». No desconoce la Sala que en algunas decisiones anteriores ha contemplado con flexibilidad tal exigencia. Pero la experiencia en la aplicación del nuevo

recurso de casación para la unificación de doctrina y una interpretación finalista y sistemática de este precepto dentro de la configuración general del recurso y de los principios que inspiran en el proceso laboral, llevan a conclusiones distintas. El recurso de casación para la unificación de doctrina no es sólo un recurso extraordinario como la casación común y la suplicación; es también un recurso claramente excepcional, porque con él se introduce una excepción al principio del doble grado jurisdiccional, que proclama la base 31 L 7/1989 de 12 Abr. y que es a su vez consecuencia técnica del principio de celeridad (base 16.1), esencial al proceso laboral, como proceso que atiende a la resolución de controversias que afecta a necesidades vitales esenciales y que requieren una rápida respuesta judicial no sólo en atención a este carácter, sino porque el elemento temporal influye de forma decisiva en la solución de la controversia y puede alterar la eficacia o idoneidad de la misma. Una utilización generalizada del recurso de casación para la unificación de doctrina fuera de los márgenes precisos que establece su delimitación legal no es compatible con las finalidades institucionales del proceso laboral. Así se señaló ya por el A 17 Ene. 1991 y así lo puso de relieve también la S 9 Dic. 1991, cuanto en su fundamento jurídico 4.º alerta sobre los peligros de que el recurso de casación para la unificación de doctrina se convierta en la vía para introducir, si no se opera con la

prudencia debida, el tercer grado jurisdiccional, como regla general.

2.-A partir de estas consideraciones ha de determinarse el alcance del art. 218 TA LPL y en este sentido no puede olvidarse que la contradicción entre la sentencia recurrida y otras sentencias de las que menciona el art. 216 TA LPL no se confunde con la motivación del recurso, sino que constituye un requisito de recurribilidad, que, como tal, ha de ser objeto de la exposición sucinta que exige el art. 218.2 LPL. Tal exposición no es, desde luego, la relación precisa y circunstanciada que contempla el art. 221 TA LPL, pero tampoco se identifica con una mera afirmación de que la contradicción existe sin incluir ningún elemento de determinación. La exposición, aunque breve, ceñida o resumida, sigue siendo exposición, y tiene, por tanto, que mostrar o manifestar la existencia de la contradicción, haciendo visible la misma como indica el sentido propio de las palabras. No será preciso el análisis comparativo de las identidades que constituye el ámbito propio de la relación precisa y circunstanciada del escrito de interposición, pero deberá identificarse tanto el núcleo básico de la contradicción como las sentencias con respecto a las que ésta se produce, sentencias que luego habrán de ser, necesariamente, las que se aporten al escrito de interposición del recurso, de acuerdo con lo prevenido en el mencionado art. 221 de la Ley procesal laboral. Es ésta además una exigencia razonable, pues quien afirma

responsablemente que existe una contradicción y con esta afirmación provoca efectos de gran trascendencia en el proceso, como son la paralización del efecto de cosa juzgada y de la ejecución definitiva de una resolución judicial, que ha sido dictada ya en un recurso extraordinario, debe conocer los términos en que esta contradicción se produce y tiene que exponerlos como garantía de la seriedad de su propósito y como medio de control a los efectos de lo previsto en las normas procesales. Es claro que en el presente caso no se ha cumplido por quien recurre la exigencia del art. 218 TA LPL en los términos expresados en el número precedente.

*Tercero:* Atendiendo al segundo punto del planteamiento establecido en el primer Razonamiento de esta resolución, tampoco puede ser acogido el criterio recurrente. El art. 11.3 LOPJ, al referirse a la subsanación, señala que ésta habrá de realizarse «por el procedimiento establecido en las leyes» y la análoga referencia respecto a los casos, condiciones y plazos previstos en las leyes procesales se contiene en el art. 242 TA LPL. El art. 206 TA LPL ha de ponerse en relación con el art. 192 TA LPL que relaciona los defectos subsanables (insuficiencia de la consignación, falta de presentación del depósito y falta de acreditación de la representación), en los que no puede incluirse la absoluta omisión de los datos que identifican la contradicción. Pero aunque se supere esta limitación aplicando la doctrina del TC (S 99/

1990 de 24 May) sobre la subsanación de defectos procesales, las consecuencias serían las mismas, pues se trata de una omisión injustificada imputable a quien prepara recurso, en un trámite que, a diferencia de lo que ocurre con la casación ordinaria y la suplicación, exige la intervención de Letrado, y esa omisión afecta a la regularidad de un proceso fundado en el principio de celeridad, al retraerse también de forma injustificada la firmeza de la sentencia de suplicación con el consiguiente perjuicio para la parte que ha obtenido un pronunciamiento favorable.

**VOTO PARTICULAR FORMULADO POR EL MAGISTRADO SR. FERNANDEZ LOPEZ EN RELACION CON EL A 13 NOV. 1992 DICTADO POR LA SALA GENERAL RESOLUTORIO DE SENDO RECURSO DE QUEJA.**

Disiento del citado Auto y por ello, haciendo uso de la facultad que me ofrece el art. 260 L'OPJ, formulo este voto particular en el que, con el debido respeto al criterio mayoritario de la Sala, expreso la opinión discrepante que defendí en la deliberación. Y ello en virtud de los siguientes fundamentos jurídicos:

*Primero:* La cuestión debatida estriba en determinar el alcance del requisito formal prevenido en el art. 218.2 TA LPL expresivo de que el escrito de preparación del recurso de casación para la unificación de doctrina —que se presentara firmado por Abogado ante la Sala de lo Social del TSJ— además de expresar el propósito de la parte de formalizar el recurso, debe contener «una exposición sucinta de la concurrencia de los requisitos exigidos».

Esta exigencia es transcripción literal del correspondiente inciso contenido en el art. 1694 LEC relativo a la preparación del recurso de casación civil, procedente de la reforma introducida por L 34/1984 de 6 Ago.; reforma que tuvo por objeto precisamente —entre otros— flexibilizar este recurso en el ámbito civil, abandonando los rigores de un excesivo formalismo.

La doctrina procesal civil más cualificada interpreta dicho precepto en el sentido de que hace referencia únicamente a tratarse de resolución recurrible en casación y pedir la preparación dentro de plazo, pero sin necesidad de expresar el motivo o motivos por lo que vaya a interponerse y menos todavía adelantar su fundamentación, porque ello vendría a significar un inadmisiblemente pie forzado para el abogado que actúe en la interposición del recurso, sobre todo cuando sea diferente del de instancia.

En la misma línea la doctrina procesal laboral más reciente entiende que el citado inciso del art. 218.2 TA LPL se limita a exigir que la sentencia dictada en suplicación colisiona con doctrina contenida en otra u otras de las contempladas en el art. 216, que no tienen por qué identificarse aún, ya que ello corresponde al momento ulterior de interposición.

Esta interpretación es además la más acorde con la literalidad del precepto, ya que, según el Diccionario de la lengua, «exponer» equivale

a mostrar, manifestar y «sucinto» es igual a breve, conciso, lacónico. Y el único «requisito exigido» en el momento de la preparación es que se manifieste de forma concreta que la sentencia de suplicación es recurrible en casación para la unificación de doctrina, por existir la contradicción contemplada en el art. 216.

*Segundo:* La resolución de la que disiento expresa no sólo la necesidad de que en el escrito de preparación se identifique exactamente la sentencia o sentencias que el recurrente estime como contradictorias, sino que además exigen que se especifique el núcleo básico de la contradicción, añadiendo que todo ello vincula al contenido del posterior escrito de interposición.

Entiendo que tales exigencias desvirtúan el concepto mismo de preparación del recurso y carecen de apoyatura legal que las sustente. Una consecuencia de tales exigencias sería imponer a la Sala de suplicación la carga procesal de examinar y controlar la realidad de la contradicción alegada, procediendo al estudio de las invocadas como contraste y a averiguar, además, si concurre el núcleo básico de la contradicción; todo ello en una fase, en la que todavía no se han aportado las certificaciones de las sentencias presuntamente contradictorias.

Es obvio que el Auto referido no trata de imponer a la Sala de suplicación dicha carga; que, por lo demás, no tiene encaje en ninguno de los supuestos contemplados en el art. 206.2, al que se remite el 219 LPL para provocar que se tenga por no preparado el recurso; sino que tal control corresponde a esta Sala del TS, tras la presentación del escrito de interposición, por la vía de la inadmisión del recurso (art. 22).

Entonces cabe preguntarse cuál es la finalidad que se persigue con tales exigencias. El Auto del que disiento alude al hecho demostrado por la experiencia de haberse cometido abusos en la interposición del nuevo recurso que contrarían su propia finalidad, ello no se discute; pero su corrección no se puede hacer a través de instrumentar nuevas exigencias formales en el trámite de preparación no previstas expresamente por la Ley, sino a través de la imposición de costas y de la sanción pecuniaria por temeridad prevista en el art. 222.3 LPL adoptada por esta Sala en el trámite de inadmisión del recurso interpuesto.

*Tercero:* Por otra parte no se puede olvidar la reiterada doctrina del TC sobre la erradicación del formalismo enervante y desproporcionado en la interpretación de los requisitos y formas de las secuencias procesales en el sentido menos favorable a la efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE; resaltando que la limitación injustificada del acceso a los recursos legalmente previstos constituye una lesión a tal derecho fundamental y que en el caso de la falta de una exigencia o presupuesto del recurso, el requisito omitido debe ser examinado desde la perspectiva de su finalidad y de su subsanación (SS 19/1983, 61/1983, 67/1984,

186

187

60/1985, 36/1986, 87/1986, 117/1986, 72/1992).

*Cuarto:* También es reiterada la doctrina del TC sobre el principio de igualdad consagrado en el art. 14 CE, que se extiende a la igualdad en la aplicación de la Ley; declarando que los jueces y tribunales pueden modificar sus propios precedentes e introducir un cambio de criterio en la resolución de asuntos idénticos, pero ello exige que se razone debidamente tal cambio en la aplicación de la Ley.

Y en el presente caso ocurre que con anterioridad la Sala al resolver recursos de queja similares adoptó el criterio que se mantiene en este Voto Particular (AA 25 Feb. y 21 May. 1991). Y a mi juicio, el cambio de criterio no se razona suficientemente, salvo la alusión al abuso que la experiencia ha demostrado en la utilización del nuevo recurso, extremo al que ya me he referido en el fundamento anterior.

EL INFORME PERICIAL TIENE CARÁCTER DE DOCUMENTO A EFECTOS CASACIONALES, CUANDO ES LA ÚNICA PRUEBA Y SE HA INCORPORADO FRAGMENTARIAMENTE EN LA SENTENCIA O LA AUDIENCIA LLEGA A CONCLUSIONES CONTRARIAS.

S. TS, 2ª S, DE 23 DICIEMBRE DE 1992.

*Segundo:* Cuando se invoca error en la apreciación de la prueba, en

base al núm. 2.º art. 849 LECrim., es reiterada doctrina de esta Sala que las declaraciones de testigos y acusados no tienen el carácter de documentos, a estos efectos casacionales, en cuanto se trata de pruebas personales que no pierden dicha naturaleza por el hecho de aparecer documentadas en las actuaciones, y sujetas, por consiguiente, a la valoración que de las mismas realice el Tribunal sentenciador. Parecido criterio mantiene esta Sala respecto a los informes periciales, si bien admite supuestos de excepción, cuando la prueba pericial es única y se ha incorporado fragmentariamente a la sentencia o la Audiencia ha llegado a conclusiones contrarias a lo dictaminado por el perito.

En el supuesto objeto del presente recurso, si comparamos el informe pericial que obra incorporado al folio 16 del sumario, ratificado y ampliado en el acto del juicio oral, con lo que se recoge en el relato fáctico respecto a la salud física y mental del acusado, las divergencias y especialmente las omisiones se aprecian como esenciales. Ciertamente, en el informe del médico forense D. Francisco Escriña Fernández se dice, entre otros extremos, lo siguiente: «José H.C. presenta cuadro de sordomudez que hace imposible su contacto con él. Parece que su sordera es adquirida en la primera infancia tras una meningo-encefalitis, según manifiestan sus padres. No ha recibido instrucción alguna, ni se le han prestado las atenciones médicas y psicológicas pertinentes. Existen en el reconocido elementos

médicos que anulan la imputabilidad respecto a hechos complejos y elaborados, tal es su sordera desde la primera infancia unida a una falta de formación adecuada para relacionarse con el medio ambiente que le rodea». El citado médico forense, en el acto del juicio oral, ratificó el anterior informe y a nuevas preguntas manifestó: «Que presume que hechos complejos no los entienda pero esta venta cree que sí la comprende, todo ello dentro de la dificultad de comunicación. La trascendencia de la venta cree que no la comprende».

Así las cosas, cuando el Tribunal de instancia recoge en el relato histórico que el recurrente «es sordomudo desde su infancia y, al no haber recibido instrucción, tiene disminuidas sensiblemente, aunque no anuladas, sus facultades intelectivas y volitivas» ha omitido extremos en el relato fáctico que resultaban esenciales ante la solicitud de la defensa de que se apreciara la eximente 3.º art. 8 CP. Omisión que en este caso no puede verse subsanada por el contenido del fundamento jurídico tercero de la sentencia en el que literalmente se dice: «En la realización del mismo ha concurrido la circunstancia 1.º art. 9.º en relación con la 1.º y 3.º art. 8.º (eximente incompleta de enajenación mental por sordomudez)». No existe, pues, razonamiento alguno que explique la decisión del Tribunal de instancia de apreciar la eximente incompleta y rechazar la eximente completa interesada por la defensa. Tal falta de motivación difícilmente se com-

pagina con el mandato proclamado en el art. 120.3 CE.

Por su interés y relevancia para la resolución de los pedimentos articulados por la defensa del acusado, el Tribunal de instancia no debió pasar por alto determinados extremos del informe pericial antes mencionado. De ahí que consideremos que en este caso nos enfrentamos ante uno de esos supuestos excepcionales en los que los informes periciales constituyen documentos a los efectos del núm. 2.º art. 849 LECrim., al haberse distanciado el Tribunal de instancia, injustificadamente, de elementos esenciales del único dictamen pericial médico con el que contaba. El motivo debe ser estimado y ello conlleva el que se deba adicionar el relato histórico de la sentencia con determinados extremos del dictamen pericial y en concreto con los siguientes: Existen elementos que anulan su imputabilidad respecto a hechos complejos y elaborados, tal es su sordera desde la primera infancia unida a una falta de formación adecuada para relacionarse con el medio ambiente que le rodea. No comprende la trascendencia de los actos realizados.

## 6. EJECUCIÓN

EL DERECHO A LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA EN SUS PROPIOS TÉRMINOS SUPONE EN LOS CASOS EN QUE ESTA SEA IMPOSIBLE, LA ADOPCIÓN DE OTROS MEDIOS DE EJECUCIÓN SUSTITUTORIOS

S. TC 153/1992, 2ª S, DE 19 DE OCTUBRE.

*Cuarto:* Resta por examinar lo que constituye el núcleo central de la presente petición de amparo, cual es la pretendida vulneración del derecho a obtener tutela judicial efectiva por la inejecución de la S 7 Feb. 1989, dictada por la Sala 2.ª de lo Contencioso-Administrativo de la entonces AT Madrid (en la actualidad, TSJ); vulneración que si bien aparece referida a toda la actuación judicial acaecida con posterioridad a la Sentencia, la recurrente, en sede de amparo, la centra en el A 12 Ene. 1989 de esa misma Sala, así como en el A 19 Sep. 1989 que denegó el recurso de súplica formulado contra el primero. Resoluciones ambas, en las que, tras declarar la imposibilidad material de ejecutar la parte dispositiva de la Sentencia, no se accede a la pretensión indemnizatoria solicitada de forma subsidiaria por la recurrente.

Para abordar la presente cuestión, es preciso recordar la doctrina sentada por este Tribunal en la materia. La ejecución de las Sentencias en sus propios términos forma

parte, en efecto, del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales, ya que, en caso contrario, las decisiones judiciales y los derechos que en las mismas se reconozcan o declaren no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna. Más concretamente, el derecho a la ejecución impide que el órgano judicial se aparte, sin causa justificada, de lo previsto en el fallo que ha de ejecutar, o que se abstenga de adoptar las medidas necesarias para proveer a la ejecución de la misma, cuando ello sea legalmente exigible (STC 125/1987, 215/1988). El contenido principal del derecho consiste, pues, en que esa prestación jurisdiccional sea respetuosa con lo fallado y enérgica, si fuera preciso, frente a su eventual contradicción por terceros.

Cabe añadir que ese derecho a la ejecución de la Sentencia en sus propios términos no impide que en determinados supuestos ésta devenga legal o materialmente imposible, lo cual habrá de apreciarse por el órgano judicial en resolución motivada, pues el cumplimiento o ejecución de las sentencias depende de las características de cada proceso y del contenido del fallo. Ahora bien, esa imposibilidad de dar cumplimiento a la Sentencia en sus propios términos no implica, al menos en las Sentencias condenatorias, la ausencia de toda otra medida ejecutiva, de modo que baste la mera constatación de la imposibilidad de acordar el cumplimiento estricto de

los mandatos que ella contiene para entender satisfecha la tutela judicial efectiva, siendo preciso que, en tales supuestos, se acuda a la adopción de otros medios de ejecución sustitutorios o subsidiarios que el ordenamiento ofrece, pues, en caso contrario, las decisiones judiciales quedarían convertidas en meras declaraciones de intenciones, y la parte que ha obtenido una Sentencia favorable se encontraría en idéntica posición que antes de obtener dicho pronunciamiento.

Por otra parte, este Tribunal ha tenido ocasión de declarar que no le corresponde, en vía de amparo, sustituir a la autoridad judicial en el cometido de interpretar y fijar el alcance de sus propios pronunciamientos, ni en el modo de llevarlos a su puro y debido efecto, cumpliéndole, estrictamente, velar para que tales decisiones se adopten en el seno del procedimiento de ejecución, de un modo razonablemente coherente con el contenido de la resolución que se haya de ejecutar, y una vez que las partes hayan tenido oportunidad suficiente para formular alegaciones, así como para aportar pruebas sobre la incidencia que en la efectividad del fallo pudiera tener la actuación administrativa subsiguiente evitando así nuevos procesos y dilaciones indebidas (STC 167/1987). No es cometido de este Tribunal la determinación de cuáles sean las decisiones que, en cada caso, hayan de adoptarse para la ejecución de lo resuelto, pero sí deberá vigilar, cuando de la reparación de eventuales lesiones

del derecho a la tutela judicial se trate, que ésta no sea debida a una decisión arbitraria ni irrazonable, ni tenga su origen en la pasividad o desfallecimiento de los órganos judiciales para adoptar las medidas necesarias que aseguren la satisfacción de este derecho.

NO RIGE LA INMUNIDAD DE EJECUCIÓN CUANDO EN UNA DETERMINADA ACTIVIDAD O EN LA AFECTACIÓN DE DETERMINADOS BIENES NO ESTE EMPENADA LA SOBERANÍA DEL ESTADO EXTRANJERO.

S. TC 107/1992, 2ª S, DE 1 DE JULIO.

*Segundo:* Entiende la demandante que la TSJ Madrid S 8 Feb. 1990, al haber admitido la inmunidad absoluta de ejecución de la Embajada de la República de Sudáfrica, ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva y a no padecer indefensión, por no haberse interpretado restrictivamente el privilegio de inmunidad de los Estados en materia de contratos de trabajo. A su juicio, no existe base legal para admitir la inmunidad de ejecución frente a la Sentencia laboral favorable a sus intereses, habiéndose vulnerado el derecho a la tutela judicial en su vertiente de derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales (SSTC 31/1982, 61/1984, 67/1984, 109/1984, entre otras muchas). También el MF es del parecer de que —a la vista de la práctica internacional, de la naturaleza pri-

vada de la relación laboral y de la decisión del TS (STS de 1 Dic. 1986) de excepcionar en este caso la inmunidad de jurisdicción— han de ejecutarse tanto la Sentencia que declaró nulo el despido como su consecuencia, esto es, los AA 23 Jul. 1987 y 21 Mar. 1988, todo ello de conformidad con los arts. 51 LEC, 25.1 LOPJ, 10.6 CC y RD 1654/1980, interpretados de conformidad con el art. 24.1 CE, evitándose así el contrasentido que supondría la admisión de la competencia de una jurisdicción cuyo fallo fuera de imposible ejecución sin causa legal que lo autorice según una interpretación adecuada del derecho a la tutela judicial efectiva.

La cuestión se centra, pues, en la posible infracción del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes, lo que implica examinar si carece de fundamento legal la denegación de la ejecución de la Sentencia originaria por parte de la aquí impugnada.

Decidido que los Tribunales españoles disfrutaban de competencia de jurisdicción en el caso debatido (cuestión ya solventada en la TS S 1 Dic. 1986), la ejecución de la resolución judicial derivada del ejercicio de esa competencia constituye un derecho de la recurrente que sólo puede excepcionarse de mediar alguna causa legal que lo justifique. Este Tribunal ha afirmado, y ahora lo debemos reiterar, que la ejecución de las Sentencias forma parte del derecho a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales, ya que en

caso contrario las decisiones judiciales y los derechos que en las mismas se reconocen o declaran no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna (SSTC 167/1987 y 92/1988). La ejecución de Sentencia es, por tanto, parte esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y es, además, cuestión de esencial importancia para dar efectividad a la cláusula de Estado social y democrático de Derecho, que implica, entre otras manifestaciones, la vinculación de todos los sujetos al ordenamiento jurídico y a las decisiones que adoptan los órganos jurisdiccionales, no sólo juzgando, sino también haciendo ejecutar lo juzgado, según se desprende del art. 117.3 CE (SSTC 67/1984 y 92/1988).

Junto a ello, este Tribunal igualmente ha afirmado que no tratándose de un derecho de libertad, sino de un derecho prestacional, el de tutela judicial efectiva, en sus distintas vertientes —y entre ellas la de la ejecución de Sentencias—, es conformado por las normas legales que determinan su alcance y contenido concretos y establecen los requisitos y condiciones para su ejercicio. De este modo, al tratarse de un derecho de configuración legal, el Legislador puede establecer límites al pleno acceso a la ejecución de las Sentencias, siempre que los mismos sean razonables y proporcionales respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el Legislador en el marco de la CE (STC 4/1988). Consecuentemente, cabe que un Tri-

bunal adopte una decisión de inexecución de una Sentencia, siempre que se haga expresamente en resolución motivada y con fundamento en una causa obstativa de la ejecución prevista en el ordenamiento. La aplicación judicial de una causa legal de inexecución debe estar guiada por el principio *pro actione* que inspira todas las manifestaciones del art. 24.1 CE de manera que debe adoptarse la interpretación más favorable a la efectividad del derecho a la tutela judicial, en este caso del derecho a la ejecución. La denegación de la ejecución no puede, pues, ser arbitraria ni irrazonable, ni fundarse en una causa inexistente, ni en una interpretación restrictiva del derecho fundamental (STC 33/1987). Finalmente, hay que tener en cuenta que, si bien a este Tribunal no incumbe determinar la existencia o inexistencia de los hechos que han de subsumirse en la norma y en virtud de los cuales puede eventualmente entenderse el carácter no ejecutable de una Sentencia, ello no es obstáculo para que sí pueda examinar, partiendo de los hechos resultantes de las actuaciones judiciales, la calificación jurídica que de ellos hace el órgano judicial, siempre a la luz del derecho fundamental a la ejecución de las Sentencias. En otras palabras, corresponde al TC, en esta vía de amparo, comprobar si la decisión de inexecución se ha fundado en una causa legal, interpretada en el sentido más favorable para aquel derecho (SSTC 33/1987 y 92/1988).

Tercero: Sobre la base de la doc-

trina expuesta, cabe afirmar que la decisión del presente recurso de amparo debe realizarse a partir de la motivación de dos postulados básicos. El primero es que el régimen de inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros no es contrario, cualquiera que éste sea, al derecho a la tutela judicial efectiva consagrado por el art. 24.1 CE. El segundo es que, aun no dándose esa incompatibilidad entre inmunidad absoluta o relativa de ejecución de los Estados extranjeros ante nuestros Tribunales con el art. 24.1 CE, una indebida extensión o ampliación por parte de los Tribunales ordinarios del ámbito que es dable atribuir a la inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros en el actual ordenamiento internacional acarrea una violación del derecho a la tutela judicial efectiva del ejecutante, porque supone restringir sin motivo las posibilidades del justiciable de conseguir la efectividad del fallo, sin que ninguna norma imponga una excepción a dicha efectividad.

La compatibilidad del régimen de inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros con el derecho a la tutela judicial efectiva en su faceta de derecho a la ejecución deriva de que debe reputarse legítimo desde el punto de vista constitucional que el Legislador, con un fundamento objetivo y razonable, impida que la potestad de ejecución forzosa pueda dirigirse sobre determinados bienes. Así, por ejemplo, el Legislador puede legítimamente, con fundamento en la dignidad de la persona, excluir de la ejecución forzosa aque-

llos bienes que sirven a la subsistencia en condiciones mínimamente dignas de los particulares (art. 1449 LEC). Del mismo modo, los principios de legalidad presupuestaria y de continuidad de los servicios públicos, entre otros, sirven de fundamento a la exclusión de la ejecución forzosa respecto de bienes de titularidad pública; si bien en tales casos los Tribunales cuentan con potestades compulsivas suficientes que sustituyen a las de ejecución forzosa en sentido estricto. Así, en lo que ahora interesa, por lo que respecta a los Estados extranjeros, la soberanía y el principio de igualdad de los Estados es fundamento suficiente para que se pueda legítimamente excluir la potestad ejecutiva respecto de los bienes que dichos Estados tengan en nuestro territorio.

Si hubiese que concluir, además, que dicha inmunidad es de carácter absoluto y que los órganos jurisdiccionales no pueden realizar ningún tipo de actividad ejecutiva —ni de ejecución forzosa en sentido estricto ni de carácter compulsivo— frente a un Estado extranjero, no por ello habría que concluir que se produce una vulneración del derecho a la ejecución. Además, dicho derecho a la ejecución, entendido *lato sensu* como derecho a la efectividad de la resolución judicial dictada, podría verse satisfecho a través de expedientes distintos de la ejecución forzosa sobre los bienes del Estado extranjero. Así, por ejemplo, cabría pensar en el recurso a la vía de la protección diplomática, en los casos en que la misma sea procedente

con arreglo al Derecho internacional público, o, en último término, en una asunción por parte del Estado del foro del deber de satisfacer la obligación judicialmente declarada, cuando la inejecución de la misma pudiera suponer un sacrificio especial para el justiciable contrario al principio de igualdad ante las cargas públicas.

*Cuarto:* Las anteriores consideraciones no obstan a que este Tribunal estime que una indebida extensión por parte de los Tribunales ordinarios del privilegio de la inmunidad de ejecución pugne con el derecho a la tutela judicial efectiva, porque supone una restricción del derecho del justiciable a la ejecución del fallo que no tiene base legal. Ello implica que, a los efectos del presente caso, debe este Tribunal examinar si resulta razonable entender, como hizo el TSJ Madrid, que la República de Sudáfrica goza de inmunidad absoluta de ejecución frente a los Tribunales españoles. Si una interpretación distinta fuese posible, habría que concluir que la Sentencia impugnada vulneró el derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva.

La determinación del régimen vigente en nuestro ordenamiento en materia de inmunidades de los Estados extranjeros es tarea que entraña cierta dificultad. Dicha dificultad deriva del hecho de que, a diferencia de otros países, que han codificado esta materia en leyes específicas o como parte de leyes procesales generales, nuestro Legislador decidió seguir la técnica de la remi-

sión normativa, defiriendo en bloque al Derecho internacional público el sistema de inmunidades estatales. Así, dispone el art. 21 LOPJ:

«1. Los Juzgados y Tribunales españoles conocerán de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros con arreglo a lo establecido en la presente ley y en los Tratados y Convenios internacionales en los que España sea parte.

2. Se exceptúan los supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidos por las normas del Derecho internacional público.»

Esta remisión al Derecho internacional público obliga al intérprete de nuestro Derecho y, en particular, obliga a los órganos jurisdiccionales españoles a adentrarse en dicho ordenamiento para sacar a la luz los supuestos en que pueden verse impedidos de ejercer actividad jurisdiccional —sea ésta de naturaleza declarativa, ejecutiva o cautelar— frente a determinados sujetos amparados por la inmunidad (Estados extranjeros, personas jurídico-públicas extranjeras, personal diplomático y consular, etc.). La remisión implica, en consecuencia, la necesidad de que los órganos jurisdiccionales españoles —incluido este Tribunal— se conviertan en intérpretes y aplicadores de la legalidad internacional, tal y como han tenido que hacer otros Tribunales nacionales, sin que ello suponga en absoluto una interferencia por parte del ordenamiento español en el Derecho internacional público, pues las nor-

mas de éste se conforman, entre otras cosas, en función de las prácticas internas adoptadas en cada materia por los Estados miembros de la Comunidad Internacional. La mencionada remisión normativa del art. 21.2 LOPJ exige, en cada caso, determinar la norma aplicable en conexión con el ordenamiento internacional; solución ésta a la que nada cabe achacar en estrictos términos jurídico-constitucionales, aunque parece aconsejable que se lleve a cabo un desarrollo legislativo de esta materia que produzca una mayor seguridad jurídica.

La concreción de estas normas internacionales a las que remite el art. 21.2 LOPJ es una tarea que exige del intérprete una inducción basada en datos diversos, las convenciones internacionales de carácter universal o regional y las prácticas internas de los Estados, tanto en el plano legislativo, como en el judicial y administrativo; tarea que al tiempo debe tener en cuenta el proceso evolutivo que en esta materia es apreciable en la realidad internacional.

Dentro de esa evolución constante de las reglas internacionales en esta materia se puede, no obstante, trazar como tendencia clara una progresiva relativización de las inmunidades de los Estados extranjeros ante los Tribunales nacionales; relativización que resulta más acusada y clara en lo que respecta a la inmunidad de jurisdicción pero que, aun en menor medida, también se ha dejado sentir en lo tocante a la inmunidad de ejecución.

Dado que la inmunidad de jurisdicción no forma parte de los problemas plantados en el presente recurso de amparo, baste decir al respecto que, desde la tradicional regla absoluta de inmunidad de jurisdicción, fundada en la igual soberanía de los Estados que expresaba el adagio *par in parem imperium non habet*, el ordenamiento internacional ha evolucionado a lo largo de este siglo hacia la cristalización de una regla relativa de inmunidad, que habilita a los Tribunales nacionales a ejercer jurisdicción respecto de aquellos actos del Estado extranjero que no hayan sido realizados en virtud de imperio, sino con sujeción a las reglas ordinarias del tráfico privado. La distinción entre actos *iure imperii* y actos *iure gestionis*, por compleja que pueda ser su concreción en casos concretos y por diverso que sea su desarrollo en la práctica de los Estados y en las codificaciones internacionales, se ha abierto paso como norma internacional general. Y ello sin perjuicio de que en el ordenamiento internacional subsistan otro tipo de inmunidades de carácter absoluto o cuasi absoluto, como son las del personal diplomático y consular o la inviolabilidad de las sedes de los locales diplomáticos y consulares y de sus bienes. Conviene señalar ya en este punto que las inmunidades del Estado extranjero y otro tipo de inmunidades de Derecho internacional (en especial, las diplomáticas y consulares) no deben ser confundidas o identificadas. Sin perjuicio de que en ciertos supuestos ambos tipos de

inmunidades puedan solaparse, lo cierto es que se trata de instituciones diferentes y resulta erróneo que la remisión que el art. 21.2 LOPJ hace a las normas internacionales se concrete sin más en las Convenciones de Viena sobre relaciones diplomáticas y consulares, cuando se está en presencia de supuestos de inmunidad del Estado extranjero y sus órganos.

Si de la inmunidad de jurisdicción pasamos a la inmunidad de ejecución, cabe apreciar mayores cautelas a la hora de sentar excepciones a la regla de la inmunidad, mas sin que quepa negar que dichas excepciones se van abriendo paso en la práctica de numerosos Estados. Dichas excepciones siguen la huella del criterio sentado para la inmunidad de jurisdicción, es decir, se considera incontrovertible que un Tribunal interno no puede adoptar medidas de ejecución (o cautelares) sobre bienes de un Estado extranjero en el territorio del Estado del foro que sean destinados por aquél al sostenimiento de actividades soberanas o de imperio. Este sería el contenido claro de la inmunidad de ejecución en el momento presente. A partir de aquí, la aceptación de la no inmunidad de ejecución de los bienes que el Estado extranjero destine en el Estado del foro a actividades *iure gestionis* o de inequívoca naturaleza privada o comercial varía, moviéndose entre la no aceptación de la más mínima excepción a la inmunidad de ejecución hasta posturas ciertamente avanzadas que exigen una inequívoca afectación

de los bienes a actividades *iure imperii*. Esta variación en los datos que aporta la actual realidad jurídica internacional dificulta, sin duda, la concreción de cuál es la norma que, por remisión del art. 21.2 LOPJ, resulta aplicable en nuestro ordenamiento. A este respecto, cabe aportar los siguientes datos:

A) El Proyecto de artículos sobre inmunidades de los Estados elaborado en el seno de la Comisión de Derecho internacional de la ONU establece como principio la inmunidad absoluta de ejecución del Estado extranjero. Como excepción a dicho principio, el proyecto CDI, aparte del supuesto de que el Estado extranjero preste su consentimiento a la ejecución, establece la de los bienes estatales afectos específicamente a fines comerciales y no gubernamentales, sin que, entre otros, puedan nunca ser considerados como utilizados o destinados a fines comerciales «los bienes, incluida cualquier cuenta bancaria, que estén situados en el territorio de otro Estado y sean utilizados o estén destinados a ser utilizados para los fines de la misión diplomática del Estado o de sus oficinas consulares». Este proyecto de codificación internacional carece naturalmente de fuerza obligatoria, aunque su valor indicativo sea muy alto, dada la sede en que se redactó y los materiales utilizados para su confección.

B) En el ámbito europeo debe mencionarse el Convenio europeo sobre inmunidad de los Estados y su protocolo adicional, hecho en Basilea el 16 May. 1972, por iniciativa

del Consejo de Europa. Aunque sean pocos los Estados entre los que se encuentra en vigor y aunque España no sea parte del mismo todavía, resulta también muy indicativo. En materia de inmunidad de ejecución, el Convenio distingue entre un régimen general y un régimen facultativo para los Estados parte. El régimen general consagra la regla de la inmunidad absoluta de ejecución del Estado extranjero, sin perjuicio de que dicho Estado tenga la obligación *ex convenio* de dar efecto a la Sentencia dictada. El régimen facultativo al que voluntariamente pueden someterse los Estados parte sí que contempla la relatividad de la inmunidad de ejecución, al permitir con carácter general que las Sentencias se ejecuten sobre bienes utilizados exclusivamente para actividades industriales o comerciales ejercidas por el Estado extranjero de la misma manera que una persona privada. En cualquier caso, el Convenio restringe en cierta medida la posibilidad de ejecución al exigir que los bienes que sean objeto de la misma se desestimen no ya genéricamente a actividades industriales o comerciales, sino a la misma actividad industrial o comercial que dio lugar a la demanda y, además, que se destinen exclusivamente a dicha actividad.

C) En el ámbito de las más recientes legislaciones nacionales sobre esta materia, realizadas sobre todo en países anglosajones o de su órbita de influencia, se observa que, aun partiendo igualmente del principio de la inmunidad de ejecución,

se aceptan excepciones a la misma, centradas en el concepto de bienes usados para actividades comerciales en el Estado del foro. Así, por ejemplo, la Ley estadounidense de inmunidades soberanas extranjeras de 1976 excluye la inmunidad de los bienes de un Estado extranjero usados para una actividad comercial en los Estados Unidos, siempre que dichos bienes sean o hayan sido usados para la actividad comercial de la que derivó el litigio. La Ley británica de 1978 excluye con carácter general la inmunidad de ejecución de aquellos bienes del Estado extranjero que en el momento de la misma se utilicen o se pretendan utilizar para fines comerciales. Las leyes de Singapur (1979), Pakistán (1981), de la República Sudafricana (1981) y de Canadá (1982) siguen el modelo británico, con la particularidad en los casos de Singapur y Sudáfrica de que los litigios derivados de contratos de trabajo realizados con Estados extranjeros están acogidos a la inmunidad de jurisdicción y, consecuentemente, también a la inmunidad de ejecución. La Ley australiana de 1985 sienta la misma exclusión de la inmunidad de los bienes destinados a actividades comerciales y, si bien excluye de tal consideración a la «propiedad diplomática», exige simplemente que los bienes estén destinados sustancialmente –y no exclusivamente– a actividades comerciales. En resumen, estas recientes legislaciones de países de la órbita anglosajona, aunque no puedan reputarse por sí mismas como

configuradoras de una práctica general de los Estados, muestran una clara tendencia a la relativización de la inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros.

D) Por último, cabe mencionar cómo las jurisprudencias nacionales de numerosos Estados han reconocido en supuestos concretos la posibilidad de que los Tribunales del foro realicen actos de ejecución. Así, en Bélgica (asunto Socobel), en Suiza (caso República Árabe Unida contra señora X), en Francia (caso Sociedad Eurodif contra República Islámica de Irán). En Austria, en Holanda, los Tribunales han reconocido excepciones a la inmunidad de ejecución. La S 13 Dic. 1977 del Tribunal Constitucional Federal Alemán (caso de la República de Filipinas), paradigmáticamente, afirma que, aun siendo cierto que las medidas de ejecución afectan más directamente a la soberanía del Estado extranjero que las meras resoluciones judiciales declarativas, no existe una norma general del Derecho internacional que imponga la inmunidad absoluta de ejecución del Estado extranjero.

A la vista de los datos aportados por la realidad jurídica internacional no cabe sino concluir que el art. 21.2 LOPJ, al remitir al Derecho internacional público, no impone una regla de inmunidad absoluta de ejecución de los Estados extranjeros. Antes al contrario, permite afirmar la relatividad de dicha inmunidad. El art. 24.1 CE, aunque como ha quedado dicho no impone, sí coadyuva a entender en un sentido

limitado la inmunidad de ejecución, sobre todo, si se tiene en cuenta que la *ratio* de las inmunidades de los Estados extranjeros no es el de otorgar a éstos una protección indiscriminada, sino la de salvaguardar la integridad de su soberanía. Por ello, con carácter general, cuando en una determinada actividad o cuando en la afectación de determinados bienes no esté empeñada la soberanía del Estado extranjero, tanto el ordenamiento internacional como, por remisión, el ordenamiento interno desautorizan que se inejecute una Sentencia y, en consecuencia, una decisión de inejecución supone una vulneración del art. 24.1 CE.

LÍMITES A LA EJECUCIÓN: LA CUENTA CORRIENTE DE UNA EMBAJADA ES INEMBARGABLE.

S.TC 107/1992, 2ª S, DE 1 DE JULIO

*Quinto:* La peculiaridad del presente caso es que la demandada y ejecutada en el proceso de que trae causa este recurso de amparo fue la República de Sudáfrica como tal Estado soberano y no su Embajada o alguno de sus representantes diplomáticos. Por ello, ni el Convenio de Viena de 1963 sobre relaciones consulares, ni el de 1961 sobre relaciones diplomáticas, que sirven de fundamento a la prohibición de una ejecución forzosa contra bienes de las misiones diplomáticas y consulares, no pueden servir para definir si la inmunidad de ejecución del

Estado sudafricano era absoluta o relativa, sino sólo para excluir determinado tipo de bienes –los adscritos a la Embajada sudafricana– de la ejecución forzosa.

Sentado que en la actualidad el Derecho internacional público no impone una inmunidad absoluta de ejecución, sino que permite que los Tribunales nacionales dirijan la ejecución forzosa frente a un Estado extranjero y que, en consecuencia, una interpretación distinta de la remisión contenida en el art. 21.2 LOPJ debe considerarse vulneradora del art. 24.1 CE por restringir sin causa legal el derecho a la ejecución, queda por determinar con qué amplitud o, si se quiere, con qué límites puede un tribunal español ejecutar una sentencia sobre bienes de un Estado extranjero en nuestro territorio.

En dicha tarea de concreción debe partirse de dos principios generales: en primer término, el Derecho internacional impide que se lleven a cabo medidas de ejecución forzosa sobre aquellos bienes de titularidad del Estado extranjero que estén afectados o destinados al desenvolvimiento de actividades de soberanía o de imperio, permitiendo tan sólo la ejecución sobre bienes que estén destinados al desenvolvimiento de actividades económicas en las que no esté empeñada su potestad soberana por actuar conforme al Derecho privado. Ahora bien, en segundo término, debe tenerse especialmente en cuenta que, dentro del abanico de bienes de los que pueda ser titular un Estado ex-

tranjero en nuestro territorio, gozan de un específico régimen de protección los bienes de las misiones diplomáticas y consulares, en virtud del art. 22.3 Convención de Viena de 1961 de relaciones diplomáticas y del art. 31.4 Convención de Viena de 1963 de relaciones consulares. Es decir, la relatividad de la inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros se asienta en la distinción entre bienes destinados a actividades *iure imperii* y bienes destinados a actividades *iure gestionis*; mas, con independencia de este criterio, los bienes de las misiones diplomáticas y consulares son absolutamente inmunes a la ejecución, en virtud de los Convenios de Viena 1961 y 1963.

Del art. 22.3 Convenio de Viena de 1961 se deduce que no son en absoluto susceptibles de ejecución forzosa los bienes de la República de Sudáfrica situados en el recinto de su Embajada, incluida la sede misma. Ahora bien, la duda se plantea respecto de aquellos bienes del Estado extranjero que, sin estar en la sede de la Embajada ni estar expresamente mencionados en el art. 22.3 Convención de Viena de 1961, están destinados por el Estado extranjero al sostenimiento de su misión diplomática. Concretamente, el problema consiste en determinar si las cuentas corrientes bancarias abiertas a nombre de una Embajada o cuyos fondos estén destinados al sostenimiento de la misma están amparadas por el citado precepto, puesto que el Auto que anula la Sentencia impugnada procedió al

embargo de parte del importe de una cuenta corriente bancaria abierta a nombre de la Embajada de Sudáfrica, lo que para la representación de la República de Sudáfrica implica una grave quiebra de las relaciones entre Estados soberanos.

La práctica internacional contemporánea exceptúa claramente de toda medida de ejecución las cuentas corrientes bancarias de la Embajada. A título indicativo, pues carece de fuerza normativa, cabe citar el art. 21 del ya mencionado Proyecto sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados. También ésta es la opinión aceptada en resoluciones de altos Tribunales nacionales en fechas aún recientes.

En su decisión de 12 Abr. 1984, en el caso A. Ltd. contra la República de Colombia, la Cámara de los Lores británica ha estimado que el embargo de la cuenta corriente de la Embajada de Colombia no era posible de acuerdo con la Ley inglesa, aunque esa cuenta corriente sirva además de para hacer frente a los gastos corrientes de la Embajada, eventualmente para fines comerciales, al ser uno e indivisible el saldo de la cuenta corriente a favor de la misión diplomática. También el Tribunal Constitucional Federal Alemán en su S 3 Dic. 1977 (caso República de Filipinas) ha rechazado la embargabilidad de cuentas corrientes de las misiones diplomáticas, protegida dentro de las inmunidades que el Derecho internacional general prevé para las misiones diplomáticas, por estar conectadas con el normal funcionamiento de la

Embajada, aplicándosele el brocardo *ne impediatur legatio*, puesto que la apertura de una cuenta corriente es un mecanismo necesario para el buen funcionamiento de la misión diplomática, bastando al respecto una declaración por parte del órgano competente del Estado en cuestión de que la cuenta corriente está destinada a asegurar la continuidad del funcionamiento de la Embajada.

Esta inembargabilidad de las cuentas corrientes de titularidad del Estado extranjero en bancos situados en el territorio nacional afectados al desenvolvimiento de la actividad ordinaria de las misiones diplomáticas y consulares constituye la práctica internacional generalizada, de la que se deriva que la inmunidad de los Estados y de los bienes de las misiones diplomáticas y consulares en materia de ejecución impide que la ejecución forzosa pueda dirigirse, dentro de los bienes que las misiones diplomáticas, y consulares puedan tener en el Estado del foro, contra aquellas cuentas corrientes. Y ello incluso si las cantidades depositadas en Entidades bancarias pueden servir también para la realización de actos en los que no está empeñada la soberanía del Estado extranjero, esto es, a la realización de actividades *iure gestionis* a las que puede no alcanzar la *ratio* de la inmunidad de los bienes de las misiones diplomáticas y consulares. Esta eventualidad de que una cuenta corriente destinada a asegurar el funcionamiento de la misión diplomática y consular del Estado extranjero pueda ser utiliza-

da también para fines comerciales no justifica la exclusión de esa inmunidad de ejecución, y consecuente inembargabilidad, tanto por el carácter único e indivisible del saldo de la cuenta corriente, como por la imposibilidad de una investigación de las operaciones y de los fondos y destinos de los mismos en una cuenta corriente adscrita a una misión diplomática, lo que supondría una interferencia en la actividad de la misión diplomática, contraria a las reglas del Derecho internacional público.

No se le oculta a este Tribunal la dificultad que la inembargabilidad de dichas cuentas corrientes puede representar en algunos casos para el éxito de una ejecución forzosa frente a un Estado extranjero en los supuestos en que su inmunidad haya quedado exceptuada. Mas, la razonabilidad de la inmunidad en estos casos, en atención a la soberanía e igualdad de los Estados, conduce indefectiblemente a la conclusión de que el embargo de una cuenta corriente de una Embajada es un acto prohibido por el art. 21.2 LOPJ.

Como consecuencia de ello, en lo que interesa al presente recurso de amparo, debe entenderse que, en la medida en que la Sentencia impugnada anuló un Auto que había decretado el embargo de las cuentas corrientes de la República de Sudáfrica, no se vulneró el derecho a la tutela efectiva de la recurrente. Tenía razón la demandada en este proceso de amparo al denunciar la ilicitud de dicha medida y, en consecuencia, el amparo no puede abar-

car la petición de la recurrente de que se mantenga o se ordene de nuevo el embargo de las cuentas corrientes de la demandada, porque el derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente, en su vertiente de derecho a la ejecución, no alcanza a que dicha ejecución se dirija sobre bienes amparados por una causa legal de inmunidad.

LA INMUNIDAD DE EJECUCIÓN ALCANZA A AQUELLOS BIENES DESTINADOS A LA REALIZACIÓN DE ACTOS *IURE IMPERII* PERO NO A AQUELLOS DESTINADOS A LA REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES *IURE GESTIONIS*.

S. TC 107/1992, 2ª S, DE 1 DE JULIO

Sexto: La Sentencia impugnada no se limita, sin embargo, a anular el Auto que declaró los embargos de determinadas cuentas corrientes, sino que a esa anulación añade las consecuencias legales inherentes a tal declaración respecto de la causa y los embargos ordenados en el mismo. Como además en el fundamento tercero de la Sentencia se alude no sólo a la inembargabilidad de las cuentas corrientes a favor o adscritas al funcionamiento de una Embajada, sino que se refiere genéricamente al «embargo del dinero efectivo que un Estado extranjero posea en Entidades bancarias españolas», y la anulación del A 21 Mar. 1981 puede entenderse como confirmación del A 19 Feb. 1988, que además de declarar la inmuni-

dad de ejecución, aunque referida a la Embajada de la República de Sudáfrica, ordenó no seguir la ejecución y proceder al archivo de la misma, puede entenderse que la Sentencia impugnada no se ha limitado, con toda corrección desde la perspectiva constitucional que nos corresponde examinar, a anular el embargo decretado de las cuentas corrientes de la Embajada, sino que además ha cerrado el paso, al confirmar el archivo de las actuaciones y referirse genéricamente a la inembargabilidad de las cuentas del Estado extranjero demandado, a continuar al ejecución sobre otros posibles bienes o dineros del Estado ejecutado situados en nuestro territorio que no gocen de inmunidad de ejecución.

Puede suceder que, al margen de los bienes inembargables porque efectiva o presumiblemente estén destinados al desenvolvimiento de la actividad de las misiones diplomáticas o consulares, el Estado extranjero —en este caso, la República de Sudáfrica—, objeto de ejecución, sea titular de otros bienes en nuestro país. Respecto de estos bienes, si existen, la inmunidad de ejecución garantizada por el ordenamiento internacional y, por remisión, por el art. 21.2 LOPJ, sólo alcanza a aquellos que estén destinados a la realización de actos *iure imperii*, pero no a aquellos destinados a la realización de actividades *iure gestionis*. De este modo los Tribunales ordinarios, para satisfacer el derecho a la ejecución de sentencias, están habilitados para dirigir la actividad de

ejecución forzosa frente a aquellos bienes que estén inequívocamente destinados por el Estado extranjero al desenvolvimiento de actividades industriales y comerciales en las que no esté empeñada su potestad soberana para actuar conforme a las reglas del tráfico jurídico-privado. Corresponde en cada caso al Juez ejecutor determinar, conforme a nuestro ordenamiento, de entre los bienes de los que sea titular específicamente el Estado extranjero en nuestro territorio, cuáles están inequívocamente destinados al desenvolvimiento de actividades económicas en las que dicho Estado, sin hacer uso de su potestad de imperio, actúa de la misma manera que un particular. Sin que, por lo demás, cumplida esta circunstancia, sea necesario que los bienes objeto de la ejecución estén destinados a la misma actividad *iure gestions* que provocó el litigio, pues otra cosa haría ilusoria la ejecución en casos como el presente en que, al tratarse del despido de una trabajadora de una Embajada, y admitido que dichos litigios quedan al margen de la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero, ningún bien quedaría sustraído a la inmunidad de ejecución, ya que sólo los bienes de la Embajada estarían en conexión con la actividad que provocó el litigio.

La Sentencia impugnada, al declarar genéricamente la inejecución contra el dinero efectivo que el Estado ejecutado posea en Entidades bancarias españolas, al margen del delito específico de ese dinero, y confirmar el archivo de las actuaciones,

ha aplicado una regla de inmunidad absoluta de ejecución de los bienes de la República de Sudáfrica que no viene exigida por el art. 21.2 LOPJ y, por tanto, supone una inejecución de las Sentencias firmes sin causa legal, desconocedor del derecho a la tutela judicial efectiva. El Auto del Juzgado de lo Social y, en la medida que lo confirma, la Sentencia impugnada vulneraron el derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente en cuanto ordena el archivo de las actuaciones sin dar ocasión a que la ejecución pudiera realizarse sobre otros bienes de los que sea titular la República de Sudáfrica en nuestro territorio, y que no estando destinados al funcionamiento de su representación diplomática o consular, estén destinados al desenvolvimiento de actividades en las que dicho Estado no haga uso de su potestad o imperio.

Procede, en consecuencia, estimar parcialmente el recurso de amparo en cuanto a la confirmación del archivo de las actuaciones resultantes del A 21 Mar. 1988 del Juzgado de lo Social núm. 11 de Madrid. Como esta confirmación no deriva directamente de la Sentencia del TSJ Madrid aquí impugnada, que en su fallo se limitó a revocar el Auto que había ordenado unos determinados embargos, la estimación parcial del amparo en el presente caso no requiere la anulación de la Sentencia, sino que para el restablecimiento del derecho constitucional vulnerado basta anular el MT Madrid núm. 1 A 19 Feb. 1988, repitiendo las actuaciones ante dicho

órgano judicial, hoy Juzgado de lo Social núm. 11 de Madrid, para que pueda proseguir las actuaciones del proceso de ejecución frente a otros posibles bienes del Estado ejecutado a los que no afecta la inmunidad de ejecución, si consta su existencia o son señalados por alguna de las partes.

VOTO PARTICULAR PARCIALMENTE DISCREPANTE QUE FORMULA EL MAGISTRADO SR. DIAZ EIMIL A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE AMPARO NUM. 1293/1990.

Estoy de completo acuerdo con la doctrina general que acoge la Sentencia, y, especialmente, en cuanto establece, como punto de partida para la resolución del caso, dos principios generales: el de Derecho internacional que, consagrando la inmunidad relativa de ejecución, considera embargables los bienes de los Estados extranjeros no destinados a actividades de soberanía, y el de Derecho constitucional que proclama la prevalencia de la solución más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales; principio éste que debe siempre presidir toda interpretación y aplicación de las normas jurídicas en las que esté implicado un derecho constitucional, en el caso presente, el derecho a ejecutar las sentencias firmes, protegido por el art. 24.1 CE.

No comparto, sin embargo, la decisión elegida por la Sentencia, puesto que excepcionar del referido principio de Derecho Internacional, de manera absoluta, las cuentas co-

rrientes bancarias, cualquiera que sea su destino –actividades de soberanía o de gestión– entraña, a mi juicio, una conclusión incompatible con el principio constitucional citado.

Y ello porque este principio no consiente que se limite o desconozca un derecho fundamental sin que exista una norma jurídica que así lo disponga –de una manera razonable objetiva y en defensa de otros derechos o valores dignos de protección–, y resulta que tal clase de norma no existe en el supuesto de autos, dado que no puede concederse tal efecto a una práctica internacional, que la propia Sentencia reconoce variable y desprovista de universalidad y uniformidad, notas éstas cuya presencia sería imprescindible para extraer de ella la norma cierta, objetiva y razonable que nuestra doctrina constitucional exige tener para considerar justificada la limitación de un derecho fundamental.

De todas formas, cualquiera que sea la opinión que se tenga sobre la vigencia, sentido y amplitud de esa práctica internacional, lo cierto es que el principio de inmunidad relativa de ejecución exige que, para evitar el embargo, el Estado condenado acredite que los bienes contra los que se dirige estén destinados a actividad de soberanía, sin que ese acreditamiento pueda considerarse satisfecho por la simple manifestación del Estado contra el cual se dirige la acción ejecutiva, puesto que éste equivale a volver a los tiempos ya superados de la inmunidad absoluta a través de una espe-

cie de presunción *iure et de iure* que se manifiesta carente de todo apoyo normativo.

La propia lógica del sistema hace necesario que el Estado extranjero deba aportar, más allá de una simple manifestación, las alegaciones y datos que puedan fundamentar el convencimiento judicial de que los bienes, y, entre ellos, las cuentas corrientes, están destinados, en toda su integridad, a actividades de imperio, de tal forma que su pérdida puede poner en peligro el funcionamiento normal de sus Embajadas y oficinas consulares o diplomáticas, o atentar a su soberanía.

El caso aquí contemplado puede calificarse de típico supuesto no amparable en el privilegio de la inmunidad puesto que se trata de una Sentencia dictada en materia exclusiva de la inmunidad de jurisdicción –contrato laboral–, cuya ejecución se trata de realizar sobre cuenta corriente destinada, según propia confesión del Estado extranjero, a satisfacer gastos de personal, que es la misma actividad que ha dado lugar a la condena, habiéndose acordado además el embargo por una cantidad – 2.574.010 ptas.–, que, salvo datos que acrediten lo contrario, no puede considerarse de entidad suficiente para poner en peligro el funcionamiento normal de la Embajada.

En resumen, estimo que al no existir entre España y la República de Sudáfrica pacto liberal o régimen de reciprocidad, ni ley nacional o tratado internacional suscrito

por España que dispongan de manera expresa la inmunidad absoluta de las cuentas corrientes bancarias, debió, por imperativo constitucional, otorgarse el amparo sin condicionamiento de clase alguna y, en su consecuencia, permitir que continuase la ejecución en los términos ordenados por la MT, puesto que las dudas que se suscitan sobre la materia debieron resolverse en tal sentido, por ser el más favorable a la efectividad del derecho constitucional y no existir norma que permita o justifique la grave limitación que se impone al mismo. Según dejamos dicho, esa anomia no puede subsanarse con la aplicación mimética de la práctica internacional seguida por algunos países, que, en contra de las tendencias dominantes en Derecho internacional prefieren seguir ancladas en una concepción absoluta de la inmunidad de ejecución que desde luego en las actualidad no concuerda con el respeto que entre Estados modernos merecen las sentencias firmes dictadas por Tribunales competentes con todas las garantías constitucionales y legales en relaciones jurídicas derivadas de actividades de derecho privado en las que no esté implicada la soberanía del Estado.

En virtud de todo lo expuesto, opino que debió concederse el amparo sin limitarse sus efectos en la forma en que se hace la Sentencia, que en la práctica equivale a la denegación pura y simple del amparo, a la que no se acompaña indicación o referencia a otras vías sustitutorias de la ejecución que permitan

obtener algún género de efectividad del derecho fundamental invocado, que queda así totalmente desprotegido.

En razón a todo ello, formulo el presente voto particular, que formulo sin perjuicio de acatar la Sentencia aprobada por la mayoría.

## COMISIONES ROGATORIAS

### EL TRIBUNAL INTERNACIONAL DE YUGOSLAVIA

JESÚS SAEZ GONZÁLEZ  
PROFESOR ASOCIADO DE LA FACULTAD  
DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CÁDIZ

#### SUMARIO:

- I. *Introducción.*
- II. *El Tribunal.*
  1. *Sede.*
  2. *Organos del Tribunal.*
    - 2.1 *Las Salas.*
    - 2.2 *«El Fiscal».*
    - 2.3 *La Secretaría.*
  3. *El personal del Tribunal.*
  4. *Carácter, prerrogativas e inmunidades.*
- III. *Los justiciables.*
  1. *El acusado.*
  2. *El ofendido.*
  3. *Otros intervinientes: abogados e intérpretes.*
- IV. *Jurisdicción y competencias.*
  1. *Examen de las competencias del Estatuto.*
  2. *El tema de la jurisdicción concurrente.*

V. *Procedimiento.*1. *Principios básicos.*2. *Procedimiento.*2.1 *Investigación.*2.2 *Vista.*2.3 *Sentencia.*2.4 *Recursos.*2.5 *Ejecución.*3. *El auxilio judicial.*VI. *Valoración.*

## I. INTRODUCCIÓN

El 24 de noviembre de 1993 entraron en vigor en nuestro país una serie de normas de carácter procesal que tienen la característica especial de ser preceptos cuya proposición, debate y aprobación no correspondieron a los órganos que habitualmente tienen encomendada esta función en nuestro derecho nacional ya que, en dicha fecha, el Boletín Oficial del Estado publicaba una resolución de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Asuntos Exteriores, mediante la cual se incorporaba al ordenamiento jurídico español la Resolución 827 (1993), de 25 de Mayo, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, creadora de un Tribunal Internacional para el castigo de los crímenes internacionales perpetrados en la antigua Yugoslavia. Nos hallamos pues ante una realidad novedosa como es la de encontrarnos frente a un nuevo proceso que, pese a su génesis, modifica parcialmente nuestro sistema procesal<sup>1</sup>.

Tal vez esa sola razón bastara para interesarnos por el contenido procesal de las normas que incorporan el Estatuto de este Tribunal,

1. Sobre el tema que estudiamos pueden consultarse los siguientes trabajos: «Le Tribunal Criminel International pour l'ex-Yugoslavie», PELLET, Alain, *Revue Générale de Droit International Public*, 1994, tomo XCVIII, pág. 6; «The case of War Crimes Trials in Yugoslavia», MERON, Theodor, *Foreign Affairs*, 72311, verano 1993, pág. 122; «La compétence du Tribunal Pénal pour la Yugoslavie», *Revue Générale de Droit International Public*, tomo CXVIII, pág. 61.

incluso con independencia del hecho de que estas posibles y futuras actuaciones judiciales puedan o no ser efectivamente llevadas a la práctica; no en vano no se ha dejado de ver en ésta más una medida de presión que una decisión de poner en funcionamiento una maquinaria judicial de cara al enjuiciamiento de los delitos cometidos en la ex Yugoslavia. Más allá del estudio, o incluso de los augurios de su efectiva puesta en práctica, la Resolución 827 (1993) (en adelante, Resolución) nos ofrece una plasmación positiva plena de elementos procesales. Sin embargo, otras razones, no menos atractivas, nos mueven a detenernos en este examen. Cierto que no es la primera vez que un tribunal supranacional enjuicia la actuación de determinados individuos con ocasión de una guerra; pero ésta es, salvo error, la primera vez que la Comunidad Internacional en cuanto tal se dispone a actuar el derecho internacional humanitario y de guerra mediante un medio jurisdiccional con relación a los individuos. No se trata en consecuencia de un tribunal constituido por los Estados vencedores, sino de un tribunal creado por la Comunidad internacional, sin que ninguno de sus Estados miembros, a excepción de la misma ex Yugoslavia, se hayan visto involucrados en el conflicto, al menos en el momento de su creación<sup>2</sup>. Además, subrayémoslo, los sujetos llamados a participar en estas actividades son ciudadanos, individuos y no Estados, a diferencia de lo que ocurre en el caso del Tribunal Internacional de Justicia, en el que sólo pueden acudir como partes los Estados<sup>3</sup>.

Finalmente conviene en esta introducción situar el objeto de nuestro estudio que no se proyecta sino sobre la Resolución 827 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y el anejo a dicha Resolución que contiene el Estatuto del nuevo Tribunal Internacional (en adelante, Tribunal, y TIY). Este Estatuto contiene normas penales, económicas, de organización general, y procesales. Estas últimas a su vez pueden ser tanto de carácter orgánico como procedimental.

2. El tribunal es creado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en su 3217ª sesión, celebrada el 25 de mayo de 1993, a través de la Resolución 827 (1993). Dicha norma es incorporada al ordenamiento jurídico español a través de una Resolución de 19 de Octubre de 1993 de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Asuntos Exteriores, previo acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de Octubre del mismo año (BOE núm. 281, correspondiente al miércoles 24 de noviembre de 1993, marg. 27916, págs. 33001 y ss.).

3. «Sólo los Estados pueden ser partes ante el Tribunal», art. 34.I del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia.

## II. EL TRIBUNAL

1. *Sede*

Según determina el artículo 31 del Estatuto, la sede del Tribunal Internacional se radica en La Haya. Obviamente, cuando hablamos de la sede del Tribunal no sólo hacemos referencia a lo que es el Tribunal en si mismo, las diferentes Salas como órganos jurisdiccionales, sino a todos los órganos que a tenor del artículo 11 del Estatuto, componen el Tribunal Internacional, es decir: el Fiscal y la Secretaría. Como es natural, cualquier otra norma que afecte al Tribunal en este sentido, como la contenida en el artículo 6 de la Resolución, ha de entenderse igualmente referida tanto al Fiscal como a la Secretaría.

Resulta llamativa la distancia entre el Tribunal y los justiciables potenciales: el Tribunal parte en principio de su ubicación en un país, Holanda, mientras que son los nacionales de otros territorios, los que componían el Estado de Yugoslavia, los llamados a participar en sus actividades. La dimensión plena de este estado de cosas hay que buscarlo en el tenor de los artículos 31 del Estatuto y 6 de la Resolución<sup>4</sup>. El primero establece una ubicación concreta del Tribunal, como hemos visto; el segundo, partiendo de la referencia a los Países Bajos, da un cheque en blanco al propio Tribunal, el cual podrá reunirse «en otros lugares cuando lo considere necesario para el eficaz cumplimiento de sus funciones». Es decir, desde un punto de vista jurídico-positivo el Tribunal podrá ejercer sus funciones donde lo estime mejor, apareciendo el concepto de eficacia como determinante de la decisión a tomar. Cuales sean las razones políticas que han motivado la designación de La Haya como sede del Tribunal es algo que escapa al alcance de nuestro trabajo. Sin adentrarnos en el hacen referencia a un derecho internacional general; igual da, por consiguiente, que la sede radique en un lugar o en otro; en cambio, el Tribunal Internacional nace con una dimensión muy específica en el ámbito territorial –la ex Yugoslavia– y con una competencia objetiva imbuida plenamente por el

<sup>4</sup> Véase en el mismo sentido el artículo 22 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia.

carácter penal del derecho a aplicar. Por tanto nos encontramos ante dos situaciones distintas, diferencia que nos hace pensar en una mayor utilidad práctica de ese cheque en blanco a que nos hemos referido.

2. *Órganos del Tribunal*

Según especifica el artículo 11 del Estatuto, el Tribunal está constituido por los siguientes órganos: a) Las Salas (dos de Primera Instancia y una de Apelaciones), el Fiscal y una Secretaría común que prestará sus servicios tanto a las Salas como al Fiscal.

2.1. Las Salas. El Tribunal Internacional está compuesto por once magistrados distribuidos a razón de tres magistrados por cada una de las salas de Primera Instancia y cinco para la Sala de Apelaciones (artículo 12 del Estatuto). Su magistratura dura cuatro años (artículo 13.4 del Estatuto). No se establece la figura de suplentes para el caso de que se produzcan vacantes, sino que, en estos casos será el Secretario General de la ONU quien designe a la persona que, reuniendo los requisitos exigidos, desempeñe el cargo por el tiempo restante, previa consulta con los Presidentes del Consejo de Seguridad y de la Asamblea General (artículo 13.3 del Estatuto). El prestigio que envuelve habitualmente la figura del Secretario General de la ONU hacen mitigar los recelos que una norma así plantea ya que, sin duda alguna nos encontramos frente a una contradicción. El hecho de que la designación de los titulares originarios del Tribunal se realice de acuerdo con un procedimiento en el que participa la generalidad de los Estados miembros nos lleva a pensar como una consecuencia lógica el que sean estos mismos Estados que constituyen la Asamblea General los que eligieran a los sustitutos en los casos de vacantes. Al menos deberían dar de algún modo su visto bueno, si no a la elección efectuada por el Secretario General, tal vez a una lista previa de candidatos elegibles. Ciertamente el deseo de otorgar una norma flexible y fácil de poner en práctica conlleva la simplificación de los textos normativos; sin embargo, debería haberse arbitrado algún tipo de solución, que no parece complicada, y que nos evitara preguntarnos por qué motivo, si el Secretario General puede elegir a los substitutos de los magistrados cesantes, por qué no nombra él directamente a los que van a ejercer sus funciones al comienzo de cada periodo de cuatro años, previas esas

mismas consultas de las que se nos hace mención en el artículo mencionado<sup>5</sup>.

Al frente del Tribunal Internacional se halla su Presidente, que es elegido por los propios magistrados del Tribunal Internacional (artículo 14.1 del Estatuto). A su vez, al frente de cada Sala existe un Presidente, siéndolo el de la Sala de Apelaciones el Presidente del Tribunal. El Estatuto no especifica las labores del Presidente, salvo una que se refiere a la distribución de los Magistrados entre las distintas Salas, que se efectúa por designación directa del Presidente, después de celebrar consultas con todos los magistrados. Estos, una vez asignados, no podrán ejercer sus funciones más que en la Sala a la que pertenezcan. La diferencia del tratamiento que se hace de la figura es notable si la comparamos con la configuración que existe del Presidente del TIJ. Ciertamente en el Estatuto del TIJ no se dice gran cosa de su Presidente<sup>6</sup>, pero, en cambio, las funciones reconocidas por su Reglamento son superiores<sup>7</sup>. Probablemente el día en que se elabore el Reglamento del Tribunal Internacional encontremos nuevas normas que permitan perfilar de un modo más concreto esta figura. Sin embargo, y al hilo de lo que tratamos, conviene resaltar otra diferencia que a nivel interno de un estado resultaría clave, pero que tal vez no lo sea tanto en el orden internacional si tenemos en cuenta la «flexibilidad» de sus normas. En efecto, el Reglamento del TIJ se adentra en la configuración de la figura de su Presidente gracias a la «potestad reglamentaria» que el Estatuto delega en el propio TIJ. Su artículo 30 establece que «El Tribunal determinará mediante un reglamento (establecerá normas, si seguimos la edición inglesa) el modo mediante el cual ejercerá sus funciones. Regulará especialmente su procedimiento». En cambio, la delegación normativa que establece el artículo 15 del Estatuto del Tribunal Internacional no puede entenderse en modo alguno como orgánica, sino como plenamente procedimental al establecer que: «Los Magistrados del Tribunal Internacional aprobarán reglas sobre procedimiento y sobre prueba que serán aplicables a la etapa preliminar del proceso, al

5. Véase el diferente tratamiento que hace de este tema el Estatuto del TIJ en su artículo 14 y demás concordantes.

6. Véase el artículo 21 del Estatuto.

7. Véanse los artículos 12, 13.4 y 24.2 del Reglamento del TIJ.

juicio propiamente dicho y las apelaciones, a la admisión de pruebas, a la protección de las víctimas y los testigos y a otros asuntos pertinentes».

Por lo que se refiere al Tribunal en pleno, sólo parece actuar como órgano único en los casos de elección del Presidente, por tanto no se puede hablar del Pleno como un órgano más del Tribunal<sup>8</sup>.

2.2. El Fiscal. El Fiscal es un órgano al que se refiere el artículo 16 del Estatuto y parece ser contemplado, al menos, desde tres perspectivas distintas. De una parte vemos al Fiscal como un órgano individual, en la medida en que de él depende la investigación y la acusación (número 1), por la forma de ser elegido por el Consejo de Seguridad (número 4), por la potestad de recomendar los nombramientos relativos a los funcionarios de la Oficina del Fiscal (número 5), y por los requisitos exigidos al aspirante a ocupar el cargo (número 4). De otra parte se nos habla de la Oficina del Fiscal, órgano integrado tanto por el Fiscal como por los funcionarios que se requieran (número 3). Finalmente, el Fiscal, es enfocado desde la enumeración de un par de principios fundamentales que le afectan desde la perspectiva orgánica y la funcional (número 2).

La redacción de este artículo 16 es sumamente vaga e imprecisa en todo lo relativo a la estructuración de funciones del Fiscal y de los demás funcionarios. Desde la perspectiva de nuestro sistema jurídico surgen diversas dudas provocadas por la indefinición de las normas. Establecido que al Fiscal le corresponde la investigación y la acusación, y consagrados el principio de independencia orgánica y funcional, todo lo demás cabe ser estudiado desde el punto de vista de la especulación. El artículo 16 nos habla de un Fiscal, en singular, que requiere unos requisitos y realiza unas funciones. ¿Qué es la Oficina del Fiscal? ¿Estamos hablando de la Fiscalía? Parece que sí. ¿A qué se refiere el número 3 del artículo 16 cuando afirma que la Oficina del Fiscal está compuesta también por funcionarios calificados? ¿Calificados para qué: para ejercer las mismas funciones que el Fiscal investigando y acusando a los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho humanitario?

8. «Sensu contrario» véase el tratamiento que hace del TIJ su Reglamento en los artículos 26, 29 o 30.

Si nos atenemos a lo que prevé el Estatuto, la acusación es competencia del Fiscal, cosa que se deriva del carácter puramente técnico y funcional de las actividades que se mencionan. Así debe ser puesto que los actos de investigación pueden ser fácilmente delegados en personas ajenas a la actividad procesal; en cambio, al candidato a ocupar el cargo de Fiscal se le exige no sólo una moral intachable y los más altos nivel y experiencia en la actividad de investigación, sino además poseer esa misma cualificación en la actividad procesal penal, requisitos todos ellos que no son exigibles para los funcionarios integrantes con el de la Oficina del Fiscal. Si nos atenemos a la letra de la norma llegamos a la conclusión de que como parte en juicio sólo puede comparecer quien ejerza las funciones de Fiscal. Una solución semejante se nos presenta muy limitada y carente de sentido. Incluso en el derecho anglosajón, de donde parece estar sacado el perfil del Fiscal del Tribunal Internacional, la figura de ayudantes del Fiscal, con la misma cualificación moral y procesal son generalmente admitidos; igualmente, en los precedentes que suponen los Tribunales de Tokio y Nuremberg se produce una situación en la que aparecen pluralidad de fiscales. Por ello más bien habría que inclinarse por pensar en una deficiente redacción del artículo 16, y entender, dejándonos guiar por el mero sentido común, que el Fiscal encuentra en su Oficina otros funcionarios los suficientemente capacitados como para actuar tanto en la investigación como en el juicio oral como parte sosteniendo la acusación. Nos basamos para llegar a tales planteamientos en dos partes del articulado del Estatuto. El primero lo constituyen el tenor de los números 2 y 3 del artículo 30 del Estatuto. Allí, al establecerse el régimen de prerrogativas e inmunidades del Tribunal, se hace una mención, de una parte a los funcionarios de la Oficina del Fiscal, que gozan de las prerrogativas e inmunidades previstas para los funcionarios de Naciones Unidas, según los artículos V y VII de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas, de 13 de febrero de 1946; y de otro lado, se nos habla, no de los funcionarios de la Oficina Judicial, sino de «el Fiscal y sus funcionarios», y a éstos se les conceden las prerrogativas e inmunidades propias de los enviados diplomáticos de acuerdo con el Derecho Internacional. Parece estar claro, pues, que hay una intención de distinguir dos tipos de funcionarios: los de la Oficina y los del Fiscal. A ello nos lleva también el hecho de que en el número 3 del artículo 16 se hable precisamente de «funcionarios calificados»,

pareciendo con ello dar a entender una pluralidad de funciones y, por ende, de funcionarios y de requisitos. Tema distinto es cual deba ser la calificación de los funcionarios. En el caso de aquellos que pueden ejercer funciones atribuidas literalmente en el Estatuto al Fiscal no parecería errado suoner que tendrían que ser semejantes a las requeridas para ser Fiscal: moral intachable, competencia, y experiencia en la investigación y enjuiciamiento de casos criminales.

Otro detalle que conviene señalar es la referencia a los principios de independencia orgánica y funcional, que se derivan del tenor del apartado 2 del artículo 16.

Ciertamente resulta un tanto extraño el hecho de que entre los órganos del Tribunal se incluya al Fiscal. Principios fundamentales como el que se refiere a no poder ser juez y parte al mismo tiempo, o la separación entre instrucción y enjuiciamiento por el mismo órgano parecen resquebrajarse ante la descripción orgánica que del Tribunal realiza el artículo 11 de Estatuto. A esos inconvenientes viene a dar respuesta la norma que comentamos. En efecto, el número 2 nos dice que «el Fiscal actuará independientemente como órgano separado del Tribunal Internacional. No solicitará ni recibirá instrucciones de ningún Gobierno ni de ninguna otra fuente.»

2.3 La Secretaría. Más correcto parece el trato que se da en la redacción del artículo 17 a la Secretaría (afortunadamente no traducida por oficina judicial u oficina del tribunal como es moda denominar a la secretaría de unos años a esta parte). En este caso las objeciones surgen de la extrema generalidad de sus cometidos. Resulta un tanto llamativo el hecho de que no aparezca especificada entre sus funciones la de la fe pública. Ciertamente en una expresión como la que emplea el artículo 17 del Estatuto, «La Secretaría se encargará de la administración y de los servicios del Tribunal Internacional», caben todas las funciones no jurisdiccionales que queramos atribuir al Secretario, pero no es menos cierto que la frase es vaga y de marcado carácter anfibológico, lo que puede llevarnos al extremo de considerar que la Secretaría pueda ser simplemente el «almacén» o la oficina del Tribunal, entendiendo por tal en este último caso el órgano responsable no de la documentación, sino de la burocracia en general. ¿Será la Secretaría la encargada de la fe pública y de la documentación del Tribunal; o lo será de hacer frente a todos los problemas, digámoslo así, de logística; o tendrá ambos

cometidos a la vez?<sup>9</sup> Esta indefinición afecta de modo esencial a uno de los principios por los que se ha de regir este órgano, como es el principio de independencia. No creo que sea el momento de recordar el origen y los fundamentos del fedatario judicial. Sobre ello existe ya una abundante bibliografía. Pero tal vez convenga subrayar, una vez más, la importancia del papel del Secretario como fedatario y documentador del proceso y la proclamación del principio de independencia<sup>10</sup> para el pleno ejercicio de sus funciones.

### 3. *El personal del Tribunal*

A tenor de lo dicho hemos de considerar como personal del Tribunal al que integran las Salas, la Fiscalía y la Secretaría. El artículo 13 del Estatuto se refiere a las condiciones que deben reunir los magistrados y el proceso de elección de los mismos. Tres son los requisitos necesarios para aspirar a la plaza de magistrado del Tribunal. Dos son de carácter orgánico y la tercera de tipo ético-social. En primer lugar se requiere que las personas llamadas a ejercer la magistratura se encuentren en una situación que les permita ejercer «las más altas funciones judiciales en sus países respectivos». De este modo, por lo que al supuesto español se refiere tres son las situaciones sobre las que se puede establecer un punto de referencia, que son, precisamente las que posibilitan el que un ciudadano pueda acceder a la magistratura del Tribunal Supremo o del Tribunal Constitucional. La segunda condición de tipo orgánico se deduce de forma indirecta del contenido de este artículo 13 del Estatuto, y se refiere a los conocimientos del derecho aplicable. Es cierto que este elemento no se constituye tanto como una condición genérica cuanto como criterio a tener en cuenta a la hora de adscribir a cada uno de los magistrados a las distintas Salas del

9. Sin lugar a dudas la referencia habrá que buscarla en los artículos 22 a 29 del Reglamento del Tribunal Internacional de Justicia que regulan las funciones del Secretario de este organismo. Entre ellas se encuentran las de notificación, documentación, información, fe pública en lo tocante a las actas de las sesiones, gestión administrativa y financiera, relación entre el Tribunal y otros órganos de la ONU, y custodia de los archivos.

10. Así se reconoce, por ejemplo, en el caso del acta de la vista, la cual es redactada por el Secretario «bajo su responsabilidad» (según la redacción en Francés del apartado f) del número 1. del artículo 26 del Reglamento del TII).

Tribunal; sin embargo, el nivel de conocimientos en Derecho Penal, Internacional, Humanitario o en Derechos Humanos no puede dejar de ser un norte que oriente el perfil de los posibles candidatos. Finalmente, la tercera condición, la más relativa de todas, se refiere a la talla moral de los juzgadores que se concretan en esa gran estatura moral, imparcialidad e independencia que permitan hacer prever un funcionamiento idóneo del Tribunal.

El proceso de elección se desarrolla de la siguiente manera. Son los Estados miembros de la ONU y los que mantienen misiones permanentes de observación en la sede de la ONU quienes proponen candidatos a Magistrados del Tribunal Internacional. Los Estados disponen de sesenta días para proponer, cada uno, hasta dos candidatos, si bien, las posibilidades de que haya más de dos nacionales en una lista es nula ya que, según dispone el artículo 14, número 2, letra d), en el caso de que dos nacionales de un mismo país sean elegidos, lo será aquél que obtenga más votos. Es el Consejo de Seguridad quien confecciona una lista de entre 22 y 33 candidatos, de entre los que la Asamblea elegirá a los 11 magistrados, para un periodo de cuatro años. Como ya hemos dicho antes, no existen magistrados suplentes; en estos casos es el Secretario General el encargado de designar al suplente. En este sentido, conviene subrayar algunos aspectos importantes. En primer lugar, no hay instrucciones precisas en torno a la forma de selección de los magistrados suplentes; tan sólo se exige que cumplan los requisitos que se establecen en el número 1 del artículo 13, y que ya hemos mencionado. El Secretario General, pues, no tiene ninguna obligación de elegir a los suplentes de entre los candidatos votados por la Asamblea General. Al margen de ello, conviene hacer una precisión. En puridad no debe hablarse, como lo hemos hecho en este apartado de magistrado suplente, ya que en realidad lo que se produce es una nueva designación «ex novo».

El régimen aplicable a los magistrados es el mismo que se aplica a los magistrados del Tribunal Internacional de Justicia<sup>11</sup>.

11. Así, por ejemplo, sobre el régimen de incompatibilidades profesionales, se establece prácticamente un régimen de dedicación exclusiva, véase el artículo 16 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia; sobre las incompatibilidades con el ejercicio de otras actividades ante el Tribunal, véanse los números 1 y 2 del artículo 17 de la misma norma; en lo tocante al régimen de retribuciones económicas, éstas son contempladas por el artículo 32 de la misma norma citada; en cuanto a los permisos de ausencia véanse los números 2 y 3 del artículo 23, de igual norma.

El Fiscal es designado por el Consejo de Seguridad, a propuesta del Secretario General (artículo 16-4). De igual modo que en el caso de los magistrados, para ser Fiscal se requieren una serie de condiciones, como son las de poseer el más alto nivel de competencia y experiencia en la investigación y en el enjuiciamiento de casos criminales. Sus condiciones de servicio son las de un Secretario General adjunto de las Naciones Unidas<sup>12</sup>.

El Secretario del Tribunal es nombrado por el Secretario General de la ONU, previa consulta al Presidente del Tribunal Internacional. Sus condiciones de servicio son las de un Subsecretario general de las Naciones Unidas<sup>13</sup>.

#### 4. *Carácter, prerrogativas e inmunidades*

A tales aspectos se dedica el artículo 30 del Estatuto, en el que se hace una remisión al Convenio sobre Prerrogativas e Inmunidades de la ONU<sup>14</sup>. Básicamente los derechos, privilegios e inmunidades que allí se contienen pueden clasificarse en dos grupos. Las primeras vienen a fijar el carácter y la naturaleza del Tribunal Internacional como tal. Las segundas se refieren a las personas que se hallan ligadas de un modo u otro al Tribunal. A su vez, como vamos a ver, existen diferencias en este segundo apartado en función de la relación de cada una de esas personas con el Tribunal.

Así, atendiendo, básicamente a los artículos I, II, III y VIII y sin hacer una lista exhaustiva podemos decir que el Tribunal tiene personalidad jurídica para contratar, comprar, enajenar o ser parte procesal; goza de inmunidad e inviolabilidad, exoneraciones de tasas e impuestos, etc.

Desde nuestra perspectiva más nos interesa poner de relieve la situación de que gozan los distintos individuos relacionados con el Tribunal. Como hemos dicho, la situación es distinta atendiendo a tres

<sup>12</sup> En materia de inmunidades véanse el artículo V, Secciones 17, 18 y 19, del Convenio sobre Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de febrero de 1946.

<sup>13</sup> Véase la nota anterior.

<sup>14</sup> Citado en la nota 11.

tipos de nexos. De un lado, los Magistrados, el Fiscal y sus funcionarios (no los miembros de la Oficina judicial), y el Secretario gozan de las exenciones y facilidades concedidas a los representantes diplomáticos. Los funcionarios tanto de la Secretaría como de la Oficina del Fiscal, disfrutan de las prerrogativas e inmunidades concedidas por los artículos V y VII del Convenio a los funcionarios de las Naciones Unidas. Finalmente, las demás personas deben gozar del trato necesario para que el Tribunal Internacional pueda ejercer debidamente sus funciones. Dentro de este último grupo se hace mención expresa a los acusados. Naturalmente ese trato especial debe afectar de forma muy especial a los defensores. Desde esta perspectiva el principio de igualdad de partes debe estar plenamente inserto no sólo en el procedimiento sino también en el trato a que son acreedores los letrados para el ejercicio de sus funciones.

A tales cuestiones se dedica el artículo 30. En primer lugar nos encontramos con una serie de prerrogativas e inmunidades de índole general que alcanzan a todos los miembros del Tribunal y a todos sus funcionarios y que son las que vienen establecidas por la Convención sobre Prerrogativas e inmunidades de las Naciones Unidas, de 13 de febrero de 1946. Con posterioridad los números 2 y 3 de ese artículo especifican el ámbito de aplicación en los siguientes términos: Los Magistrados, el Fiscal y sus funcionarios y el Secretario, gozan de todas las prerrogativas e inmunidades concedidas a los funcionarios de las Naciones Unidas con arreglo a los artículos V y VII de la Convención referida.

Finalmente, para concluir este apartado haremos una breve referencia al tema de los gastos y la financiación del Tribunal. A tenor del artículo 32 del Estatuto, los gastos se sufragan a cargo del presupuesto ordinario de las Naciones Unidas.

### III. LOS JUSTICIABLES

#### 1. *El acusado*

Lo es en la medida en que previamente se le ha considerado sospechoso, como es habitual, y se ha determinado que hay indicios

suficientes como para dirigir contra su persona una acusación (artículo 18.4). El acusado es siempre una persona natural, (artículo 6 del Estatuto, recalcando su carácter individual el artículo 7.1 del mismo), no existiendo limitaciones o inmunidades ni privilegios de ningún tipo por razón del cargo público o político que hubiera podido desempeñar durante la comisión de los actos que motivan la acusación, ya que «el cargo oficial que desempeñe el inculpado, ya sea Jefe de Estado o de Gobierno o de funcionario responsable del Gobierno, no le eximirá de responsabilidad penal ni atenuará la pena».

Durante la fase de investigación el sospechoso goza de una serie de derechos reconocidos por el Estatuto. Estos derechos son básicamente los siguientes:

- Poder contar con un intérprete (artículo 18.3).
- Ser asistido por un defensor, sin costo para él si careciere de medios económicos para ello (ibidem).

Pese a la escueta lista anterior habría que añadir otros derechos que si bien estructuralmente no se hallan ubicados entre los párrafos del artículo 18 que se refieren a los sospechosos, les deben ser de igual aplicación. Así a los anteriores habría que añadir al menos los siguientes derechos:

- Ser oído, igualmente durante la fase de investigación a pesar de lo que pueda parecer la referencia al artículo 22.
- Comunicación con el defensor de su elección (artículo 21.4 b)).
- A no declararse culpable o a declarar contra sí mismo (artículo 21.4 g)).

El sospechoso se convierte en acusado a través de lo que podríamos denominar, siguiendo la redacción dada al artículo 19, «confirmación del procesamiento». Esta expresión debe ser matizada. Desde luego si entendemos por procesamiento cualquier sujeción a actividades tendentes a sostener en el futuro una acusación en juicio contra alguien, no cabe duda de que cualquier sospechoso se halla «procesado». Pero ello se ha de entender así en un sentido muy laxo, de tal modo que la expresión «confirmará el procesamiento» tendría algún significado. Sin embargo, nada hay en el texto que nos permite suponer que antes de esta confirmación ha habido un procesamiento en el orden habitual de la palabra. Incluso cualquiera de las medidas cautelares posibles en estos supuestos de procedimientos penales (arresto, detención, remisión de personas, etc.) sólo son posibles una vez se ha procesado al sospechoso. Por ello realmente lo que la expresión «confirmación del

procesamiento» viene a significar es el procesamiento que convierte al sospechoso en reo. La «confirmación del procesamiento» es, pues, el acto del magistrado de la Sala de Primera Instancia a través del cual se confirman los indicios de criminalidad establecidos en un «acta de acusación» elevado por el Fiscal al Tribunal. La detención del acusado y su remisión al Tribunal son su consecuencia automática a tenor de lo que establece el artículo 20.2. Así pues, a los anteriores habrá que sumar los siguientes derechos, recogidos en el artículo 21 del Estatuto, en el supuesto de que el sospechoso fuere «confirmado en el procesamiento» como resultado de las investigaciones efectuadas:

- A ser informado sin demora de los cargos que se le imputaren y del derecho que tiene a un defensor, incluso de forma gratuita si fuere preciso.
- A la comunicación con el defensor de su elección y a preparar su defensa.
- A la presunción de inocencia.
- A la igualdad de trato.
- A tiempo y medios para preparar la defensa.
- A un juicio sin dilaciones indebidas.
- A hallarse presente durante el proceso.
- A intervenir en el juicio interrogando por sí o por su defensor a los testigos que intervinieren.
- A la propia defensa por sí mismo.

## 2. El ofendido

Si los acusados reciben una atención especial en el articulado del Estatuto, las referencias a los ofendidos, a las víctimas, es prácticamente nulo. Tan sólo encontramos alguna alusión a las víctimas cuando se establece su protección en las deposiciones orales. En concreto el artículo 22 nos habla de la protección de testigos y de víctimas, haciendo referencia a la posibilidad de la celebración del juicio a puerta cerrada y de la protección de la intimidad de las mismas. Ciertamente el cariz de muchos de los delitos enjuiciables por este tribunal nos hacen pensar en esa protección.

La Comunidad internacional absorbe plenamente la responsabilidad de la acusación de estos delitos, dejando a un lado a las propias

víctimas que encuentran en el Fiscal del Tribunal Internacional el único cauce de «representación» de sus intereses. Realmente y a pesar del carácter de los delitos enjuiciados vemos como determinadas posibilidades factibles en el sistema español –acusación popular, acusación particular– podrían tener en este tipo de procedimientos tal vez un cauce capaz de aglutinar los deseos de justicia de las víctimas, desde una perspectiva más personal. Tal vez esas otras formas de participación permitirían un proceso más eficaz no sólo al permitir el castigo de los culpables, sino también al hacer un proceso socialmente más pacificador al favorecer una participación directa de las víctimas en este instrumento que ahora, la comunidad internacional pretende arrancar de las manos de quienes buscan resarcirse con la violencia de las ofensas cometidas contra ellos mismos o los suyos.

3. Otros intervinientes: abogados e intérpretes. Por lo que se refiere a los intérpretes su intervención está prevista en ayuda tanto del sospechoso como del acusado; por lo que se refiere a los letrados, el Estatuto no habla de abogados, sino de defensores. Tampoco se les exige ninguna cualificación específica. Más aún, se permite al acusado que él mismo dirija su propia defensa. Es éste pues, un sistema flexible en el que no hay límites por defecto, pero tampoco se pueden imponer limitaciones por exceso, es decir: a tenor de lo visto para ser defensor no se requiere ninguna cualificación específica. De este modo, por ejemplo, nada parece oponerse a que un oficial del ejército pudiera ser el defensor de un soldado. Sin embargo no se le puede negar a nadie el derecho a valerse de un letrado con experiencia.

El texto normativo nos refleja la figura del letrado de oficio-gratuito, figura que dentro de nuestro marco procesal se escinde conceptualmente en dos. Si el acusado tiene derecho a dirigir por sí mismo su defensa<sup>15</sup> prescindiendo de defensores no cabe que el Tribunal le designe uno de oficio en el sentido en que habitualmente entendemos este derecho. Otro tema distinto es lo que conocemos como beneficio de justicia gratuita, que en estos casos se ha de referir necesariamente sólo a los honorarios del defensor. Digamos pues, que en realidad a lo que tiene derecho el acusado es al defensor «gratuito».

15. Entre los derechos del acusado en la letra d) del número 4 del artículo 21 se establece el siguiente: «a defenderse personalmente o a ser asistido por un defensor de su elección».

Hecho este planteamiento podríamos hacernos una última pregunta: ¿cabría el supuesto de que un acusado tuviera derecho a un defensor designado de oficio en el sentido técnico de la expresión? Desde luego en el Estatuto no se prevé esa posibilidad, ya que donde dice defensor de oficio lo que está queriendo decir es defensor al que no ha de pagar honorarios profesionales. Sin embargo, se ha de entender que sí, que en caso de que el acusado desconociera a defensores idóneos para este tipo de defensas podría acudir al Tribunal con la petición de que se le señalara uno por el mismo Tribunal. Ello hay que entender que se desprende de la propia naturaleza de la defensa que se establece en el Estatuto. ¿Cómo negar el derecho a un defensor si se prevé que se le nombre sin coste alguno para el acusado? ¿Quiere ello decir que por el hecho de ser nombrado de oficio se ha de deducir la gratuidad del servicio? A esta respuesta hay que entender que no, ya que son dos supuestos distintos. En uno el acusado no conoce a alguien que pueda ejercer la labor de defensa; en el segundo supuesto el acusado carece de dinero, luego las situaciones son distintas.

#### IV. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIAS

##### 1. Examen de las competencias en el Estatuto

El tema de la competencia y de la jurisdicción es más complejo de lo que a primera vista podríamos suponer. La impresión que podemos tener hasta el momento presente sobre el Tribunal es que se trata de un organismo de carácter internacional, nacido para castigar los crímenes de guerra producidos durante el conflicto entre las etnias y naciones que en su día conformaron la República Yugoslava. Instintivamente vienen a nuestra memoria recuerdos y referencias a tribunales como los de Nuremberg o Tokio, auténticos precedentes del Tribunal Internacional que estudiamos. Sin embargo el tema no es tan simple, dado que, como veremos, ciertos artículos que acompañan a aquellos otros que estudian la competencia, vienen a introducir ciertos elementos que tienen la facultad de llevarnos a poner en tela de juicio conceptos que parecían bien definidos tradicionalmente por la doctrina, como son los

conceptos de jurisdicción y de competencia. De ahí que en este apartado debamos dividir nuestro estudio en dos partes diferentes. La primera se centra en el estudio descriptivo del contenido de los artículos 1 a 6, 8 y 9, el segundo el impacto que produce la introducción de los artículos 9 y 10.

Adentrados ya en la primera de esas partes, no está de más hacer cierta advertencia previa, y es que, tal vez no siempre nos resulte familiar la relación que se establece en el Estatuto entre los epígrafes o títulos que nos son referidos como competencia y sus contenidos. Es ésta una cuestión que va más allá de la terminología, como veremos más adelante, pero en la que no vamos a entrar por el momento. Así pues, iniciamos el estudio de la competencia siguiendo la estructura y la terminología que se encuentra en el Estatuto.

Los artículos 2, 3, 4 y 5 determinan cual es la competencia que podríamos llamar objetiva del Tribunal. Según estos el Tribunal es competente:

1. Para enjuiciar a las personas que cometan u ordenen la comisión de violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 (artículo 2), por alguno de los siguientes delitos:

- a) Homicidio Internacional.
- b) Tortura o tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos.
- c) Actos deliberados que causen grandes padecimientos o graves daños a la integridad física o la salud.
- d) Destrucción o apropiación de bienes no justificados por necesidades militares y llevadas a cabo en gran escala y en forma ilícita y arbitraria.
- e) Uso de coacción para obligar a un prisionero de guerra o a un civil a prestar servicios en las fuerzas armadas de una potencia enemiga.
- f) Privación deliberada a un prisionero de guerra o a un civil de su derecho a un juicio justo y con las debidas garantías.
- g) Deportación, traslado o reclusión ilícitos a un civil.
- h) Toma de civiles como rehenes.

2. A quienes violen las leyes o los usos de la guerra (artículo 3) por alguno de los siguientes motivos:

- a) Empleo de armas tóxicas o de otras armas que hayan de ocasionar sufrimientos innecesarios.

- b) La destrucción arbitraria de ciudades, pueblos o aldeas, o su devastación no justificada por necesidades militares.
- c) Ataques o bombardeos, por cualquier medio, de pueblos, aldeas, viviendas o edificios indefensos.
- d) La aprobación o destrucción de instituciones consagradas al culto religioso, la beneficencia y la educación o a las artes y las ciencias, monumentos históricos u obras de arte y científicas, o los daños deliberados a éstos.
- e) Pillaje de bienes públicos o privados.

3. A las personas que cometan actos de genocidio definidos en el párrafo 2 de este artículo, o cualquiera de los demás actos enumerados en el párrafo 3 del mismo artículo 4 del Estatuto (artículo 4), considerándose genocidio, cualquiera de los siguientes actos realizados con intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal, según la siguiente relación:

- a) Matanza de miembros del grupo.
- b) Lesiones graves a la integridad física o mental de los miembros del grupo.
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de vida que hayan de acarrear su destrucción física total o parcial.
- d) Imposición de medidas destinadas a impedir los nacimientos dentro del grupo.
- e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.

4. Y, finalmente, a los presuntos culpables de crímenes de esa humanidad (artículo 5) por la comisión del alguno de los siguientes actos:

- a) Asesinato.
- b) Exterminio.
- c) Esclavitud.
- d) Deportación.
- e) Encarcelamiento.
- f) Tortura.
- g) Violación.
- h) Persecución por motivos políticos, raciales o religiosos.
- i) Otros acto inhumanos.

Obviamente, este tipo de crímenes se producen en muchos puntos del globo terrestre, desgraciadamente, de ahí que el artículo 1 tenga una gran importancia al especificar que este Tribunal no tiene vocación

universal, sino que nace para conocer, tan sólo de las violaciones del Derecho Internacional antes especificadas que se produzcan en el territorio de la ex Yugoslavia. Y más aún parece no carecer de importancia un límite temporal que se encuentra expresado en lo que se refiere a su comienzo y imaginable en su final y que queda fijado en cuanto a su inicio en el día 1 de enero de 1991. Ahora bien, este límite temporal requiere cierta precisión, pues nos puede llevar a engaño, ya que no hace referencia al momento en el que el Tribunal Internacional comenzaría sus actividades, sino que más bien marca el límite temporal de la perseguibilidad de los delitos. No cabe duda de ello, dado que la Resolución tiene lugar casi año y medio después de la fecha del 1 de enero elegida como límite inicial. El comienzo de las actividades del Tribunal podría haber sido expresada de forma más clara, tal como: el tribunal comenzará su actividad con tal fecha; cosa que no hace. Por ello, este límite temporal no hace tanto referencia a la actividad judicial misma cuanto al límite temporal de los actos que se han de considerar punibles y sobre los que, en consecuencia, ejercerá su potestad jurisdiccional. Lo mismo podemos decir del límite temporal final. Sin duda alguna, en caso de que este tribunal efectivamente comenzara sus actividades, éstas se prolongarían durante un «tempus certus», que vendría definido por el límite que supongan la ejecución de las penas impuestas. Finalmente, en cuanto a la competencia funcional, la llamada apelación es competencia de la Sala de Apelaciones, según el artículo 25 del Estatuto.

## 2. El tema de la jurisdicción concurrente

Es éste sin duda uno de los conceptos más problemáticos del Estatuto, contemplado desde un punto de vista procesal. Sin explicar o definir que sea esa concurrencia de jurisdicciones, el artículo 9 sostiene que «El Tribunal Internacional y los tribunales nacionales tendrán jurisdicción concurrente para enjuiciar a las personas que hayan cometido violaciones graves del derecho internacional humanitario en el territorio de la ex Yugoslavia a partir del 1 de enero de 1991». Estrictamente, este precepto no contiene sino una mera atribución de jurisdicción tanto al TIY como a los juzgados nacionales. Esto ya aparece como una nota peculiar en la medida en que nos hallamos ante

un tribunal organizado por la Comunidad internacional para enjuiciar unos crímenes determinados, pero que lejos de pretender el conocimiento en exclusiva de tales delitos llama a participar en dicha tarea a los tribunales nacionales «de todos los Estados»<sup>16</sup>. Ello, como decimos, son notas peculiares de un tribunal de esta naturaleza y que, en principio, no trae más problema que el de delimitar cuándo conoce el TIY y cuándo los tribunales nacionales, lo cual puede resolverse tanto desde la perspectiva del concepto mismo de jurisdicción o del de competencia.

Cuando nos adentramos en la lectura del apartado 2, de este artículo 9 hallamos lo que podría ser el comienzo de un principio clarificador en el juego de estas dos jurisdicciones. «El Tribunal Internacional, dice este número, tendrá primacía respecto de los Tribunales nacionales. En cualquier etapa del procedimiento, el Tribunal Internacional podrá pedir oficialmente a los Tribunales nacionales que convengan en la competencia del Tribunal Internacional de conformidad con el presente Estatuto y con las normas sobre procedimiento y prueba del Tribunal Internacional». Este precepto enuncia la superioridad o ventaja del TIY sobre los nacionales. Nuestra duda inicial, en consecuencia, se amplía. Hay que saber no sólo de qué conoce cada tribunal, sino también cómo se articula esa superioridad. Así, recursos, plazos, potestades de revisión, apelación o segunda instancia son, entre otros, conceptos que esperamos hallar a fin de conocer los cauces que hacen que el TIY actúe como un tribunal superior con respecto a los nacionales. Sin embargo, nada de eso existe. Muy al contrario, lo que encontramos en el artículo 10 es algo que podríamos resumir, nada más y nada menos, del siguiente modo: Las sentencias del TIY adquieren fuerza de cosa juzgada, las sentencias de los tribunales nacionales no. Dicen los números 1 y 2 del artículo 10:

1. «Ninguna persona será sometida a juicio en un Tribunal nacional por actos que constituyan violaciones graves del derecho internacional humanitario con arreglo al presente Estatuto, respecto de los cuales ya haya sido juzgado por el Tribunal Internacional.

2. Una persona que haya sido juzgada por un Tribunal nacional por actos que constituyan violaciones graves del derecho internacional humanitario podrá ser juzgada posteriormente por el Tribunal solamente si:

16 Véase el punto 4 de la Resolución.

a) El acto por el cual se la sometió a juicio fue considerado delito ordinario; o

b) La vista de la causa por el Tribunal nacional no fue ni imparcial ni independiente, tuvo por objeto proteger al acusado de la responsabilidad penal internacional, o la causa no se tramitó con la diligencia necesaria.»

La amplitud de la letra b) es tal que prácticamente hace que ninguna sentencia de tribunal nacional quede fuera del posible alcance del TIY.

Este último precepto, dando una orientación concreta a los anteriores, y la inexistencia de otros vienen a establecer, en definitiva, un sistema en el que existen dos jurisdicciones paralelas, cualquiera de las cuales puede estar llamada en principio a conocer de los delitos ya descritos y que podríamos caracterizar del siguiente modo. Ambas jurisdicciones actúan de modo independiente. En cada una de ellas existen una primera instancia y recursos. La competencia funcional se distribuye, pues, internamente en el seno de cada jurisdicción. Objetivamente las dos son competentes para conocer de los delitos que hemos mencionado en el apartado a) inmediatamente anterior. Territorialmente, las dos jurisdicciones son competentes para conocer de esos delitos, siempre que se hayan producido en el territorio de la ex Yugoslavia. Se deja al arbitrio y discreción del TIY la valoración de la idoneidad no sólo del caso, sino también del momento procesal, para reclamar el conocimiento del asunto que esté conociendo el tribunal nacional. No se articulan cauces de inhibición. El mecanismo para hacer efectiva esa atracción del asunto a la instancia del TIY es una «petición oficial»<sup>17</sup>. Tampoco es el TIY un tribunal que conozca por vía de recurso las decisiones de los tribunales nacionales. Sin embargo, las sentencias de los tribunales nacionales pueden ser revisadas de facto al poder entrar el TIY a conocer nuevamente de los temas en los supuestos ya mencionados. Pero, además, tampoco se fija ningún plazo para poder realizar este nuevo conocimiento del asunto en cuestión, con lo que parece que esta potestad tiene una vocación indefinida en el tiempo. Esto último nos muestra más que un tribunal superior un órgano de

17. Artículo 9.2 del Estatuto. En la LO 15/1994 esta petición adquiere la forma de requerimiento de inhibición.

fiscalización y enjuiciamiento de la actividad de los tribunales nacionales. Nos hallamos, pues, ante una figura peculiar: un tribunal que es internacional, que puede actuar como un órgano ordinario, que puede reclamar en cualquier estado del pleito ante un tribunal nacional su conocimiento, que incluso puede dejar sin efecto determinadas sentencias, pero que, por otra parte no actúa como concededor de recursos de los nacionales de los países implicados: no olvidemos que no se establece el cauce de los recursos más que para las propias sentencias del Tribunal, lo que hace perfectamente factible que el TIY se desentienda de reclamaciones «post sententiam», ya que salvo en los dos supuestos explicados del artículo 10, no viene obligado a ello.

En todo ello hay dos temas preocupantes y que llaman nuestra atención especialmente. El primero de ellos se refiere a la potestad de ordenar la inhibición de los tribunales nacionales en el conocimiento de los asuntos que se pedan estar tratamitando ante ellos. El segundo se refiere a la diferencia de tratamiento de la cosa juzgada. Con respecto al primero de ellos podríamos pensar que estamos ante un problema de distribución de competencias. Bien examinada la cuestión, sin embargo, comprobaremos que el tema afecta no a la competencia sino a la misma esencia de la potestad jurisdiccional de los tribunales nacionales, incluidos los españoles, que en definitiva es lo que nos interesa. Nadie duda hoy día que la jurisdicción como función estatal pueda ser limitada en la medida en que otros órganos jurisdiccionales supranacionales puedan asumir competencias, en principio exclusivas de los tribunales nacionales. Aquellos pueden asumir competencias tanto desde un punto de vista objetivo en la primera instancia, como en instancias sucesivas, viendo el tema desde la óptica de la competencia funcional, o aplicando cualquier criterio de distribución territorial. Lo que no parece encajar con lo que hasta el momento parece ser admitido por la generalidad es que un tribunal, digamos español, puede verse obligado a dejar de conocer un asunto para el que tiene reconocida jurisdicción y competencia, sin que existan, y esto es clave, criterios ni pautas objetivas por las que el tribunal nacional deba inhibirse en favor del TIY. Al menos, las únicas razones que se derivan del Estatuto para tales inhibiciones parecen quedar reducidas a una: la superioridad del TIY. Y esto ya no es un tema de competencia, es una modificación fundamental, entre otros, del principio constitucional de independencia judicial en el caso español.

De otra parte la cosa juzgada constituye una de las manifestaciones fundamentales de la jurisdicción y significa una garantía para el ciudadano que tiene su reflejo constitucional en el principio «ne bis in idem». No puede haber dos juicios, dos sentencias sobre el mismo asunto. Naturalmente quedan a salvo las opciones que se articulan vía recurso, cuando estas se actúan en el tiempo y en la forma prevista por las leyes. Que el principio «ne bis in idem» en el caso español forma parte del acervo de nuestras garantías procesales constitucionales es algo que ya ha dejado claramente establecido nuestra jurisprudencia constitucional. Que esos principios gozan de la fuerza vinculante y derogatoria de nuestra Carta Magna, es algo que igualmente ha quedado fijado por idéntica jurisprudencia<sup>18</sup>. Por tanto nos hallamos ante dos supuestos, independencia judicial y cosa juzgada, garantías procesales de rango constitucional, que entran directamente en conflicto con las estipulaciones del Estatuto.

Ciñéndonos a nuestro ordenamiento jurídico, ¿hasta qué punto una norma internacional puede alterar el esquema básico de las garantías constitucionales? Parece más que evidente, sin utilizar otros criterios que los que se deriven de nuestra propia Constitución y sin necesidad de acudir a otras fuentes normativas, que no hay más límite que el que quieran conceder los ciudadanos o sus representantes. Esto es, todas las garantías constitucionales pueden verse alteradas en virtud de un tratado internacional y la independencia judicial o el principio «ne bis in idem» son, desde luego, garantías que gozan de esa cualidad. Es decir, estas garantías pueden ser eliminadas o limitadas siempre que se sigan los trámites oportunos. De este modo, el tema se centra en saber si ha habido o no eliminación o limitación de garantías constitucionales relativas al procedimiento, de un lado, y los trámites que se han seguido para proceder a esa limitación o eliminación, de otro.

Por parte de la, en este caso, Resolución de Naciones Unidas los puntos a tener en cuenta son al menos estos tres: atribución de competencia general para conocer de esos delitos, superioridad del TIY sobre los nacionales y manifestación de esa superioridad a través de la «petición» a los tribunales nacionales de inhibición o a través del nuevo

18. Véanse, así, sobre el principio ne bis in idem la STC de 30 de enero de 1981, y sobre la participación de los principios derivados de la Constitución en la fuerza vinculante y derogatoria de la misma la STC 2 febrero 1981).

conocimiento del asunto ya juzgado. Por parte de la Constitución española las resistencias se centran en la independencia del juez que conoce de un asunto con jurisdicción y competencia bastantes para ello y en el principio «ne bis in idem». No cabe duda de que en el roce entre una y otra normas las dos garantías constitucionales pueden haber resultado limitadas, toda vez que el Derecho internacional tiene aquí primacía sobre el derecho interno. Hasta que punto lo han podido ser es algo que, en este supuesto, depende de la forma en que se ha producido la incardinación de las normas de la Resolución y del Estatuto en el ordenamiento interno español.

La Constitución, como es sabido, establece dos vías para la armonización de los tratados internacionales con los contenidos constitucionales. La primera viene regulada en el artículo 93. Según esta posibilidad, la autorización de la celebración de los tratados se hace a través de una LO, cuando se transfieren competencias derivadas de la Constitución. Ahora bien, en caso de que las estipulaciones de los tratados sean contrarias a la Constitución se hace necesaria la modificación constitucional, según prescribe el artículo 96 de nuestro texto constitucional. Pues bien, la vía utilizada ha sido la primera. Es la Ley Orgánica 15/1994, de 1 de junio (BOE de 2 de junio), la que ha plasmado esa autorización. Sus contenidos, casi un calco de las estipulaciones del Estatuto, no aportan nada significativo en estos dos extremos que estudiamos. Esto puede tener dos significados. Uno que nuestros representantes han entendido que no hay violación ni transgresión de las normas constitucionales, con los que, humildemente, en ningún caso estamos de acuerdo. Conceptualmente, insistimos en ello, el juez nacional que conoce de un asunto con jurisdicción y competencia bastantes no puede ser inquietado en su labor por ningún superior, sea del tipo que sea. El segundo es que en ningún caso ni la Resolución ni las disposiciones de la LO 15/1994 viene a vulnerar ningún precepto o principio de nuestra CE. Particularmente me inclino a pensar que, en cualquier caso, la vía utilizada del artículo 93 implica la conservación de todo el acervo de nuestras garantías procesales recogidas en la Constitución. Es decir, al no haberse utilizado la vía del artículo 96 los principios de independencia judicial y «ne bis in idem» siguen intactos.

¿De qué forma una norma que tiene su origen en el Derecho internacional, estando en clara contradicción con los contenidos de nuestra Constitución podría no infringirla? A pesar de la antinomia

existente esa realidad es posible, teniendo en cuenta, precisamente, la naturaleza o el origen internacional de la Resolución y del Estatuto. La admisibilidad pasa por el carácter genérico de estas normas, de tal forma que la concreción definitiva depende de los ordenamientos de los diferentes estados. Los Convenios de Ginebra de 1949 no establecen penas concretas para los delitos que en ellos quedan tipificados. Si pretendiéramos su aplicación estricta no podría dictarse ninguna condena por aplicación del principio «nulla pena sine lege». La actuación concreta de las normas de las penas se hace en función del contenido legislativo de cada uno de los Estados miembros. Pues bien, el mismo criterio nos debe servir en el campo procesal. A falta de normas concretas sobre competencia, inhibiciones, etc., y no habiéndose producido modificación constitucional alguna, habrá que acudir a la legislación procesal interna para establecer el régimen procesal aplicable en cada caso. Aquí, sin duda alguna, el criterio más efectivo es el que se refiere a los plazos, de tal modo que una coordinación entre las normas internacionales y las normas procesales españolas podría dar el siguiente cuadro de opciones posibles.

Primero, con respecto a las potestades de reclamar el conocimiento de un asunto por parte del TIY estas podrían concretarse hasta el momento en que el pleito se halla «visto para sentencia». Así se conjugan la potestad del 9.2 del Estatuto («En cualquier etapa del procedimiento el Tribunal Internacional podrá pedir a los tribunales nacionales que convingan en la competencia del Tribunal Internacional...»), y el principio de independencia judicial proclamado en los artículos 24.2 (proceso con todas las garantías) y 117.1 de la Constitución (independencia de los jueces).

Segundo, con respecto a la cosa juzgada. En este terreno no habría más remedio que tener presentes los plazos del recurso de casación, que es que contiene los motivos semejantes a los que establece el artículo 10.2 para no reconocer la vigencia del principio «ne bis in idem». Estos plazos bien pueden comenzarse a contar, no desde la fecha habitual, día siguiente a la notificación de la sentencia a las partes, ya que el TIY no es parte, pero sí, por ejemplo, desde el día en que en el órgano español se reciba el acuse de recibo de la ejecutoria en la sede del TIY, incluso ampliando esos plazos al máximo posible que permitan las normas sobre personación en los procedimientos españoles. Pero indudablemente, un plazo hay que tener, ya que no puede renunciarse al efecto

de cosa juzgada. Naturalmente tanto uno como otros principios pueden decaer absolutamente en favor del TIY, pero en ese caso se hace necesaria la reforma constitucional.

Conviene insistir en la ida de que no nos oponemos a la primacía del Derecho Internacional, ni pretendemos restar efectividad a las actuaciones del Tribunal Internacional en su actividad represiva de crímenes de guerra o contra la humanidad en el hipotético caso de que se viera envuelto algún tribunal español en alguno de estos asuntos. Ni mucho menos. Pero es preciso no callar ante cualquier posible postura que en su afán de facilitar la incorporación de los contenidos de los tratados internacionales al ordenamiento español olvide que hay garantías constitucionales que no pueden ser simplemente ignoradas utilizando la vía del artículo 93. Hacerlo implicaría dar a la LO 15/1994 la categoría de precedente.

## V. PROCEDIMIENTO

### 1. Principios básicos

Ciñéndonos a los que se refieren a las actuaciones propias del Tribunal Internacional, y dejando a un lado las pautas de comportamiento que pueden derivarse de la actuación del TIY en los casos en que reclame su competencia (en el momento actual y con los materiales que nos ofrece en este aspecto al Estatuto tal vez sea poco acertado hablar de «principios»<sup>19</sup>), se distingue claramente la existencia de los principios habituales en los sistemas procesales penales contemporáneos. El tipo de proceso penal que se plantea en el Estatuto obedece al esquema de los procedimientos que responden al principio ACUSATORIO formal o mixto, con una investigación y una acusación sostenidas por un Fiscal que se articula como un órgano independiente del Tribunal, y un órgano jurisdiccional encargado de examinar y fallar los temas que le son planteados. De la lectura de distintos artículos se deriva la

19. Habría que pensar en principios como los de dependencia judicial frente al de independencia o inquisitorio frente a acusatorio.

vigencia de los principios «*nemo iudex sine actore*» y «*ne procedat iudex ex officio*». La CONTRADICCIÓN está igualmente asegurada en estos procedimientos en los que se prevé la presencia del acusado. Especialmente la presencia de este último viene referida por diversos artículos que garantizan su asistencia (21.2: «El acusado, en la sustanciación de los cargos que se le imputen, tendrá derecho a ser oído públicamente y con las debidas garantías, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 22 del Estatuto»; artículo 21.4.: «El acusado... tendrá derecho a las siguientes garantías mínimas: d) a hallarse presente en el proceso...; e) a interrogar... a los testigos»). El Fiscal actúa ante la «*notitia criminis*» o «*ex officio*». Por lo que se refiere a los principios de ORALIDAD, INMEDIACIÓN, y PUBLICIDAD, el primero se desprende de forma indirecta del conjunto de artículos que se refieren al procedimiento durante la vista oral, pero sin quedar reflejado de una forma evidente.

Otro tanto se ha de decir del principio de inmediatez. En cambio son varios los preceptos que hacen referencia a la publicidad del proceso, (audiencia pública 21.1; 22; 20.4.) Finalmente por lo que se refiere al principio de valoración de la prueba y de instancias, por lo que se refiere al primero nada se dice, por lo que toca al segundo es evidente que se ha optado por el principio de la doble instancia.

Al margen de estos principios mencionados existen otros principios que tienden a incidir necesariamente sobre el proceso. Son principios no tanto procedimentales, sino relativos a las personas, habitualmente recogidos dentro de los principios tradicionales de cada nación cuando no recogidos en las constituciones de los correspondientes estados y que aquí encuentran su necesaria plasmación en el Estatuto del Tribunal. Estos principios podríamos agruparlos del siguiente modo:

Principios relativos a las personas. En este apartado podríamos incluir los principios relativos a la presunción de inocencia (21.3) lo que implica el derecho a no declararse culpable (21.4 g.); el de igualdad (21.1); y el de protección víctimas (20.1).

Otros principios podríamos agruparse en torno a la idea de un proceso debido con todas las garantías, lo que incluiría: un proceso justo y expeditivo (20.1), plenas garantías en la audiencia (21.2), el derecho a una defensa efectiva, que a su vez englobaría principios/derechos de tiempo y medios de defensa (21.4.b), comunicación con el defensor, (21.4.b), defensa personal, (21.4.d), a un defensor (21.4.d), defensor de oficio (21.4.d) e información de cargos (21.4.a y 20.2); proceso sin

dilaciones indebidas (21.4.c); derecho a utilizar testigos e intérpretes (21.4. e y f) y desde una perspectiva procesal defensa de las víctimas (22). A todo ello habría que añadir el derecho a obtener lo que conocemos como beneficio de justicia gratuita (18.3).

## 2. Procedimiento

El procedimiento se articula en tres fases: investigación, declaración y ejecución, estableciéndose la posibilidad de una doble instancia en la segunda. Asimismo el artículo 19 menciona una serie de medidas de índole cautelar.

### 2.1. Investigación

La fase de investigación puede iniciarse bien de oficio, bien con base en informaciones recibidas por el Fiscal. La expresión puede ser un tanto chocante a nuestra mentalidad ya que al concepto «de oficio» contraponemos el concepto «instancia de parte». Sin embargo la disyuntiva más que establecer dos opciones alternativas o acumulables, viene a enfatizar la función del Fiscal. Obviamente si el Fiscal actúa es por las noticias que de una forma u otra a lo largo de estos años nos ha llevado al convencimiento de que a lo largo del conflicto no sólo se han cometido acciones propias de la guerra, sino también violaciones del derecho humanitario y del derecho de guerra. Esta disyuntiva viene a recalcar la función del Fiscal. Pensemos en el hecho de que nos encontramos ante un tribunal que nace «*ex novo*» para el enjuiciamiento de unos actos concretos; y nace porque existe el convencimiento de que esos actos se han producido. En consecuencia, con independencia de que pueda o no existir información, este artículo sirve para establecer digamos la puesta en marcha automática de la actividad investigadora. Dicho en otros términos, el Fiscal investigará «*per se*» y, además iniciará la actividad de investigación también en aquellos supuestos en los que obtenga información sobre la comisión de delitos, sea en la forma que sea.

Los medios que se atribuyen de forma muy genérica al Fiscal son los presumibles para el ejercicio de su función. Tales medios le deben

llegar a la situación de determinar si alguien puede reputarse responsable de alguno de los delitos ya indicados. En tal caso prepara la acusación que es remitida a un Magistrado de la Sala de Primera Instancia. Será este magistrado quien determine si efectivamente se debe proceder a procesamiento del acusado o no ha lugar a tal petición. Pese a que no se dice de forma directa, el acta de acusación deberá contener no sólo la relación de hechos sino una referencia a los elementos que han llevado al Fiscal al formular el acta de acusación. Así se puede entender si tenemos en cuenta que la confirmación del procesamiento se produce cuando «hay indicios suficientes de criminalidad».

Al hablar de la regulación de la fase declarativa hay que hacer una salvedad. Si las normas que regulan el conjunto orgánico y funcional son las mínimas imprescindibles, en el caso del procedimiento a seguir durante el juicio quedan además relegadas a una concreción posterior. Por tanto nuestro estudio no puede ir más allá de esas líneas generales fundamentales contenidas en el Estatuto. Según éstas el juicio podría tener dos subfases definidas: la misma vista oral y otra que, evitando otras posibles denominaciones y atendiendo a un criterio meramente cronológico podríamos denominar simplemente como fase previa.

La fase previa puede decirse que se inicia con la orden de detención del presunto delincuente. Así ha de entenderse si tenemos en cuenta la ubicación de esta norma en el artículo 20 del Estatuto. A tal orden o resolución seguirá, una vez materializada la detención, la información al detenido de los cargos que se le imputan, procediendo a su remisión al Tribunal. Ciertamente aquí el Decreto no dice nada, pero se debe entender que tal remisión ha de ser igualmente realizada de forma inmediata. Existe una nueva información al inculcado, apud iudicem, en la que no sólo se le informa de la acusación sino que se asegura la comprensión de la inculpación. Esta fase se completa con la instrucción al detenido de la forma en que ha de contestar a la acusación y la fijación de la fecha de la celebración de la vista. Sin embargo entre la fase de investigación y la del juicio se articula la formalización de la acusación contra el inculcado, a través de la «confirmación» del procesamiento del ahora acusado, del que ya hemos hablado con anterioridad, y que debe entenderse como el primer acto procesal, si no de la vista misma, si del juicio como tal, ya que, entre otras razones, ninguna de las medidas previstas en el artículo 20 puede ser tomada antes del procesamiento del acusado.

## 2.2. Vista

En cuanto a la vista el Estatuto deja a los miembros del Tribunal el establecimiento de las normas que han de regir durante la misma. Por tanto resulta casi imposible estudiar este tema por razones obvias. En cualquier caso existen ciertos preceptos que, indudablemente, deberán de ser observados por los magistrados a la hora de elaborar las reglas de procedimiento, por venir expresados en el Estatuto de forma genérica o específica. Estos preceptos son los siguientes:

- audiencia pública 20.4
- deber de audiencia al acusado 21.1
- igualdad de trato, lo que equivale a decir igualdad de oportunidades para todos los intervinientes 21.4 y 21.4.c.
- posibilidad de intervenir directamente el acusado por sí mismo en el interrogatorio de los testigos.
- posibilidad para el acusado de articular su defensa por sí mismo o a través de un defensor de su elección.
- un proceso justo, con las garantías debidas y sin dilaciones efectivas.
- deber de protección de los testigos y víctimas, pudiendo celebrarse la vista a puerta cerrada.

## 2.3. Sentencia

Requiere al menos el voto de dos magistrados, ya que se pide mayoría, se permiten los votos particulares con respecto al fallo. En cuanto a la forma se establece que sea una sentencia escrita y motivada.

## 2.4. Recursos

En cuanto a la segunda instancia el título del artículo 25 se denomina Apelación, por tanto parece que no nos encontramos ante lo que se denomina segunda instancia plena sino ante un recurso de carácter limitado que tiene dos motivos fundamentales: el error de derecho y el error de hecho. Ninguna otra especificación existe sobre los motivos del recurso. No hay limitaciones en cuanto al alcance de la sentencia de la apelación, si se nos dice de que forma ha de realizarse,

si debe ser motivada o no, ni el número de votos precisos ni si caben los votos particulares. ¿Es ordinario? Parece que sí.

Se establece igualmente un recurso que podemos denominar extraordinario que es el de revisión. Este sólo opera en el caso de que se descubran nuevos hechos desconocidos en la vista. El artículo 26 del Estatuto añade poco más, salvo que se plantea «ante el Tribunal Internacional».

### 2.5. Ejecución

La fase de ejecución de sentencia viene regulada por los artículos 27 y 28 del Estatuto, dedicándose el primero a la ejecución propiamente dicha y el segundo a los indultos y conmutaciones de pena. En cuanto al cumplimiento de las penas entendemos que el artículo 27 debe interpretarse de una forma restrictiva en lo tocante al lugar o lugares en que hayan de cumplirse. El artículo 27 dice que las penas de encarceramiento se cumplirán en «un Estado designado por el Tribunal Internacional de entre una lista de Estados» que voluntariamente se ofrezcan para tal finalidad. Ciertamente podría entenderse que la expresión un Estado es una referencia de tipo genérico, de tal forma que cabría la posibilidad de que no fuera uno, sino varios los que aceptaran esta carga. El tenor del artículo siguiente y el último punto del 27 nos ponen en guardia frente a los peligros que una dispersión en este campo pueda producirse por la vía de hecho. El cumplimiento de las penas debe ser homogéneo, de tal forma que no se puedan dar en la práctica situaciones de desigualdad al ser aplicables regímenes carcelarios distintos. En el caso en que la fuerza práctica de las cosas llevaran efectivamente a la implicación de varios estados en la tarea del cumplimiento de las penas debería imponerse unos criterios unificadores en lo referente al cumplimiento de las penas. Asimismo debería existir un reglamento propio en lo referente a los indultos y las penas, ya que la naturaleza de estos crímenes y todo el proceso que lleva hasta la condena de un individuo deben tener su natural corolario en un sistema de indultos y de conmutaciones propio.

La LO 15/1994 no hace ninguna declaración de compromiso en lo relativo a lo prevenido en el artículo 27 del Estatuto sobre cumplimiento de penas. Tan sólo deja previstos los requisitos que se deberán tener

en cuenta en los casos de expedientes de indulto o conmutación de pena.

### 3. El auxilio judicial

El artículo 29 del Estatuto distingue entre cooperación y asistencia judicial. Habla de cooperación cuando se refiere en general a la investigación y al enjuiciamiento. Emplea la expresión asistencia judicial en aspectos más concretos relacionados con la identificación y localización de personas, declaraciones de testigos y presentación de pruebas, tramitación de documentos, detención de personas o entrega y traslados de los acusados para ponerlos a disposición del Tribunal. Semejantes medidas deben ser referidas igualmente a las víctimas.

La LO 15/1993, ya citada, regula los elementos fundamentales de esta cooperación y asistencia, que no es sólo judicial, por parte española, la cual establece, además de los cauces que puedan prever el Estatuto o la misma orgánica las vías habituales en el procedimiento español al incluir entre las fuentes legales las que regulan las normas generales penales, sustantivas y procesales (artículo 2). De manera específica sólo se regulan el adelanto de los gastos que ocasione el desplazamiento de comparecientes ante el Tribunal por parte del Estado Español y la garantía de inmunidad para comparecientes ante el Tribunal en tránsito.

## VI. VALORACIÓN

«Ad intra», el Estatuto nos ofrece una relación sucinta, tal vez en exceso, de los aspectos fundamentales que ha de tener en cuenta el propio Tribunal Internacional de cara al futuro desarrollo de sus normas esenciales. Su contenido y precisión difieren bastante de los que hallamos en las normas que regulan el Tribunal Internacional de Justicia. Da la impresión de haberse realizado con demasiadas prisas y sin tener en cuenta otras experiencias semejantes. Tal vez hubiera sido preferible una remisión general a las normas orgánicas y procesales que

rigen en el Tribunal Internacional de Justicia. No obstante, ofrece los elementos esenciales capaces de poner en funcionamiento una maquinaria procesal eficaz en cuanto a sus logros. Los peligros que pueden temerse derivan más de las lagunas legales y de la indefinición de algunas normas que del conjunto de la materia regulada. Desde el punto de vista procesal hay que destacar la ausencia de directrices básicas en temas tan particulares como la práctica de la prueba o la celebración de la vista. Hay dudas sobre temas muy importantes como puedan ser la intervención de los posibles ayudantes del Fiscal en el sostenimiento de la acusación, o las labores de documentación y fe pública del Secretario.

Especialmente deficiente nos parece desde nuestra óptica procesal el tratamiento de las víctimas u ofendidos. Carecen de un papel activo relevante en el proceso. No pueden intervenir más que como denunciantes y ello no sin llevar a cabo una decidida ampliación de los conceptos, ya que el Fiscal opera sobre la base de la información obtenida, especialmente, de los gobiernos, asociaciones humanitarias, organizaciones intergubernamentales, etc., y «de cualquier fuente». Teniendo en cuenta la amplitud de la expresión «cualquier fuente», podemos entender que en esta fase es posible la intervención de la víctima, pero sin que ni un sólo artículo se detenga en ella para considerarla de parte, coadyuvante o, si se quiere, de simples víctimas con derecho a indemnización. Sin duda alguna nos encontramos ante una carencia lamentable, cerecenadora de uno de los derechos más elementales de los ciudadanos, el de obtener una tutela judicial efectiva; principio que, dicho sea de paso, no aparece entre la lista de los principios contenidos en la Resolución y en el Estatuto y que, como vemos, no puede ser subsumido en el derecho a un proceso debido con todas las garantías.

El derecho a la autodefensa no aparece debidamente dibujado. En un procedimiento ante un tribunal técnico, como se pretende que sea éste, que va a aplicar un derecho con unas notas muy particulares y con un procedimiento que todavía no sabemos cómo va a ser, permitir la autodefensa sin más matizaciones supone abrir una clara puerta a la indefensión. Salvo en casos en los que el acusado posea la preparación técnica necesaria, debe estar en todo momento asistido de defensor, y no de un defensor cualquiera, sino de un letrado versado en las normas que se van a aplicar. Así, el llamado defensor de oficio, no sólo debe cubrir las necesidades de la defensa gratuita, sino también de la defensa en sentido estricto.

En cuanto a las pretensiones tendentes a concretar la supremacía del TIY sobre aspectos tales como la jurisdicción concurrente o la cosa juzgada ya hemos valorado en el apartado en que se estudian uno y otro conceptos su alcance. Desde luego limitarlas es posible de dos maneras. Una incluye la utilización de medidas procesales tales como el establecimiento de recursos, plazos de actuación, etc. Otra supone la aplicación directa de los contenidos del Estatuto tal y como vienen regulados y pretendiendo su absoluta aplicación. Naturalmente ello es posible, pero conlleva la vulneración de garantías procesales de rango constitucional reconocido por la generalidad de la doctrina, no sólo española, y sancionadas por diversas sentencias de nuestro Tribunal Constitucional. Como hemos dejado dicho, estamos en un momento en el que todavía pueden armonizarse las disposiciones de la Resolución y del Estatuto con nuestras garantías procesales de independencia judicial y principio «ne bis in idem», o si se quiere, del ejercicio constitucional de la jurisdicción y de la cosa juzgada. Desde esta perspectiva, la propuesta de plazos y de cauces «ad hoc» sería una aportación importante de cara a la elaboración de los reglamentos que deben concretar las normas procesales y que en su día elaborará el propio tribunal.

Esa labor de concreción aguarda también a la generalidad de los preceptos del Estatuto, excesivamente generales para tratarse de unas normas que vienen a regular un tribunal de carácter penal. Aspectos como la desigualdad que supondrá la ejecución de penas en países con sistemas penitenciarios distintos, la estructuración de la apelación o el desarrollo en su totalidad del recurso de revisión precisan, junto a otras de esa labor de concreción procesal.

En el lado positivo hay que señalar como el Estatuto, a pesar de sus muchas deficiencias, ofrece unos elementos esenciales capaces de poner en funcionamiento una maquinaria procesal eficaz en cuanto a sus logros. En conjunto, nos hallamos en presencia de un boceto de procedimiento que puede llegar a ser flexible y eficaz para la función que se le encomienda, notas éstas que no debe perder, encuadrable en los sistemas procesales penales modernos, con una notable influencia del derecho procesal anglosajón. Finalmente hay que subrayar la ausencia de toda referencia a cualquier tipo de actuación encuadrable dentro de lo que denominamos «justicia negociada», lo cual no deja de ser altamente significativo.

Ciertamente la futura regulación de aspectos no desarrollados en el

Estatuto pueden permitir regular de una forma objetiva todos esos aspectos que quedaron señalados páginas atrás y que provocarán, sin duda, conflictos de jurisdicción en el más amplio significado de la expresión. A los Estados, al nuestro, les interesa superar una relación que puede llevar a una situación incluso de inconstitucionalidad. Pero el mismo interés se debe señalar por parte del Tribunal que, por una defectuosa regulación, puede ver como los Estados, llegado el momento, se niegan a hacer efectivos los compromisos adquiridos alegando esta quiebra de garantías constitucionales de sus propios órganos y sistemas jurisdiccionales. Esto podría significar, en definitiva, una pérdida de eficacia en los objetivos trazados para el Tribunal. La modificación de estos aspectos sería conveniente, sobre todo si algún día el Tribunal Internacional comienza a ejercer su funciones realmente.

## EXEQUATUR DE TITULOS PUBLICADOS

### Publicaciones de la Editorial ARANZADI.

Esta prestigiosa editorial viene renovando constantemente sus productos, manteniendo al día una información sumamente valiosa para el trabajo profesional. Lejos de lo que pudiera pensarse, las versiones tipo «código» de los textos legales, ordenados por sectores jurídicos, y las obras de corte práctico que recopilan la jurisprudencia son de suma utilidad también para los científicos. De entre las múltiples novedades de su catálogo, damos cuenta de los títulos más recientes.

**LEYES PROCESALES  
CIVILES**

Seguramente éste sería el best-seller especializado para nuestros lectores. La obra incluye jurisprudencia a al pie de cada artículo.

La obra, como todas las demás de este tipo, incluye un servicio de actualización.

2.170 páginas.  
Precio: 14.615 pts.

ARANZADI  
EDITORIAL

**COMPILACIONES  
Y  
LEYES CIVILES FORALES**

**Título:** «Compilaciones y leyes civiles forales»  
**Obra dirigida por:** Fernández Urzainqui, Puig Ferriol, Celaya, Masot, Cerdá, Parra y Pena.  
**Precio:** 21.346 ptas. s/IVA - 22.200 c/IVA  
**Páginas:** 2.046  
**Año:** 1995  
**Publica:** Editorial Aranzadi S.A.  
**Extracto:**

Esta obra recoge las normas que integran los ordenamientos civiles y forales de Navarra, Cataluña, Galicia, País Vasco, Aragón y Baleares. Igualmente los textos legales, anotados con la cita de antecedentes históricos, con concordancias con el propio precepto y otras normas forales o estatales,

y con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia en materia foral y resoluciones de la DGRN.

Contiene un índice de materias y de instituciones por cada una de las Comunidades de Derecho Foral y finaliza con un índice cronológico general.

**Público objetivo:**

- Notarios
- Jueces y Magistrados (especialmente de las Salas Civiles de los TSJ)
- Abogados civilistas (especialmente de las comunidades con régimen foral)
- Registradores de la Propiedad

ARANZADI  
EDITORIAL

**Código Penal**

(2ª edición) 1995

Publica: Editorial Aranzadi Págs.: 1.969  
17.308 ptas. (s/iva)  
18.000 ptas. (c/iva)

El Código Penal, actualizado, concordado y anotado con jurisprudencia artículo por artículo. Incluye el articulado legal sistemáticamente concordado —entre sí y con otras normas importantes— y anotado con jurisprudencia del Tribunal Supremo, reproducida literalmente. Cuenta además con un completo sistema de índices que facilitan mucho la consulta.

**Público objetivo:**

Abogados (especialmente penalistas)  
Jueces

**Título:** «Código de las Leyes del Medio Ambiente». Legislación Estatal y Jurisprudencia.

**Autor:** Alonso Sánchez Gascón

**Precio:** 22.300 (IVA incluido)

**Año:** 1995

**Publica:** Editorial Aranzadi S.A.

**Extracto:**

Se trata de un auténtico «Código», en cuanto «libro de leyes» que recoge toda la legislación, de cualquier rango y condición, dictada por el Estado en materia de medio ambiente. Este Código tiene además, vocación de continuidad, en el sentido de que está proyectado pensando en sucesivos tomos comprensivos de la legislación de la Comunidad Europea, de los Convenios Internacionales y de la legislación de las Comunidades Autónomas.

El índice de esta obra expresa con suficiente claridad la amplitud de su contenido. La Constitución, el Código Penal, los espacios naturales protegidos, la flora y fauna, la contaminación del agua y de la atmósfera, los vertidos y los residuos, el impacto ambiental, las actividades clasificadas, la contaminación acústica, los productos fitosanitarios, los accidentes mayores, la radioactividad y la agricultura ecológica son las materias que integran este Código de legislación medioambiental. Todo ello, convenientemente concordado y anotado para su mejor uso y facilidad de consulta.

La obra se completa y cierra con la totalidad de la jurisprudencia dictada sobre la materia al día del cierre, el último día del mes de junio de 1994.

ARANZADI

**CODIGO PENAL**

Comentada, Revisada y Jurisprudencia  
a cargo de:  
Don Antonio AMARTE DE LAS HERAS  
Fiscal Jefe del Tribunal Superior  
de Justicia de Aragón  
y  
Don Javier MORA CUESTA  
Tribunal Fiscal del Tribunal Superior  
de Justicia de Navarra

1994

ALONSO SÁNCHEZ GASCÓN  
ABOGADO

**CÓDIGO DE  
LAS LEYES DEL  
MEDIO AMBIENTE**

Legislación Estatal y Jurisprudencia

ARANZADI  
EDITORIAL

1994

**Público objetivo:**

Abogados (especialidad Medio Ambiente), Empresas, Jueces, Magistrados, Centros Oficiales (Departamentos Medio Ambiente).



**Título:** «Impugnación de acuerdos de las Juntas de Accionistas». Legislación, Doctrina y Jurisprudencia según el Nuevo Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

(2ª Edición)

**Autor:** Rodríguez Ruiz de Villa

**Precio:** 5.500 (IVA incluido)

**Año:** 1995

**Publica:** Editorial Aranzadi S.A.

**Extracto:**

En esta segunda edición de la obra se ha realizado una profunda actualización de la primera, que se ha enriquecido con las importantes aportaciones doctrinales y jurisprudenciales de los últimos dos años.

La estructura de la obra se conserva en cuanto a su sistemática y finalidad de hacer a la vez un estudio sustantivo y procedimental de la impugnación de acuerdos de las Juntas de Accionistas, con un análisis detallado de la doctrina y Jurisprudencia españolas.

Con ánimo de favorecer su consulta y servir de base a nuevas investigaciones se incluye un repertorio de Jurisprudencia en el que se contienen la totalidad de las Sentencias del Tribunal Supremo referidas a lo largo del trabajo, con las correspondientes referencias del repertorio de Jurisprudencia Aranzadi hasta el mes de Junio del año 1994.

Se introduce por vez primera un amplio elenco de Sentencias de las Audiencias Provinciales, cuantitativa de esa «pequeña Jurisprudencia» de gran importancia en la actualidad al aportar las guías que en la actualidad sigue la práctica de nuestros Tribunales al aplicar la nueva normativa, dado que se carece aún de una Jurisprudencia específica decantada por el Tribunal Supremo.

Se ha completado tanto la referencia como el estudio de la doctrina española sobre la materia con el análisis de la muy importante que ha ido apareciendo en los dos últimos años.

Se mantienen los Formularios que se contenían en la primera edición, con la adición de algunos nuevos, que sirven para completar las actuaciones de parte y del órgano judicial en el procedimiento de impugnación.

Por último, se ha aprovechado esta segunda edición para hacer algunas referencias al estado de la cuestión en otras Sociedades Mercantiles distintas de la Anónima, así como en relación con la impugnación de otros órganos societarios distintos de la Junta General.

**Público objetivo:**

Abogados (especialmente mercantilistas), Notarios, Registradores Mercantiles,

Jueces, Asesores Mercantiles, Empresas Asesorías Empresas, Presidentes de Juntas.

**Título:** «La propiedad horizontal y su jurisprudencia» (2ª Edición)

**Autor:** García Gil y García Nicolás

**Precio:** 10.653 ptas. (IVA incluido)

**Año:** 1995

**Publica:** Editorial Aranzadi S.A.

**Extracto:**

Estudio monográfico de carácter práctico con legislación y jurisprudencia relativos a la materia.

**Características de la obra:**

- 1.051 sentencias, del Tribunal Supremo, Audiencia y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado.
- Texto concordado de la Ley de Propiedad Horizontal con sus recientes modificaciones.
- Índice de Sentencias.
- Completo índice alfabetico.

**Público objetivo:**

Notarios, Registradores, Abogados, Jueces, Administradores de Fincas, Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, Constructores.

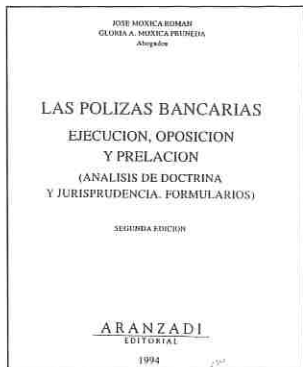
Recoge y sistematiza todas las sentencias de las Audiencias Provinciales.

Incluye, como no, toda la problemática procesal.

1.216 páginas

12.621 pts.

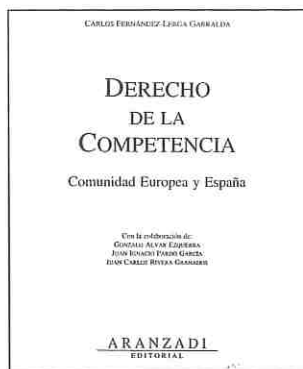




Toda la problemática de los juicios ejecutivos que se apoyan en una de las múltiples modalidades de póliza bancaria.

Resumen sistematizado de jurisprudencia y doctrina.

830 páginas.



Estudio monográfico.

1.187 páginas.



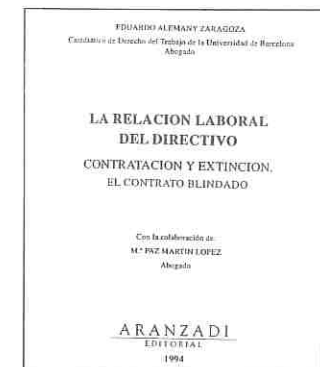
Recopilación sistematizada de jurisprudencia.

380 páginas.

4.854 pts.

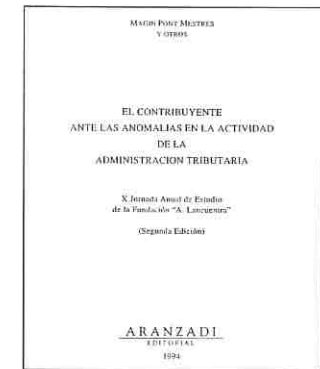
Monografía con jurisprudencia y formularios.

160 páginas.



9 Estudios de Pont Mestres, Arias Velasco, Pont i Clemente, Sobrevals Bellet, Muñoz Espín, Torregrosa Carné, Rams García, Ferrer Pedrola y Pedrosa Cuiñas sobre temas de indudable actualidad fiscal.

196 páginas.



**Título:** «Causas de justificación y Atipicidad en Derecho Penal»

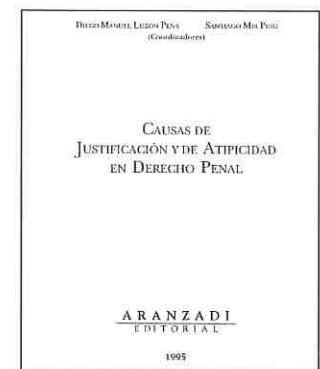
**Coordinadores:** Luzón Peña y Mir Puig, 1995

**Publica:** Editorial Aranzadi

**Precio:** 3.827 ptas. s/IVA - 3.980 ptas. c/IVA

En esta obra coordinada por los Profesores Luzón Peña y Mir Puig, prestigiosos penalistas españoles y alemanes examinan en profundidad las cuestiones básicas de las causas de justificación y de las causas de atipicidad, cuyo tratamiento de modo general no es muy frecuente en la doctrina penal española.

Respecto de las causas de justificación se tratan los principios inspiradores comunes o diferenciadores de las mismas, lo que repercute en la similitud o diferencias de sus requisitos; su carácter de auténticos derechos del sujeto agente con correlativa obligación de soportar; los diferentes efectos de las causas de justificación frente a los de



exclusión de la culpabilidad; las consecuencias del exceso, extensivo o intensivo; la exigencia o no de específicos elementos subjetivos de justificación –como el ánimo de defensa, de salvación, de cumplir el deber, etc.– o al menos de conocimiento de la situación objetiva justificante, y las consecuencias de su ausencia; y, a la inversa, la posibilidad de que la creencia racionalmente fundada ex ante, aunque a posteriori se compruebe que era errónea, en la concurrencia de los presupuestos objetivos de, por ejemplo, la legítima defensa, el ejercicio legítimo de un derecho o cargo o del cumplimiento de un deber (error objetivamente invencible sobre presupuestos de una causa de justificación) opere ya como causa de exclusión de la antijuridicidad y no de la culpabilidad. También se abordan ampliamente los problemas de concurrencia de varias posibles causas justificantes con requisitos diferentes, así como la posible existencia de causas de exclusión de la antijuridicidad penal, aunque no de la antijuridicidad en general. Se examina también la categoría, menos tratada sistemáticamente, de las causas de atipicidad: tanto las causas que excluyen ya de entrada el tipo indiciario de la antijuridicidad, por falta de afectación del bien jurídico o de la menor relevancia jurídica de la conducta, como las causas excluyen sólo la tipicidad penal y por tanto el injusto penal.

La obra, dirigida tanto a juristas teóricos como prácticos, ilustra constantemente la teoría general con ejemplos de la legítima defensa estado de necesidad, ejercicio del derecho o cargo, cumplimiento del deber, consentimiento, adecuación o tolerancia social, principio de insignificancia o del error sobre causas de justificación.



**Título:** Fundaciones y Mecenazgo  
Análisis jurídico-tributario de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre

**Autor:** Antonio Martínez Lafuente  
Profesional (Dcho. Fiscal)

La obra constituye un análisis monográfico del Título II, de la reciente Ley 30/1994, de 24 de Noviembre, de Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general.

Se examina con detalle el régimen tributario de las Fundaciones así como de otras Entidades sin fines lucrativos; pero también se analiza la respuesta que desde el Sistema Tributario se da a las diversas

modalidades de mecenazgo empresarial que tan amplio desarrollo han tenido en los últimos años y que precisaban de una acogida por el legislador, que ahora se contiene en la Ley citada.

La obra ofrece, pues, un especial interés para los especialistas en Derecho Tributario, pues en ella se da cuenta del Estatuto tributario de todas las Entidades sin finalidad lucrativa, con especial énfasis en la amplia exención tributaria que

aparece reconocida en el Impuesto sobre Sociedades, y en otros importantes tributos, como son los integrantes de las Haciendas locales.

**Precio:** 2.981 ptas. s/IVA

3.100 ptas. c/IVA

Febrero 1995

**Público objetivo:**

Abogados Fiscalistas, Empresas, Fundaciones, Sociedades sin ánimo de lucro.

**Título:** La comprobación tributaria de los Organos de Gestión.

**Autor:** Magraner Moreno, 1995

**Publica:** Editorial Aranzadi

**Precio:** 1.846 ptas.(s/iva) 1.920 (c/iva)

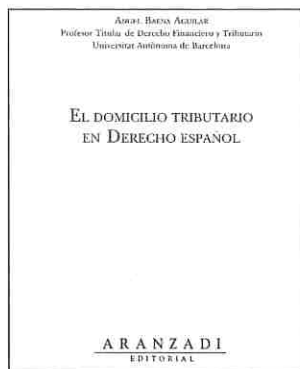
El procedimiento de gestión tributaria, tal como lo configura la Ley General Tributaria de 1963, ha sufrido durante todo el tiempo de vigencia de esta Ley una importante mutación, debida, principalmente, a la práctica extensión que se ha efectuado del régimen de las autoliquidaciones a todos los tributos integrantes del sistema tributario español. Esto ha incidido, dentro del procedimiento de liquidación tributario, en las funciones desarrolladas por

los órganos de gestión, órganos que han pasado de ejercer privativamente la función de liquidación y la de comprobación formal de las declaraciones presentadas por los contribuyentes a encontrarse compartiendo con los órganos de inspección, de un lado, la actividad liquidatoria (tras la reforma del artículo 140 de la LGT por Ley 10/1985), y de otro lado, la de comprobación material de determinados aspectos del hecho imponible (de forma más intensa desde la entrada en vigor del artículo 99 de la Ley 18/1991 del IRPF). Todo ello, sin embargo, no ha sido seguido de un tratamiento suficientemente coherente a nivel de normativa general (ausencia de reformas precisas de la LGT y falta de un reglamento de gestión), lo que ha producido en la actualidad un evidente desajuste entre el procedimiento de gestión inicialmente previsto en la LGT y el que se está aplicando, prácticamente, ya de forma generalizada, en todos los tributos, en especial, en aquéllos que tienen una mayor incidencia social y recaudatoria.

En esta monografía se analizan los diversos problemas que todo lo anterior suscita y se proponen una serie de soluciones para mejorar, dentro de los postulados básicos de nuestro Ordenamiento jurídico, el procedimiento de liquidación tributaria y principalmente las funciones que deben ejercer los llamados «órganos de gestión tributaria», en particular, ante la más que evidente entrada en vigor de una próxima reforma parcial de la LGT. Esto se hace tratando con rigor dogmático y práctico, tanto las opiniones doctrinales emitidas más importantes como los diversos pronunciamientos de los tribunales económico-administrativos y contenciosos que entorno al tema existen hasta este momento, todo ello en contraste con



la normativa vigente y con las más recientes sentencias dictadas en materia tributaria por el Tribunal Constitucional.



**Título:** El domicilio tributario en derecho español

**Autor:** Angel Baena Aguilar

**Colección:** Bolsillo

El autor concibe el domicilio fiscal como la circunstancia de la personalidad que determina la sede del procedimiento tributario para el obligado y resuelve los conflictos de competencia gestora, lo que lo distingue netamente de la residencia –dato relativo a la sujeción a determinados tributo– a pesar de la confusión en la que incurrir a menudo las normas positivas. Desde esta premisa se analizan, con carácter exhaustivo, los múltiples interrogantes a que da lugar la deficiente regulación actual de esta crucial institución jurídico-tributaria: su definición

en el art. 45.1 de la LGT, sus analogías y diferencias con el concepto de domicilio en otras ramas jurídicas (constitucional, civil, penal, administrativo, procesal, internacional); los efectos de los actos tributarios realizados o por órganos administrativos territorialmente incompetentes; y el deber de comunicar el domicilio fiscal y sus cambios como colaboración con las Administraciones Tributarias.

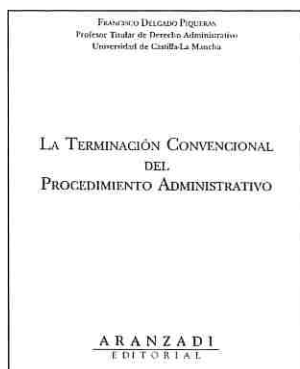
**Precio:** 2.404 pts. (s/IVA)

2.500 pts. (c/IVA)

Febrer 1995

**Público objetivo:**

Abogados Fiscalistas, Asesores Fiscales, profesionales relacionados con el Dcho. Fiscal



**Título:** La terminación convencional del procedimiento administrativo

**Autor:** Francisco Delgado Piqueras

**Colección:** Profesional (Dcho. Administrativo)

Entre las novedades más importantes que introduce la reciente Ley del Procedimiento Administrativo (Ley 30/1992) se encuentra la Terminación Convencional de los procedimientos: estos pueden concluirse mediante acuerdo, convenio y contrato entre los ciudadanos y la Administración, que también pueden fijar de común acuerdo el contenido de las resoluciones administrativas. Tras analizar los antecedentes legales jurisprudenciales y doctrinales del

tema en nuestro propio Derecho, esta obra estudia detenidamente el régimen jurídico de la Terminación Convencional y ofrece respuestas a los principales interrogantes que su puesta en práctica puede plantear a autoridades, funcionarios y gestores públicos, abogados, asesores de empresas y ciudadanos en general.

**Título:** El Proceso Civil con Elemento Extranjero y la Cooperación Judicial Internacional

**Autor:** Maria Dolores Adam Muñoz

Analiza las peculiaridades del proceso civil español cuando se ve afectado por un elemento de extranjería de cualquier tipo; ya sea referido a las personas que actúan como partes, bien como demandantes, bien demandado, como a los actos procesales que se han de realizar en el extranjero, sean estos probatorios o de comunicación y su posterior integración en el proceso que se está llevando a cabo ante los tribunales españoles. A la vez que examina los preceptos contenidos en nuestras leyes, analiza los distintos convenios internacionales en la materia de los que España es Parte, así como su ámbito de aplicación y el modo en que los mismos operan, para realizar los actos procesales, tanto probatorios, como de comunicación y notificación en el extranjero y, una vez realizados los mismos, su posterior integración en el proceso civil español. Asimismo, se estudia el momento procesal oportuno para solicitar la práctica de estos fuera de nuestro territorio y la aplicación real y práctica que estos convenios tienen, o han de tener, en el Ordenamiento Español.

Las partes en el proceso civil español. Problemas derivados de la extranjería de una de las partes. El derecho aplicable al proceso. Los actos de comunicación. Los actos probatorios.

Resultan de gran utilidad los anexos establecidos en los convenios en los cuales contra el formulario que han de seguir las autoridades españolas para solicitar la celebración de una comisión rogatorio en el extranjero, así como los documentos que han de aportar y las formalidades que han de seguir.

**Interesa a:**

Jueces, Abogados, Procuradores, Secretarios, Agentes Judiciales, etc.

**Precio:**

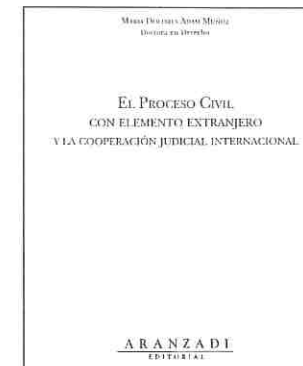
4.087 pts. (s/IVA)

4.250 pts. (c/IVA)

**Formato:**

165 mm x 235 mm

240 páginas



PARRA QUIJANO, JAIRO, «*Tratado de la prueba judicial*», Tomo I, *El Testimonio*, y Tomo II, *La confesión*, Editorial Librería del Profesional, Bogotá, 1994, T. I, Cuarta Edición, 340 págs. y T. II, Tercera Edición, 318 págs.

El autor, profesor de varias Universidades en Colombia, ha elaborado un «Tratado sobre la Prueba Judicial», que consta de cinco tomos, con el siguiente contenido: tomo I, *El Testimonio*; tomo II, *La confesión*; tomo III, *Los documentos*; tomo IV, *Indicios y Presunciones*; tomo V, *la Prueba pericial*; a los que se han de agregar otros cuatro volúmenes de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia.

Hasta nosotros han llegado los tomos I, *El Testimonio*, en su cuarta edición, y II, *La confesión*, ya en su tercera edición, lo que nos hace imaginar que deben ser utilizados como textos de estudio por alumnos, pues varias de las características de la obra la hacen especialmente adecuada para ello, lo que tradicionalmente no acontece con los Tratados tradicionales.

En efecto, se trata de libros escritos en términos muy directos, en el que se van recogiendo opiniones de autores europeos y americanos, con constantes transcripciones de trozos de sentencias y a veces de obras literarias.

El tomo I, sobre la prueba testimonial, comienza con un Capítulo general (Cap. I), en el que trata, en términos muy breves, el concepto, objeto, clasificación y valoración del testimonio. Luego (Cap. II), aborda las excepciones al deber de testimoniar – distinguiéndola de las del deber de comparecer –, las inhabilidades y las tachas, a la luz de la legislación vigente en Colombia, en materia civil, laboral y penal, pues cabe resaltar que a lo largo de todo el texto no se trata por separado el testimonio civil del penal.

En seguida, se refiere a las limitaciones a la eficacia del testimonio y a las contraexcepciones que contiene la normativa de aquel país: principio de prueba por escrito, imposibilidad física o moral de obtener documentos escrito y la pérdida y destrucción del documento (Cap. IV). Existiendo determinados hechos o actos jurídicos respecto de los cuales existen normas especiales sobre la admisión y eficacia de la prueba testimonial (simulación, promesa de celebrar un contrato, lesión enorme, etc.), su estudio constituye objeto de otro capítulo (Cap. V).

En otro apartado, resume el procedimiento para la práctica de la prueba testimonial, esto es, las formalidades del interrogatorio y los problemas prácticos a qué puede dar origen (Cap. VII).

También es interesante el tema de la prueba testimonial anticipada y su posterior ratificación (Cap. IX). En el último capítulo (Cap. X), se estudian algunos testimonios en particular, entre los cuáles curiosamente se incluye el de la mujer, examinándose como un testimonio con características «especiales» frente al del varón (p. 302 a 305), así como el del niño y del ebrio. Finalmente, concluye con una breve referencia a interesantes normas introducidas en años recientes en la legislación procesal colombiana sobre reserva de la identidad del testigo, respecto de las cuales el autor se muestra muy crítico, por estimar que violan el principio de contradicción y el derecho de defensa, pero que la Corte Constitucional de su país, en el año 1993, declaró constitucionales (p. 329).

El tomo II, *La Confesión*, aparece dividido en dos partes independientes; la primera denominada «La confesión en materia penal»; y, la segunda, «La confesión en materia civil» .

En la Primera Parte, comienza (Cap. I) abordando brevemente el problema de si la confesión penal es un medio de prueba o, por el contrario, manifestación de la defensa y, al final, entrega su propio concepto de la confesión en materia penal, como una especie de declaración del sindicado en la que reconoce su participación en unos hechos punibles. Es decir, puede recaer sobre la participación, pero no sobre la responsabilidad o culpabilidad. En seguida (Cap. II), hace un somero examen de la regulación de la confesión penal en algunos países y luego en la propia Colombia, donde nos explica que su legislación procesal considera la versión del inculpado como una manifestación del derecho de defensa.

Más adelante (cap. III), trata de la reducción de la pena en caso de confesión que contempla la legislación colombiana, reducción que puede alcanzar hasta una tercera parte de la pena en caso que el inculpado la preste en su primera declaración judicial (art. 299 Código de Procedimiento Penal de Colombia), en lo que constituye una interesante manifestación de política criminal (p. 65 y ss.).

También aborda el problema de la indivisibilidad de la confesión (Cap. IV ), reproduciendo las pautas básicas de su regulación en algunos sistemas extranjeros, para concluir con el de su país; aludiendo, todavía más brevemente, a las llamadas clases de confesión (Cap. V).

Un tema interesante, sobre el que también el tratamiento es muy breve, es el del valor probatorio de la confesión ante la Policía Judicial (Cap. VI) y lo jurídico, en esta primera parte, concluye con la retractación de la confesión en materia penal, también examinada sucintamente en la legislación de algunos otros sistemas, aparte del colombiano. Finalmente, hay un Capítulo (Cap. VIII) en el que se reproduce trozos de una obra literaria europea del siglo pasado.

La Segunda Parte, sobre la Confesión en materia civil, sigue prácticamente el mismo esquema, aunque tratando de la definición (sin referencia alguna a lo establecido en la Primera Parte) y de la indivisibilidad en un solo Capítulo, dedicando especial atención a esta última (Cap. I). A continuación se refiere a los requisitos de la Confesión civil y en el Cap. III, a su infirmación, es decir, a la posibilidad de dejarla sin efecto mediante la demostración de un hecho que la desvirtúe.

Con mayor detalle se refiere al interrogatorio de las partes y a su regulación, en la legislación procesal civil colombiana y, finalmente, termina, en lo que constituye el Capítulo V de la Segunda Parte, con el tratamiento de la naturaleza jurídica de la confesión y la confesión en los procesos de familia.

En resumen, se trata de una obra muy personal, cuyo estilo al menos se aleja de los cánones tradicionales de un Tratado, con frecuentes narraciones de casos y, lo que es más especial, de obras literarias, en un afán de hacer más atractiva la lectura de temas que inciden sobre el derecho probatorio, cuyo tratamiento suele ser de mucha densidad. De allí el atractivo y la utilidad que pueda tener para quienes se inician en los estudios jurídicos, pues permite formarse una visión general sobre el desarrollo que tales temas han alcanzado en el sistema procesal colombiano.

ALEX CAROCCA PÉREZ

TERMINOS PERENTORIOS

TRANS-NATIONAL ASPECTS OF PROCEDURAL  
LAW

INTERNATIONAL ASSOCIATION OF PROCEDURAL LAW

*V° World Congress in Taormina (Italy)*

September, 17-23 1995

V° World International Congress on  
«**Trans-national aspects of procedural law**»  
Taormina, September 17-23 1995

Praesidium of the International Association of Procedural Law:  
Professors: M. CAPELLETTI, V. DENTI, W. HABSCHIED, M. STORME

**Scientific Organizing Committee:**

Chairman: Prof. ITALO ANDOLINA  
Dept. of Civil Procedural Law  
University of Catania - Italy

Via Gallo, 24 - 95124 Catania  
Tel.: 39-95-317544 - Fax: 39-95-321654

**Conference Centre:**

Palazzo dei Congressi  
Taormina

**Travel Agency:**

Sicilian Airbus Travel  
Corso Umberto, 73 - Taormina  
Tel.: 0942-24653 Fax: 39-942-21128  
Telex 980 150

**Date of the Congress:**

September 17-23 1995

**Languages of the Congress:**

Italian, French, English, German, Spanish

**Languages du Congrès:**

Italien, Français, Anglais, Allemand, Espagnol

**Sprachen des Kongresses:**

Italienisch, Französisch, Englisch, Deutsch, Spanisch

**Idiomas del Congreso:**

Italiano, Francés, Inglés, Alemán, Español

**Topics**

1. «*Arbitrage internationall/international arbitration*».  
Prof. Dr. Peter Gottwald  
Regensburg, Deutschland
2. «*Les rapports entre les curs nationales et transnationales/relationships between natinonald and international courts*».  
**Prof. Hector Fiz-Zamudio**  
Mexico, Mexico

3. «*Coopération internationale en procédure pénale/international judicial cooperation in criminal litigation*».  
**Prof. Ada Pellegrini Grinovier**  
São Paulo, Brasil
4. «*Coopération internationale en procédure civile et administrative/international judicial cooperation in civil and administrative procedures*».  
**Prof. Italo Andolina**  
Catania, Italia  
**Prof. Francisco Gonzales Navarro**  
Madrid, España
5. «*Regroupement des familles juridiques en droit judiciaire/legal families in procedural law revisited*».  
**Prof. Takeski Kojima**  
Tokyo, Japan  
**Prof. Abdel Fattah Ateia Azmy**  
Cairo, Egypt
6. «*Litiges transnationaux et évolution du droit de la preuve/transnational litigation and the evolution of the law of evidence*».  
**Prof. Wouter Vos**  
Johannesburg, Zuid-Afrika  
**Prof. Dr. Walter Rechberger**  
Wien, Österreich
7. «*Exécution forcée: aspects trans-nationaux/enforcement of judgments: trans-national aspects*».  
**Prof. Georges de Leval**  
Liège, Belgique
- 7.bis «*Faillite: aspects transnationaux/Bankruptcy: transnational aspects*».  
**Prof. Kurt Siehr**  
Zürich, Schweiz
8. «*Effets des jugements étrangers et des sentences arbitrales/effects of foreign judgements and arbitral awards*».

**Prof. Peter Herzog**

New York, U.S.A.

**Prof. Juan Carlos Hitters**

La Plata, Argentina

9. *«Spécificités du droit judiciaire comparé/special features of comparative procedural law».*

**Prof. Dr. Peter Gilles**

Frankfurt am Main, Deutschland

**Prof. Dr. Kazimierz Lubinski**

Torun, Polska

10. *«Nécessité de procédures provisoires dans les litiges transnationaux/need for provisional remedies in transnational litigation».*

**Prof. Dr. Konstantinos Kerameus**

Athens, Greece

**Prof. Jacques Normand**

Reims, France

## Programa

### Domingo, 17 Septiembre

Llegada de los participantes y alojamiento en hotel

### Lunes 18 Septiembre

*h. 9,30*

Saludo a los congresistas por:

Praesidium de la Asociación Internacional de Derecho Procesal

Presidente del Congreso (Prof. I.Andolina),

Presidente de la Associazione Italiana fra gli Studiosi del Processo Civile (Prof. E. Fazzalari).

Representantes del Gobierno italiano y de la Región Siciliana  
Señores Rettori de las Universidades de Catania, Messina, Palermo,  
Reggio Calabria.

Inicio de los trabajos.

*h. 16,0*

Sesión de trabajo:

Relaciones

Debate

*h. 20,30*

Comida junto al mar

### Martes 19 Septiembre

*h. 9,30*

Sesión de trabajo:

Relaciones

Debate

*h. 15,30*

Salida para Acireale

Visita de la ciudad barroca

Espectáculo teatral siciliano característico («Opera dei Pupi»)

*h. 20,30*

Comida típica siciliana

### Miércoles 20 Septiembre

*h. 9,30*

Sesión de trabajo:

Relaciones

Debate

*h. 15,30*

Sesión de trabajo:

Relaciones

Debate

### Jueves 21 Septiembre

*h. 9,30*

Sesión de trabajo:

Relaciones

Debate

*h. 15,30*

Salida para el Volcán Etna  
Vista desde el Volcán al atardecer

*h. 20,30*

Comida y espectáculo folklórico

**Viernes 22 Setiembre**

*h. 9,30*

Sesión de trabajo:  
Relaciones  
Debate

*h. 15,30*

Conclusión de los trabajos  
Relacion de síntesis por el Prof. I. Andolina

*h. 21,00*

Cena de clausura

**Sábado 23 Setiembre**

*h. 9,00*

Salida para Siracusa  
Visita de los lugares arqueológicos y del Museo Regional «Paolo Orsi».  
Comida y regreso a Taormina.